

20 AÑOS DE LA LEY DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

COORDINADORES

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN Y JULIÁN VALERO TORRIJOS

AUTORES

JORGE AGUDO GONZÁLEZ
SANTIAGO M. ÁLVAREZ CARREÑO
BEATRIZ BELANDO GARÍN
ALLAN R. BREWER-CARÍAS
LUCÍA CASADO CASADO
ANABELÉN CASARES MARCOS
SUSANA E. CASTILLO RAMOS-B.
AGUSTÍ CERRILLO MARTÍNEZ
GUILLERMO CHANG CHUYES
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS
ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ
LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO
JOSÉ L. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ
DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA
JUAN R. FERNÁNDEZ TORRES

MARCOS M. FERNANDO PABLO
JOSEF R. FUENTES I GASÓ
EDUARDO GAMERO CASADO
M.^a ÁNGELES GONZÁLEZ BUSTOS
MIGUEL A. GONZÁLEZ IGLESIAS
JUAN J. GUARDIA HERNÁNDEZ
JUAN A. HERNÁNDEZ CORCHETE
RAMÓN A. HUAPAYA TAPIA
JESÚS JORDANO FRAGA
MARÍA LIDÓN LARA ORTIZ
NURIA MAGALDI
RUBÉN MARTÍNEZ GUTIÉRREZ
LUIS MÍGUEZ MACHO
MARÍA J. MONTORO CHINER
AGUSTÍN M. MUÑOZ CARMONA

ALBA NOGUEIRA LÓPEZ
ALEXANDRE PEÑALVER CABRÉ
JOSÉ A. PÉREZ BASTIDA
MANUEL LUIS PÉREZ GARCÍA
AURELIO DE PRADA GARCÍA
BELTRÁN PUENTES COCIÑA
LEONOR RAMS RAMOS
FRANCISCO J. RODRÍGUEZ PONTÓN
NURIA RUIZ PALAZUELOS
ANA SÁNCHEZ LAMELAS
SUSANA DE LA SIERRA
JOSÉ A. TARDÍO PATO
DANIEL TERRÓN SANTOS
CLARA I. VELASCO RICO
KARLA VILELA CARBAJAL

20 AÑOS DE LA LEY DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

Actas del XIV Congreso de la
Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo

Murcia
8-9 de febrero de 2019

Actas del XIV Congreso de la
Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo

Murcia
8-9 de febrero de 2019

20 AÑOS DE LA LEY DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

Coordinadores

Fernando López Ramón y Julián Valero Torrijos

Autores

Jorge Agudo González	Jesús Jordano Fraga
Santiago M. Álvarez Carreño	María Lidón Lara Ortiz
Beatriz Belando Garín	Nuria Magaldi
Allan R. Brewer-Carías	Rubén Martínez Gutiérrez
Lucía Casado Casado	Luis Míguez Macho
Anabelén Casares Marcos	María J. Montoro Chiner
Susana E. Castillo Ramos-B.	Agustín M. Muñoz Carmona
Agustí Cerrillo Martínez	Alba Nogueira López
Guillermo Chang Chuyes	Alexandre Peñalver Cabré
Francisco Delgado Piqueras	José A. Pérez Bastida
Antonio Descalzo González	Manuel Luis Pérez García
Luis María Díez-Picazo	Aurelio de Prada García
José L. Domínguez Álvarez	Beltrán Puentes Cociña
Dionisio Fernández de Gatta	Leonor Rams Ramos
Juan R. Fernández Torres	Francisco J. Rodríguez Pontón
Marcos M. Fernando Pablo	Nuria Ruiz Palazuelos
Josep R. Fuentes i Gasó	Ana Sánchez Lamelas
Eduardo Gamero Casado	Susana de la Sierra
M. ^a Ángeles González Bustos	José A. Tardío Pato
Miguel A. González Iglesias	Daniel Terrón Santos
Juan J. Guardia Hernández	Clara I. Velasco Rico
Juan A. Hernández Corchete	Karla Vilela Carbajal
Ramón A. Huapaya Tapia	

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID, 2019

FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO
DE PUBLICACIONES DEL INAP

ASOCIACIÓN Española de Profesores de Derecho Administrativo. Congreso (14º. 2019. Murcia)

20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo : actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo : Murcia, 8-9 de febrero de 2019 / coordinadores, Fernando López Ramón y Julián Valero Torrijos ; autores, Jorge Agudo González... [et al.]. – 1ª ed. – Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2019. – 732 p. ; 24 cm

Bibliografía en cada capítulo

ISBN 978-84-7351-680-8 (formato electrónico). – NIPO 278-19-010-8 (formato electrónico)

I. Derecho administrativo-España-Actas. I. España. Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, 1998. II. López Ramón, Fernando, coord. III. Valero Torrijos, Julián, coord. IV. Agudo González, Jorge. V. Instituto Nacional de Administración Pública (España). VI. Título

351.95(460)(063)

342.97(460)(063)

Primera edición: Mayo 2019

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

La actividad editorial del Instituto Nacional de Administración Pública está reconocida por Scholarly Publishers Indicators in Humanities and Social Sciences (SPI) en las disciplinas de Ciencias Políticas y Derecho. El listado SPI es aceptado como listado de referencia por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora CNEAI y por la ANEP (Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva).

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
www.inap.es

ISBN: 978-84-7351-680-8 (formato electrónico)

NIPO: 278-19-010-8 (formato electrónico)

Depósito Legal: M-14727-2019

Preimpresión: Dagaz Gráfica, s.l.u.

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

ÍNDICE

Introducción	13
<i>Fernando López Ramón</i>	
Presentación	15
<i>Julián Valero Torrijos</i>	
Comités organizador y científico	17
Lista de autores.....	21

Primera sesión RESTRICCIONES

PONENCIAS

El contencioso ambiental: la larga marcha por el <i>standing to sue</i> en el estado ambiental de derecho	29
<i>Jesús Jordano Fraga</i>	
Restricciones en los recursos de los procesos contencioso-administrativos	63
<i>Lucía Casado Casado</i>	

COMUNICACIONES

¿El hábito hace al monje? Sobre las normas de reparto de asuntos y su incidencia en materia de vivienda y alojamiento colaborativo	111
<i>Alba Nogueira López</i>	

ÍNDICE

El impacto del derecho de la Unión Europea en el acceso al contencioso-administrativo español ambiental	123
<i>Alexandre Peñalver i Cabré</i>	
La ilicitud y la exclusión de la prueba en el proceso contencioso-administrativo	137
<i>María Lidón Lara Ortiz</i>	
Evaluación de la actividad investigadora y posjusticia: contra la <i>reformatio in peius</i>	147
<i>Aurelio de Prada García</i>	
Las costas del Abogado del Estado en el ámbito contencioso-administrativo	159
<i>Agustín Manuel Muñoz Carmona</i>	
Los criterios de admisión del Tribunal Supremo en torno a las disposiciones de carácter general en el nuevo recurso de casación	169
<i>Susana E. Castillo Ramos-Bossini</i>	
Las ciudades como garantes de la legalidad europea en materia de calidad del aire.	179
<i>Beltrán Puentes Cociña</i>	
Una propuesta de reforma del recurso indirecto contra disposiciones generales	191
<i>Juan J. Guardia Hernández</i>	

RELACIÓN DE SÍNTESIS

Restricciones en el contencioso-administrativo	205
<i>Beatriz Belando Garín</i>	

Segunda sesión

RETOS

PONENCIAS

Los retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa	213
<i>Rubén Martínez Gutiérrez</i>	

El reto del Juez Nacional como Juez Europeo	247
<i>Santiago M. Álvarez Carreño</i>	

COMUNICACIONES

Jurisdicción, algoritmos e inteligencia artificial	291
<i>Agustí Cerrillo Martínez</i>	
<i>Clara I. Velasco Rico</i>	
Control judicial de las autoridades reguladoras: ¿deferencia o desautorización?	305
<i>Francisco J. Rodríguez Pontón</i>	
El acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa de las decisiones objetivamente administrativas de las entidades de derecho privado. .	315
<i>Antonio Descalzo González</i>	
<i>Smart contracts</i> y función judicial	327
<i>José Antonio Pérez Bastida</i>	

RELACIÓN DE SÍNTESIS

Retos actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa	339
<i>Leonor Rams Ramos</i>	

Tercera sesión

EFICACIA

INTRODUCCIÓN

Introducción	349
<i>María Jesús Montoro Chiner</i>	

PONENCIAS

Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo . .	355
<i>Anabelén Casares Marcos</i>	
Eficacia de las sentencias en lo contencioso-administrativo	405
<i>Juan Ramón Fernández Torres</i>	

COMUNICACIONES

La ejecución de condenas de haber contra privados codemandados en el contencioso-administrativo	445
<i>Francisco Delgado Piqueras</i>	
Mediación intrajudicial en el contencioso-administrativo	463
<i>Eduardo Gamero Casado</i>	
¿Es eficaz el actual recurso contencioso-administrativo frente a las vías de hecho?	477
<i>José Antonio Tardío Pato</i>	
El recurso especial en materia de contratación frente al recurso contencioso. Una cuestión de eficacia.	491
<i>Dionisio Fernández de Gatta Sánchez</i>	
<i>Miguel Ángel González Iglesias</i>	
<i>María Ángeles González Bustos</i>	
<i>Daniel Terrón Santos</i>	
<i>José Luis Domínguez Álvarez</i>	
<i>Marcos M. Fernando Pablo</i>	
La extrañeza al conocer a los terceros de buena fe	503
<i>Ana Sánchez Lamelas</i>	
Ejecución de sentencias y plazo de prescripción.	523
<i>Jorge Agudo González</i>	
El irresoluble dilema del acto consentido en el incidente de extensión del artículo 110 LJCA	535
<i>Nuria Magaldi</i>	
Las «reservas de interés general» en el contencioso-administrativo francés: ¿un ejemplo a importar?	547
<i>Nuria Ruiz Palazuelos</i>	

RELACIÓN DE SÍNTESIS

Eficacia de las medidas cautelares y de las sentencias en lo contencioso-administrativo	561
<i>M.ª Ángeles González Bustos</i>	

ÍNDICE

Cuarta sesión COMPARACIONES

PONENCIAS

- La justicia administrativa en el derecho comparado latinoamericano. . . 573
Allan R. Brewer-Carías
- Reflexiones sobre la justicia administrativa en España. 633
Luis María Díez-Picazo Giménez

COMUNICACIONES

- Reflexiones críticas sobre el actual modelo de recurso de casación
contencioso-administrativo 651
Luis Míguez Macho
- Aval del Tribunal Constitucional al recurso de casación autonómica. . 665
Josep Ramon Fuentes i Gasó
- ¿Es posible o conveniente atribuir funciones constitucionales al Tribu-
nal Supremo? 677
Juan Antonio Hernández Corchete
- La nulidad del laudo arbitral en contratación pública por actos de co-
rrupción de los árbitros en el Perú 689
Karla Vilela Carbajal
Guillermo Chang Chuyes
- La atipicidad de la tutela cautelar en el proceso contencioso-adminis-
trativo peruano como instrumento para su eficacia 699
Ramón A. Huapaya Tapia
- El recurso de casación contencioso-contable: ¿diferenciación o conver-
gencia? 717
Manuel Luis Pérez García

RELACIÓN DE SÍNTESIS

- La justicia contencioso-administrativa en perspectiva comparada 729
Susana de la Sierra

INTRODUCCIÓN

En la Universidad de Murcia, durante los días 8 y 9 de febrero de 2019, desarrollamos el congreso anual de los profesores de Derecho administrativo, dedicado en esta ocasión a los problemas que plantea el control judicial de las administraciones públicas en la perspectiva de los veinte años transcurridos desde la última regulación de la materia. Casi trescientos colegas procedentes de muy diferentes territorios, escuelas, niveles y generaciones debatimos sobre las restricciones, los retos y la eficacia que presentan la organización y los procesos del conjunto de juzgados y tribunales encargados de resolver los recursos que pueden interponer los ciudadanos contra el Gobierno, los ministerios, las comunidades autónomas, los municipios y demás entes públicos con el fin de exigirles el cumplimiento de lo establecido en las leyes.

Un requisito esencial para que el sistema resulte creíble es que las personas encargadas de ejercer el control reúnan adecuadas condiciones de integridad, independencia y capacidad. Contamos para ello con los jueces. El primer significado de la palabra juez o jueza en el diccionario es «*persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar*». Concurren, así, en la figura la *auctoritas*, que equivale a la capacidad profesional productora de espontánea aceptación social, y la *potestas*, que conlleva la obligatoria sumisión a quien ejerce legítimamente el poder. Prestigio y fuerza simbolizados en la tradicional imagen de la justicia representada por una figura femenina con los ojos vendados que lleva en una mano la balanza donde sopesar las razones y en la otra la espada para imponerlas.

En la experiencia española, la evolución relativa a las personas encargadas de juzgar a las administraciones públicas ha sido compleja. En 1845 se importó el modelo francés del autocontrol atribuyendo la tarea a un órgano administrativo integrado por funcionarios; en 1888 se estableció un sistema «*armónico*» que repartía los puestos de ese órgano por mitades entre funcionarios y jueces; en 1904 triunfó la judicialización, completada en 1956 con la figura de los magistrados especialistas y consolidada ya plenamente en 1998.

En la actualidad, pues, la llamada Jurisdicción Contencioso-Administrativa forma parte del poder judicial como organización especializada en conocer de los litigios contra las administraciones públicas. Es un modelo asentado y sólido que, sin embargo, debiera ser objeto de reformas que mejoraran tanto su eficacia como su calidad.

Entre otras intervenciones, la referida a la selección y formación de los magistrados parece cada vez más urgente. Partiendo de unas bases comunes, las profesiones jurídicas caminan hacia la especialización, de manera que la tradicional figura del abogado generalista está cada vez más alejada de las necesidades de la práctica. Tal parece habría de ser el planteamiento aplicable para ejercer las funciones de la justicia administrativa. Necesitamos para ello personas con una sólida formación en Derecho administrativo, pues sólo desde el conocimiento que proporciona *auctoritas* puede ejercerse adecuadamente la *potestas*.

Muchas otras han sido las cuestiones planteadas en el congreso, poniendo de relieve la necesidad de profundizar en un diálogo constructivo para la mejora de nuestra Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Hemos pretendido, así, colaborar en la gestación e implantación de las reformas que garanticen la calidad de las reformas legales y la mejora de las interpretaciones para su aplicación. Para todo ello ha sido fundamental la clara organización y la cálida acogida dispensadas por los compañeros de Murcia, a todos los cuales queremos testimoniar colectivamente nuestro reconocimiento, cariño y agradecimiento.

Fernando López Ramón
Presidente AEPDA

PRESENTACIÓN

Cuando en el mes de febrero de 2016 un grupo de colegas de la Universidad de Murcia nos dirigíamos a Zaragoza para asistir al evento anual de la AEPDA nada hacía presagiar que tres años después tendríamos la responsabilidad de acoger en nuestra tierra el XIV Congreso. Casi dos meses después de su celebración escribo estas líneas para presentar el resultado académico del trabajo realizado y, sinceramente, no puedo más que reafirmar una idea que, sin duda, deberíamos reforzar desde el colectivo de administrativistas: la necesidad de cuidar y mimar este encuentro, ya que nos facilita el contacto académico y la reflexión sobre temas esenciales de nuestra disciplina más allá del limitado ámbito de nuestras respectivas materias de especialización y de nuestros contactos personales y profesionales más habituales.

Como decía en mi intervención durante la sesión inaugural, creo que mis palabras se han de limitar a manifestar un sincero agradecimiento a las personas e instituciones que permitieron la organización del Congreso, dejando para quienes participaron en las respectivas mesas temáticas el merecido protagonismo por lo que se refiere a los resultados académicos. Sin duda, que hayamos sido capaces de asumir este reto organizativo se debe en gran medida al trabajo comprometido —y no siempre visible— que durante muchos años ha llevado a cabo el profesor Antonio Martínez Marín, catedrático ya jubilado en la Universidad de Murcia, quien con su particular magisterio y su inquebrantable dedicación supo sentar las bases de lo que hoy es nuestro Departamento de Derecho Administrativo. ¡Muchas gracias, Antonio!

En segundo lugar, el más sincero agradecimiento a la AEPDA y, en especial, a su Junta Directiva, presidida por el profesor López Ramón, por la confianza que nos ha otorgado al encargarnos la organización de este XIV Congreso. Confiamos haber cubierto las expectativas que, allá por el año 2016, se depositaron en nuestra ilusión y capacidad organizativa para hacer posible lo que, en definitiva, es un hito más en la trayectoria colectiva de nuestra comunidad académica.

Un desafío personal y colectivo como este no habría sido posible sin el decidido apoyo y compromiso de todo el personal del Departamento —entre

quienes incluyo también a nuestros alumnos internos—, en cuya representación me ha correspondido dirigir el Comité Organizador y, por tanto, escribir estas líneas. Han sido unas semanas muy intensas de preparativos, detalles, preocupaciones... Confiamos que el resultado final fuese de vuestro agrado y, en fin, que disfrutarais de estos dos días en la Universidad de Murcia, tanto en el plano del trabajo académico como, asimismo, de las relaciones personales. Muchas gracias por el esfuerzo que os supuso dejar a un lado vuestras obligaciones para venir hasta Murcia, en algunos casos tras un largo viaje desde otros países e, incluso, desde el otro lado del Atlántico.

Un agradecimiento especial merecen las entidades patrocinadoras por su decidido apoyo económico. En primer lugar a la Cátedra del Agua y la Sostenibilidad de la UMU y, en particular, a su directora y querida compañera la Dra. Teresa María Navarro Caballero, quien generosamente facilitó que la Cátedra asumiera el patrocinio principal del evento. También al resto de patrocinadores: la Fundación Mariano Ruiz Funes y sus patronos (Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la Universidad de Murcia y el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia); Actúa Servicios y Medio Ambiente; Aguas de Murcia; Egea Villalba Asociados; la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia; así como la Facultad de Derecho y el Vicerrectorado de Infraestructuras de la Universidad de Murcia. También a las entidades colaboradoras: Ayuntamiento de Murcia, Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia, Cajamar, Campus Mare Nostrum y Especies Mari Paz. Igualmente a las autoridades que nos acompañaron en las sesiones inaugural y de clausura por su compromiso al participar no sólo durante los momentos reservados en el programa para su intervención sino, además, en parte de las sesiones de trabajo académicas.

En fin, pero sobre todo, nuestra más sincera gratitud a quienes habéis dedicado varios meses de trabajo a preparar unas magníficas ponencias para someterlas a la consideración del resto de colegas durante el Congreso, ya que asumisteis generosamente dedicar una parte importante de vuestro tiempo a su preparación a costa de dejar a un lado otras actividades profesionales y responsabilidades personales. Sin vuestro compromiso y dedicación, junto con el de quienes realizaron las funciones de moderación y relatoría, el resultado final del magnífico trabajo colectivo que ahora presentamos en este libro no habría sido el mismo.

Confío que, transcurridos ya varios meses desde que nos despediéramos en una soleada jornada de invierno murciano allá por el mes de febrero de 2019, con las experiencias vividas durante el XIV Congreso de la AEPDA en el recuerdo, todavía sigáis pensando que mereció la pena el esfuerzo de haber venido hasta Murcia esos días.

Julián Valero Torrijos

Catedrático de Derecho Administrativo
Director del Comité Organizador del XIV Congreso de la AEPDA

COMITÉS ORGANIZADOR Y CIENTÍFICO

El *Comité Organizador* del «XIV Congreso AEPDA» estuvo integrado por los siguientes miembros del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia:

JULIÁN VALERO TORRIJOS,
catedrático.

ANTONIO GUTIÉRREZ LLAMAS,
profesor titular.

SANTIAGO M. ÁLVAREZ CARREÑO,
profesor titular.

MANUEL FERNÁNDEZ SALMERÓN,
profesor titular.

BLANCA SORO MATEO,
profesora titular.

M.^a FUENSANTA GÓMEZ MANRESA,
profesora titular.

TERESA M.^a NAVARRO CABALLERO,
profesora titular.

MAGNOLIA PARDO LÓPEZ,
profesora contratada doctora.

PILAR J. GARCÍA SAURA,
profesora contratada doctora.

COMITÉS ORGANIZADOR Y CIENTÍFICO

ELISA PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ,
profesora ayudante doctora.

JUAN IGNACIO CERDÁ MESEGUER,
profesor.

ALFONSO SÁNCHEZ GARCÍA,
profesor en formación (FPU-Ministerio).

El *Comité Científico* del «XIV Congreso AEPDA» estuvo integrado por los miembros de la Junta Directiva de la asociación:

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN,
catedrático,
Universidad de Zaragoza.

TOMÁS FONT I LLOVET,
catedrático,
Universidad de Barcelona.

EDORTA COBREROS MENDAZONA,
catedrático,
Universidad de País Vasco.

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ,
catedrática,
Universidad de Sevilla.

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ,
catedrático,
Universidad de Valladolid.

FRANCISCO VILLAR ROJAS,
catedrático,
Universidad de La Laguna.

ELOÍSA CARBONELL PORRAS,
catedrática,
Universidad de Jaén.

SILVIA DÍEZ SASTRE,
profesora contratada doctora,
Universidad Autónoma de Madrid.

ALBERTO DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ,
profesor colaborador doctor,
Universidad CEU San Pablo.

JOSÉ L. BERMEJO LATRE,
profesor titular,
Universidad de Zaragoza.

LISTA DE AUTORES*

AGUDO GONZÁLEZ, JORGE: profesor titular, acreditado como catedrático, Universidad Autónoma (Madrid).

ÁLVAREZ CARREÑO, SANTIAGO M.: profesor titular, Universidad de Murcia.

BELANDO GARÍN, BEATRIZ: profesora titular, Universidad de Valencia.

BREWER-CARÍAS, ALLAN R.: profesor emérito, Universidad Central (Venezuela).

CASADO CASADO, LUCÍA: profesora titular, Universidad Rovira i Virgili (Tarragona).

CASARES MARCOS, ANABELÉN: profesora titular, acreditada como catedrática, Universidad de León.

CASTILLO RAMOS-BOSSINI, SUSANA E.: becaria de investigación en Derecho administrativo, Universidad de Granada.

CERRILLO I MARTÍNEZ, AGUSTÍ: catedrático, Universitat Oberta de Catalunya.

CHANG CHUYES, GUILLERMO: profesor ordinario auxiliar, Universidad de Piura (Perú).

DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO: catedrático, Universidad de Castilla-La Mancha (sede de Albacete).

DESCALZO GONZÁLEZ, ANTONIO: profesor titular, Universidad Carlos III (Madrid).

DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA: presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Tribunal Supremo.

* Todos los autores son profesores de Derecho Administrativo, salvo que se indique otra cosa.

- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, JOSE L.: becario de Investigación, Universidad de Salamanca.
- FERNÁNDEZ DE GATTA, DIONISIO: profesor titular, Universidad de Salamanca.
- FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN: catedrático, Universidad Complutense (Madrid). Abogado.
- FERNANDO PABLO, MARCOS M.: catedrático, Universidad de Salamanca.
- FUENTES I GASÓ, JOSEP R.: profesor titular, Universitat Rovira i Virgili (Tarragona).
- GAMERO CASADO, EDUARDO: catedrático, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla).
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a ÁNGELES: profesora titular, Universidad de Salamanca.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, MIGUEL ÁNGEL: profesor titular, Universidad de Salamanca.
- GUARDIA HERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ: profesor adjunto, Universitat Abat Oliba CEU (Barcelona).
- HERNÁNDEZ CORCHETE, JUAN A.: profesor titular, Universidad de Vigo.
- HUAPAYA TAPIA, RAMÓN A.: profesor ordinario, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- JORDANO FRAGA, JESÚS: catedrático, Universidad de Sevilla.
- LARA ORTIZ, MARÍA LIDÓN: profesora ayudante doctora, Universitat Jaume I (Castelló de la Plana).
- MAGALDI, NURIA: profesora titular, Universidad de Córdoba.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, RUBÉN: profesor titular, Universidad de Alicante.
- MÍGUEZ MACHO, LUIS: catedrático, Universidad de Santiago de Compostela.
- MONTORO CHINER, MARÍA JESÚS: catedrática, Universidad de Barcelona.
- MUÑOZ CARMONA, AGUSTIN M.: doctorando en Derecho administrativo, Universidad de Murcia.
- NOGUEIRA LÓPEZ, ALBA: catedrática, Universidade de Santiago de Compostela.
- PEÑALVER CABRÉ, ALEXANDRE: profesor titular, Universidad de Barcelona.
- PÉREZ BASTIDA, JOSÉ ANTONIO: estudiante de Derecho y Administración de Empresas, Universidad de Murcia.
- PÉREZ GARCÍA, MANUEL LUIS: doctor en Derecho, Tribunal de Cuentas.

- PRADA GARCÍA, AURELIO DE: profesor titular de Filosofía del Derecho, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).
- PUENTES COCIÑA, BELTRÁN: doctorando en Derecho administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.
- RAMS RAMOS, LEONOR: profesora contratada doctora, acreditada como profesora titular, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).
- RODRÍGUEZ PONTÓN, FRANCISCO J.: profesor titular, Universidad de Barcelona.
- RUIZ PALAZUELOS, NURIA: doctora en Derecho, Universidad de Cantabria.
- SÁNCHEZ LAMELAS, ANA: profesora titular, Universidad de Cantabria.
- SIERRA MORÓN, SUSANA DE LA: profesora titular de Derecho administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha. Letrada, Tribunal Supremo.
- TARDÍO PATO, JOSÉ ANTONIO: profesor titular, Universidad Miguel Hernández (Elche).
- TERRÓN SANTOS, DANIEL: profesor ayudante doctor, Universidad de Salamanca.
- VELASCO RICO, CLARA I.: profesora agregada interina, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).
- VILELA CARBAJAL, KARLA: profesora ordinaria asociada de Derecho procesal, Universidad de Piura (Perú).

PRIMERA SESIÓN
RESTRICCIONES

PONENCIAS

EL CONTENCIOSO AMBIENTAL*: LA LARGA MARCHA POR EL *STANDING TO SUE* EN EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO

Jesús Jordano Fraga

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Legitimación en contenciosos ambientales. La regulación de la acción popular en la Ley 27/2006 de 18 de julio, de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente. A) Ámbito subjetivo: La discutible creación de un monopolio del control jurisdiccional objetivo en los contenciosos ambientales. B) Ámbito objetivo. 3. La acción popular en la legislación ambiental y los límites del sistema de legitimación. A) La acción popular en la legislación ambiental y los aspectos nucleares del ejercicio de las acciones populares —cosa juzgada, plazo, abuso del derecho, costas—. B) Los límites del sistema de legitimación, legitimación colectiva y legitimación activa de los Ayuntamientos en materia ambiental. a) Los límites del sistema de legitimación. Los procedimientos sancionadores y la posición del denunciante. b) Legitimación colectiva en manos de las asociaciones. c) Legitimación de los Ayuntamientos y partidos políticos. d) La restrictiva legitimación del Ministerio Fiscal. 4. La apertura de la casación por grave daño a los intereses generales. 5. A modo de conclusión. Bibliografía básica.

RESUMEN: El presente estudio analiza el sistema de legitimación y las medidas cautelares en los contenciosos ambientales estudiando en especial la jurisprudencia del TS. El sistema ha sido impactado por la Convención de Aarhus y la

* Estudio realizado en el marco del proyecto DER2017-85981-C2-2-R, «Derecho Ambiental, Recursos naturales y Vulnerabilidad», subvencionado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Nos basamos en dos previos trabajos que revisamos y ponemos al día en reflexión, doctrina, jurisprudencia y datos normativos: nuestro libro *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Bosh Barcelona (1995) y «Análisis de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la justicia, en especial el principio de legitimación en los contenciosos ambientales», *Estudios de Derecho Judicial*, pp. 115-140.

Ley 27/2006. En un Estado ambiental de Derecho la situación actual debe subvertirse dejando atrás las normas ficción participación-control jurisdiccional posibilidad. Son necesarias normas que regulen el efectivo control con sujetos dotados de *status* procesal respaldado presupuestariamente.

PALABRAS CLAVE: Justicia ambiental, legitimación activa, acciones populares.

ABSTRACT: The present study analyzes the system of legitimation in environmental disputes analyzing the jurisprudence of the Supreme Court. The system has been impacted by the Aarhus Convention and Act 27/2006. In an environmental state of law current situation must subvert leaving behind the norms fiction participation-control jurisdictional possibility. Rules that regulate effective control with subjects endowed with budget-supported procedural status are necessary.

KEYWORDS: Environmental Justice, standing to sue, Citizen Suits.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque de momento no existe en España la jurisdicción ambiental (al menos formalmente, porque hay Salas y Secciones destacadamente «ambientales»), sí comienza a surgir un discurso propio de lo contencioso-ambiental con reglas y principios. Vamos a centrar nuestra atención en dos elementos del contencioso ambiental que constituyen obstáculos al proceso: legitimación y casación. La legitimación es uno de los temas clásicos del Derecho ambiental. En particular, en Estados Unidos el *standing* ha sido uno de los temas estrella en el nacimiento y evolución del Derecho ambiental. En todos los ordenamientos el surgimiento del problema ambiental ha impactado con un sistema jurídico procesal diseñado y pensado para defender derechos clásicos y relaciones jurídicas en torno al derecho subjetivo por excelencia: el derecho de propiedad. Las nuevas relaciones jurídicas, el surgimiento de sujetos colectivos —asociacionismo ecológico— y las nuevas generaciones de derechos han provocado una larga lucha fruto de la cual es la regulación que hoy analizamos. En España, la jurisprudencia había determinado desde el art. 7.2 de la LOPJ una amplia legitimación en los contenciosos ambientales pero con saltos adelante y hacia atrás. También muchas leyes estatales y autonómicas han venido reconociendo la acción popular ambiental. En este *background* se insertan la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la Ley 27/2006 de 18 de julio, de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia que regulan de forma cicatera la legitima-

ción en contenciosos ambientales instaurando, en nuestra opinión, un desfasado neocorporativismo.

2. LEGITIMACIÓN EN CONTENCIOSOS AMBIENTALES. LA REGULACIÓN DE LA ACCIÓN POPULAR EN LA LEY 27/2006 DE 18 DE JULIO, DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE

El Derecho que vamos analizar realiza la transposición de la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental, y de la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación pública y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE. Este además es el derecho interno que da cumplimiento al Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998, mas conocido como Convenio de Aarhus. En concreto se trata de la legislación que da contenido a las exigencias del artículo 9 del Convenio de Aarhus¹. Recordemos que con arreglo al apartado 5, del artículo 2 del Convenio, «público interesado».

¹ Este precepto dispone en su apartados 2 y ss.: Artículo 9. Acceso a la justicia.

2. Cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, por que los miembros del público interesado:

- a) que tengan un interés suficiente o, en su caso,
- b) que invoquen la lesión de un derecho, cuando el Código de procedimiento administrativo de una Parte imponga tal condición, podrán interponer recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la Ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que entre en el ámbito de las disposiciones del artículo 6 y, si el derecho interno lo prevé y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 *infra*, de otras disposiciones pertinentes del presente Convenio.

Lo que constituye interés suficiente y lesión de un derecho se determinará con arreglo a las disposiciones del derecho interno y conforme al objetivo de conceder al público interesado un amplio acceso a la justicia en el marco del presente Convenio. A tal efecto, el interés de toda organización no gubernamental que cumpla las condiciones previstas en el apartado 5 del artículo 2 se considerará suficiente en el sentido de la letra a) *supra*. Se considerará igualmente que esas organizaciones tienen derechos que podrían ser lesionados en el sentido de la letra b) *supra*.

Las disposiciones del presente apartado 2 no excluyen la posibilidad de presentar un recurso preliminar ante una autoridad administrativa ni eximen de la obligación de agotar las vías de

«A los efectos de la presente definición, se considerará que tienen tal interés las organizaciones no gubernamentales que trabajan en favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno».

Como fácilmente puede observarse el artículo 23 de la Ley 27/2006 es ese derecho interno siguiendo esa amplia libertad que el Convenio confiere a los Estados. La cuestión objeto de nuestro interés es regulada en los artículos 22 y 23 de la Ley 27/2006 de 18 de julio. Veamos estos preceptos:

Artículo 22. Acción popular en asuntos medioambientales.

Los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23 a través de los procedimientos de recurso regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como a través del recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se exceptúan los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas enumeradas en el artículo 2.4.2.

recurso administrativo antes de entablar un procedimiento judicial cuando el derecho interno imponga tal obligación.

3. Además, sin perjuicio de los procedimientos de recurso a que se refieren los apartados 1 y 2 *supra*, cada Parte velará por que los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional.

4. Además, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los procedimientos a que se refieren los apartados 1, 2 y 3 *supra* deberán ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación, si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo. Las decisiones adoptadas en virtud del presente artículo se pronunciarán o consignarán por escrito. Las decisiones de los tribunales y, en lo posible, las de otros órganos deberán ser accesibles al público.

5. Para que las disposiciones del presente artículo sean aún más eficaces, cada Parte velará por que se informe el público de la posibilidad que se le concede de iniciar procedimientos de recurso administrativo o judicial, y contemplará el establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia.

Artículo 23. Legitimación.

1. Están legitimadas para ejercer la acción popular regulada en el artículo 22 cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.
- b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengán ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.
- c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.

2. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro a las que se refiere el apartado anterior tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en los términos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita.

Sin duda, una de las novedades es el reconocimiento a estos «actores populares» del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los términos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita. Los problemas e insuficiencias del tal reconocimiento serán analizados más adelante.

Debemos reseñar que estos criterios (fines estatutarios y desarrollo de la actividad en el ámbito territorial afectado) se han extendido a la interpretación de la concurrencia de los intereses legítimos colectivos. En este sentido, la STS de 9 de octubre de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), Recurso de Casación 110/2009, Ponente Campos Sánchez-Bordona, RJ\2012\9648, FD 3.º, entiende que una asociación de vecinos está legitimada para recurrir la improcedencia de excluir de un trámite de evaluación ambiental —en principio obligado— un determinado proyecto, precisamente por entender que la construcción del centro penitenciario infringía, entre otras, las normas urbanísticas comarcales y municipales en la medida en que se trata de una asociación vecinal *cuyo ámbito geográfico se enmarca dentro del mismo término territorial en que se proyecta el centro penitenciario y entre cuyos fines estatutarios se encuentra el de promover la mejora del entorno urbanístico.*

A) ÁMBITO SUBJETIVO: LA DISCUTIBLE CREACIÓN DE UN MONOPOLIO DEL CONTROL JURISDICCIONAL OBJETIVO EN LOS CONTENCIOSOS AMBIENTALES

Es obvio que el régimen establecido no determina una verdadera acción popular/pública que, por definición, supondría la desaparición de los requisitos legitimación. Estamos ante una legitimación restringida a sujetos colectivos y *no a todos los sujetos colectivos*. Desde este punto de vista subjetivo la legitimación se restringe a:

- cualesquiera *personas jurídicas sin ánimo de lucro*;
- que *tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular*;
- *que se hayan constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos*;
- que *según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa*².

Igualmente restrictivo es el criterio de la antigüedad de dos años que pretende eliminar la posibilidad de constitución de asociaciones *ad hoc* para un caso judicial concreto. La inspiración está en el sistema francés de reconocimiento de asociaciones. El reconocimiento o habilitación (*agrément*) tuvo su origen en 1976 para seleccionar las asociaciones beneficiarias de derechos

² Es fácil detectar los precedentes inspiradores de esta regulación. En este sentido, la entonces Ley 9/2006, de 28 abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente estableció al regular el público interesado en las consultas dentro del marco de participación.

Artículo 10. Consultas.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por público interesado:

a) Toda persona física o jurídica en la que concurra cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

b) *Cualquier persona jurídica sin ánimo de lucro que cumpla los siguientes requisitos:*

1.º *Que tenga como fines acreditados en sus estatutos, entre otros, la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular, y que tales fines puedan resultar afectados por el plan o programa de que se trate.*

2.º *Que lleve al menos dos años legalmente constituida y venga ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.* Hoy están el art. 5, letra g) apartado 2.º de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. A favor de la exigencia de estos requisitos excluyendo los ciudadanos, J. Ortega Bernardo (2011: 8 y 10).

especiales de participación en la política ambiental. Aunque pocas asociaciones han solicitado el reconocimiento y los poderes públicos no han reservado la exclusividad del derecho a la participación a las asociaciones reconocidas. Los criterios de reconocimiento se refieren a la antigüedad en su funcionamiento y a su representatividad. La duración del funcionamiento de la asociación susceptible de ser reconocida ha de ser de al menos tres años, a contar desde su declaración en la Prefectura o de su inscripción en el Registro de asociaciones del Tribunal civil, en los Departamentos del Bas Rhin, Haut Rhin y Moselle. Estos criterios pretenden garantizar según Prieur, que las asociaciones no sean artificiales o meramente políticas. Según el Decreto de 7 de julio de 1977, art. R 252-2 del Code Rural, la representatividad será apreciada discrecionalmente por la Administración teniendo en cuenta tres factores: —El funcionamiento de la asociación conforme a sus estatutos. —Que se trate de actividades desinteresadas en favor de la naturaleza, el medio ambiente o el marco de vida. Que exista una organización que ofrezca garantías suficientes³. La técnica de exigencia de una determinada antigüedad nos parece ilusa, pues será fácilmente burlada mediante el interesamiento cooperativo de una asociación existente que cumpla el requisito temporal. Las exigencias estatutarias son conocidas en el Derecho comparado (por ejemplo, Francia) y han sido una constante como parámetro de la legitimación colectiva en España.

Es ciertamente llamativo el establecimiento del criterio de la conexión territorial. La procedencia en este caso es el derecho anglosajón. En *Sierra Club v. Morton*⁴ (el asunto fue planteado ante la *Suprem Court* el 17 de noviembre de 1971 y fue decidido el 19 de abril de 1972) se trataba de enjuiciar una decisión del *Forest Service* de aprobar un proyecto de la *Walt Disney Enterprises Inc.* para construir una autopista y un complejo (fundamentalmente una estación de esquí y un área de recreo veraniega) de moteles, restaurantes y otras estructuras acomodadas para una capacidad de catorce mil visitantes diarios, en el *Mineral King Valley*⁵. Como cuestión de fondo, Sierra Club, una de las mas importantes asociaciones ecologistas americanas (con mas de medio millón de asociados), argüía que el citado proyecto «podía destruir o afectar de manera adversa el paisaje, sus objetos naturales e históricos y la vida salvaje, pudiendo impedir el disfrute del parque por parte de las generaciones futuras». El proceso fue decidido en primera instancia por *United States District Court*

³ M. Prieur (1984: 9).

⁴ 405 U.S. 727 (1972), 92 S.Ct. 1361.

⁵ El lugar donde se encuentra el *Mineral King Valley* era descrito en la sentencia como «un área de gran belleza natural, en las montañas de Sierra Nevada en el Condado de Tulare (California). Había sido parte del *Sequoia National Park* desde 1926, y declarado refugio nacional de caza (*National Game Refuge*) por una Ley especial del Congreso». «Su relativa inaccesibilidad y falta de desarrollo han limitado su número de visitantes por año, y al mismo tiempo ha preservado la calidad del valle como una de las quasi-área natural virgen en gran medida a salvo de los productos de la civilización».

for the Northern District of California que concedió un interdicto preliminar (*preliminary injunction*). Apelada esta sentencia, La *United Court of Appeals, Ninth Circuit* (Corte Federal de Apelación, Noveno Circuito) decidió nuevamente (433 F. 2d 24) y revocó la decisión tomada en primera instancia, declarando que Sierra Club carecía de *standing* a la luz de la A.P.A., «**pues una persona tiene *standing* para ejercitar el control jurisdiccional bajo la A.P.A sólo si puede demostrar que el mismo ha sufrido o sufrirá un perjuicio ya sea económico o dem otro tipo**». La decisión de la *Suprem Court* en *Sierra Club v. Morton* fue considerar que «en ausencia de alegación de que la asociación o sus miembros habían sido afectadas en alguna de sus actividades por el complejo propuesto, la asociación que reclamaba un especial interés en la conservación de los refugios naturales de caza y los bosques, carecía de *standing* bajo la *Administrative Procedure Act* para mantener la acción». Este fue, como hemos dicho, el contenido fundamental del fallo, en el que fue ponente el Juez Stewart, y formuló voto particular el Juez Douglas. Pues bien, La Corte Suprema estimo la ausencia **de alegación de un perjuicio individualizado**:

«El impacto de los cambios propuestos en el ambiente del *Mineral King Valley* no recaerá indiscriminadamente sobre todos los ciudadanos. El perjuicio alegado será sentido sólo por aquéllos que usan *Mineral King* y *Sequoia National Park*, para los que los valores estéticos y recreativos serán objeto de reducción a causa de la autopista y la estación de esquí».

Siguiendo esta metodología la *Suprem Court* ha aceptado la legitimación de determinadas asociaciones ecologistas (así, por ejemplo en *United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures*, sentencia dictada el 18 de junio de 1973, se enjuiciaba la pretensión de un grupo ambiental de prohibir las órdenes de la *Interstate Commerce Commission*, de permitir a los ferrocarriles percibir adicionalmente una sobretasa proporcional del 2,5% en los fletes de carga estando pendiente la adopción de incrementos selectivos). Así pues, en esta sentencia la Corte Suprema consideró que SCRAP poseía *standing*. En su opinión a diferencia de Sierra Club, «los apelados reclamaron que la específica y presuntamente acción ilegal de la Comisión les perjudicaría directamente en su disfrute de los recursos naturales del área metropolitana de Washington». Condensando su doctrina sobre el *standing* en contenciosos ambientales, la Corte Suprema afirmó:

«El litigante debe alegar que él ha sido o será de hecho perceptiblemente dañado por la actuación de la agencia impugnada, y no tan sólo que él puede imaginar circunstancias en las cuales puede ser afectado por la actuación administrativa. Y es igualmente claro que las alegaciones deben ser ciertas y susceptibles de prueba en juicio. En este caso nos encontramos ante una demanda en la cual los apelados alegaron un perjuicio específico y

perceptible que los distingue de otros ciudadanos que no usan los recursos naturales que reclamaban, afectados por la actuación administrativa⁶».

La doctrina reciente, siguiendo a Hammons sobre legitimación del Corte Suprema tiene tres requisitos: (1) la acción cuestionada causará lesiones de hecho («injury in fact») reales o potenciales; (2) la lesión es atribuible a la acción impugnada y (3) la lesión se puede reparar con un resultado favorable del proceso⁷. De modo más reciente, esta doctrina de *Sierra Club versus. Morton* se ha reafirmado en *Lujan v. Defenders of Wildlife*⁸, *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.*⁹, y *Norton v. Southern*

⁶ Los posicionamientos disidentes respecto al *standing* fueron los siguientes: El Juez Blackmun (y coincidiendo con el mismo, el Juez Brennan) aceptaba el resultado final de la sentencia. Sin embargo no compartió el análisis sobre el *standing* por las razones por él expresadas en su voto disidente en *Sierra Club v. Morton*. A su juicio, la parte apelada, SCRAP, poseía *standing* pero no creía necesario que debieran probar que habían sido realmente perjudicados. Las exigencias sobre el *standing* se concentraban para el Juez Blackmun en los siguientes términos: «*tan sólo requeriría a los apelados que, como representantes responsables y sinceros de intereses ambientales, demostrasen que el medio ambiente sería realmente dañado y que tal perjuicio sería irreparable y sustancial*». Para el Juez White los perjuicios alegados eran «tan remotos especulativos e insustanciales de hecho, que no eran aptos para sustentar sobre ellos el *standing*». Para White los perjuicios invocados no eran más directos sustanciales y cualificados que los invocados en *Massachusetts v. Mellon* en los que un contribuyente alegaba que los gastos gubernamentales incrementarían su impuestos. En la opinión del Juez White las alegaciones realizadas sobre su *standing* por SCRAP no eran en realidad «muy diferentes de la alegación del interés general encontrada insuficiente y demasiado remota en *Sierra Club*».

⁷ Además, una organización, como una ONG ambiental, puede tener legitimación solo si: (1) al menos uno de sus miembros tendría legitimación como individuo; (2) el interés que la organización busca proteger es relevante para el propósito o las actividades de la organización; y (3) ni la reclamación presentada ni la reparación buscado involucran la participación de miembros individuales. J. T. Hammons, Jeffrey T. (2016: 2264-2265). Para una crítica del sistema de legitimación véase B. J. Terris (2015), y D. N. Cassuto, David N. (2018: 330-383).

⁸ Los demandados consideraron como un perjuicio la regulación realizada, pues permitía la ausencia de consulta respecto de actividades financiadas en el extranjero susceptibles de incrementar la extinción de especies en peligro o amenazadas de extinción. La Corte Suprema rechazó esta alegación en base a la doctrina del propio tribunal según la cual un *injury in fact* requiere algo más que un perjuicio a un interés reconocible y la necesidad de que la parte que pretenda instar el control jurisdiccional se encuentre entre los agraviados (*Sierra Club v. Morton*). Según la *Suprem Court*, para que los demandados pudieran vencer la moción de juicio sumario propuesta por el Secretario del interior habría sido necesario que éstos «*hubieran suministrado informes o otras pruebas demostrando a través de hechos específicos, no sólo que existían especies catalogadas, que de hecho estaban amenazadas por las actividades financiadas en el extranjero, sino también que uno o más de los demandados serían afectados directamente sin tener en cuenta su especial interés en la materia*».

⁹ 528 U.S. 167 (2000). Existe si tienen una base razonable para preocuparse de que las actividades en curso o proyectadas puedan afectar negativamente el entorno que utilizan y disfrutan.

*Utah Wilderness Alliance*¹⁰, y *Monsanto Co. v. Geertson Seed Farms*¹¹ en la que la *Suprem Court* respaldó conclusión de la Corte del distrito de que se había establecido una «probabilidad razonable» de que los cultivos orgánicos y comerciales se infectarían con el gen diseñado por ingeniería genética [en RRA] si RRA está completamente desregulado, por lo que daño alegado cumplía la exigencia de ser particular y concreto^{12 13}.

La Ley 27/2006 importando criterios ajenos a nuestra tradición jurídica contrasta con nuestra jurisprudencia que se ha caracterizado por el reconocimiento de una amplia legitimación en contenciosos ambientales¹⁴. La

¹⁰ 42 U.S. 55, 124 S.Ct. 2373 (2004). Realmente no es el *standing* el tema central. Aquí frente a LUJAN Aquí, en contraste, SUWA está desafiando la inacción final de BLM que causa deterioro en cuatro WSA específicas utilizadas por los miembros de SUWA que están directamente perjudicadas por el deterioro de las áreas. Como afirma Sakashita «la Corte Suprema anuló los esfuerzos del demandante por utilizar el sistema. En *Southern Utah Wilderness Alliance*, los grupos de ciudadanos impugnaron la incapacidad de la BLM —*Bureau of Land Management*— para evitar daños a vehículos públicos en terrenos fuera del camino. En una opinión unánime, el Tribunal Supremo declaró que el caso no podía ser revisado. La decisión amplió la doctrina de la irrevisabilidad en virtud de la Ley de Procedimiento Administrativo y presentó un retroceso para la protección ambiental-judicial para mantener bajo control los programas de una agencia. De acuerdo con la Corte, el programa de una agencia no se puede revisar cuando un demandante busca mejoras que deberían realizarse en las oficinas del Departamento o en los pasillos del Congreso. En la misma línea, la Corte Suprema en *Southern Utah Wilderness Alliance* decidió no revisar los programas BLM que supuestamente no impidieron que los vehículos todo terreno dañen las tierras públicas. El Tribunal consideró que “las deficiencias generales en el cumplimiento... no cumplen con el requisito de especificidad para la acción de la agencia [que puede ser impuesta]”». Sakashita (2005: 409).

¹¹ 561 U.S. 139 (2010).

¹² Véase By Haroff, «Private Enforcement of U.S. Environmental Laws — Why Standing Still Matters», en <<https://www.martenlaw.com/newsletter/20170905-private-enforcement-environmental-laws>> (última vez visitado, 31 diciembre 2018).

¹³ La sentencia es a favor de Monsanto. La decisión permitió cultivar, cosechar y vender el cultivo la alfalfa modificada genéticamente.

¹⁴ Así podemos encontrar poderosos precedentes: Como sentencias favorables al reconocimiento de una legitimación amplia en contenciosos ambientales deben citarse las sentencias de 24 de septiembre de 1975 (Ar. 3754, Ponente Mendizábal y Allende), 8 de mayo de 1979, Ar. 2389 (Sala 4.ª, Ponente Medina Balmaseda) y 25 de abril de 1989, Ar. 3233 (Sala 3.ª, Ponente González Navarro). La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1989 (La Ley 727-JF/0000) reconoce legitimación a una persona (suponiendo su condición de vecino) para impugnar un acuerdo municipal sobre vertido de aguas fecales. La sentencia invoca, en apoyo de sus conclusiones, el reconocimiento por la Constitución, en su artículo 45, del derecho de todos a un medio ambiente adecuado. A su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1990 (La Ley 26131-JF/0000), reconoce legitimación a un vecino de la localidad para impugnar la licencia de instalación de una granja que produce fuertes olores que suponen molestias para los vecinos, incluso relativamente alejados de la instalación. Mas recientemente lo ha hecho la STS de 22 de abril de 2002, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, Rec. 3799/1997, Ponente Xiol Ríos, La Ley 6202/2002, FD 11.º, «el ciudadano que ejercita la defensa de un interés difuso puede estar defendiendo su propio círculo vital afectado, cuyo ámbito permite definir el concepto constitucional de interés legítimo. Por ello este Tribunal está

Ley 27/2006 configura la resurrección de una legitimación corporativa sobre sujetos colectivos ecologistas creando un discutible monopolio del control jurisdiccional objetivo en los contenciosos ambientales. Sin embargo, sentencias como la STS de 1 de diciembre de 2009, Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Pleno, Rec. 55/2007, Ponente Espín Templado, LA LEY 233150/2009, FD 2.º, muestran el impacto positivo *pro* legitimación de la Ley 27/2006 —la ley 27/2006 disipa dudas legitimación asociaciones ecologistas carácter nacional—. Frente a la negación en la instancia de legitimación activa a Ecologistas en Acción y Greenpeace España, el TS invoca los criterios de la Ley 27/2006 para afirmar dicha legitimación con rotundidad, cuyos artículos 22 y 23 la «otorgan indiscutiblemente». Esto muestra que el retroceso que ha impuesto la Ley 27/2006 no es lineal —frente a lo conquistado ex 7.2 LOPJ—, pues al menos actúa como elemento disipador de las dudas que puedan existir en materia de legitimación en contenciosos ambientales.

B) ÁMBITO OBJETIVO

En cuanto al ámbito objetivo es fácil igualmente detectar las exigencias. Bajo el ámbito objetivo o *ratione materiae* de esta presunta «acción popular» se encuentran:

- los actos y, en su caso, las omisiones;
- imputables a las autoridades públicas;
- que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente;
- enumeradas en el artículo 18.1;

son controlables los actos y las omisiones. Falta una expresa mención a las vías de hecho, que es obvio que deben entenderse incluidas por estar bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las autoridades públicas son definidas en el apartado 4, del art. 2. Este precepto las define en los siguientes términos:

4. Autoridades públicas:
 1. Tendrán la condición de autoridad pública a los efectos de esta Ley:
 - a) El Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas.

abriendo caminos al reconocimiento de este tipo de legitimación cuando se aprecia un punto de conexión con el círculo vital de intereses de la corporación, asociación o particular recurrente. Frecuentemente, este punto de conexión son las relaciones de vecindad».

b) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración local y las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, a las Comunidades Autónomas o a las Entidades locales.

c) Los órganos públicos consultivos.

d) Las Corporaciones de derecho público y demás personas físicas o jurídicas cuando ejerzan, con arreglo a la legislación vigente, funciones públicas, incluidos Notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

2. Tendrán la condición de autoridad pública, a los solos efectos de lo previsto en los Títulos I y II de esta Ley, las personas físicas o jurídicas cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previstos en el apartado anterior.

3. Quedan excluidos del concepto de autoridad pública las entidades, órganos o instituciones cuando actúen en el ejercicio de funciones legislativas o judiciales. En todo caso, cuando actúen en el ejercicio de funciones legislativas o judiciales, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley las Cortes Generales, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional, los juzgados y tribunales que integran el Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas u órganos de fiscalización externa de las Comunidades Autónomas.

Obsérvese que este precepto está destinado a superar la regulación de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente. En esta regulación hoy derogada establecía que la información en poder de la administración instrumental o un concesionario debía ser recabada mediante su solicitud a la administración matriz. La Ley limita en consonancia este concepto a los efectos de los Títulos I y II. Es obvio que de aquí no puede colegirse que estas personas jurídicas-privadas que ejercen funciones públicas o presten servicios están fuera de la acción popular. Recordemos que en la jurisprudencia constitucional frente a la sociedad estatal RTVE (ente que el TC califica de interpuesto, «persona interpuesta, pero en modo alguno independiente») cabe amparo frente a sus decisiones (STC 35/1983, de 11 de mayo¹⁵, FJ 3, Ponente Rubio Llorente)¹⁶. Pero la doctrina

¹⁵ BJC 26/1983, pp. 651-657.

¹⁶ Sin embargo, esta línea jurisprudencial ha establecido límites. El ATC 154/1987, de 11 de febrero, considera que no existe lesión del art. 23 CE por el despido de un trabajador en una empresa en la que existe participación pública en el capital. En este caso el cese del actor había obedecido a una causa prevista en norma legal, habiendo sido declarada conforme a ella por los órganos judiciales.

jurisprudencial estudiada y la consideración como poderes públicos de estos entes interpuestos ha de aplicarse también a las sociedades mercantiles de titularidad pública. El planteamiento puede ser llevado hasta sus últimas consecuencias predicando la revisión jurisdiccional respecto de sociedades controladas o vinculadas, con independencia de la titularidad (en el plano subjetivo) y, sobre todo, prescindiendo de la existencia formal de un acuerdo societario (en el plano objetivo). Si el control procede frente a las vías de hecho y omisiones de la Administración, habrá de admitirse la consiguiente lógica susceptibilidad de amparo frente las vías de hecho y omisiones de los entes interpuestos. Quizá esto sea todavía insuficiente y resulte preciso profundizar en una teoría realista del control jurisdiccional. El levantamiento del velo es una técnica formal y puede ser necesario una perspectiva material en la noción de poder público. Habrá de ponerse entonces el acento en las funciones. En Gran Bretaña desde el *Data fin case*¹⁷, al objeto de determinar el ámbito del *judicial review*, la doctrina sentada es la siguiente: las decisiones tomadas por empresas privadas a las que han sido delegadas potestades públicas son susceptibles de control jurisdiccional (*judicial review*) si están llevando a cabo tareas o deberes de naturaleza pública, de forma, que si no los desempeñasen, el gobierno estaría obligado a proporcionar para esas funciones alguna estructura legislativa. Es el test funcional (la pregunta clave es si el ente de acuerdo con su *status* legal lleva acabo un deber público)¹⁸. Esto en el campo del medio ambiente es especialmente necesario dado el repliegue de lo público mediante la privatización de servicios públicos y la delegación de funciones públicas a sujetos privados.

Por último, procede analizar el ámbito objetivo material que se realiza por remisión. Son las materias enumeradas en el artículo 18.1:

Artículo 18. Normas relacionadas con el medio ambiente.

1. Las Administraciones públicas asegurarán que se observen las garantías en materia de participación establecidas en el artículo 16 de esta Ley en relación con la elaboración, modificación y revisión de las disposiciones de carácter general que versen sobre las materias siguientes:

- a) Protección de las aguas.
- b) Protección contra el ruido.
- c) Protección de los suelos.
- d) Contaminación atmosférica.

¹⁷ *R v Panel on Take-overs and Mergers ex parte Datafin* (1987) 2 WLR 669.

¹⁸ *Vid.* C. Graham (1993: 5). La doctrina ha sido extendida con posterioridad a la *Advertising Standards Authority* pero no al *Jockey Club* ni a la *Football Association* a pesar de que pueda afirmarse que al menos en parte estos últimos entes desempeñen, al menos en cierta medida, funciones públicas.

- e) Ordenación del territorio rural y urbano y utilización de los suelos.
- f) Conservación de la naturaleza, diversidad biológica.
- g) Montes y aprovechamientos forestales.
- h) Gestión de los residuos.
- i) Productos químicos, incluidos los biocidas y los plaguicidas.
- j) Biotecnología.
- k) Otras emisiones, vertidos y liberación de sustancias en el medio ambiente.
- l) Evaluación de impacto medioambiental.
- m) Acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente.
- n) Aquellas otras materias que establezca la normativa autonómica.

Es criticable esta forma de legislación por remisión que llevar a reconocer la acción popular en materia de acceso a la justicia¹⁹. O que reduce la acción popular en urbanismo —ésta sí verdadera acción popular—. Pero cualquier reducción quedaría derogada por la *lex posterior y specialis de la Ley estatal del Suelo*. Por otro lado, dado que no es una verdadera acción popular sus límites no son aplicables en libertad de información ni obviamente al urbanismo en el que si existe una verdadera acción popular. Por lo demás, como toda lista es incompleta: *no están la evaluación ambiental estratégica*²⁰ —*explícitamente*—, *la autorización ambiental integrada, ni la EMAS ni la ecoetiqueta de modo expreso frente a la EIA que si aparece de modo expreso*. No está tampoco la contaminación lumínica de modo expreso. Estos problemas los genera una deficiente técnica legislativa de regulación por remisión sin pensar en las consecuencias de la remisión. Es claro que ninguna restricción debe extraerse de esas limitaciones irreflexivas de la Ley. La jurisprudencia ha sido restrictiva interpretando el ámbito objetivo. Así, por ejemplo, la STS 33/2018 de 16 de enero de 2018, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sec-

¹⁹ En parecidos términos A. Ruiz de Apodaca Espinosa (2018: 21).

²⁰ Exclusión lógica pues para ella existe acción popular sin límites corporativos. Cfr. ar. 5 letra «f») del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Lo lógico sería precisar con un «sin perjuicio de la acción pública reconocida en la legislación urbanística» pues la acción popular se extiende a EIA de proyectos urbanísticos. Por acción pública debe entenderse, siguiendo la definición que aporta el Diccionario del español jurídico de la RAE y el CGPJ, «la legitimación que ostenta cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, para interponer un recurso contencioso-administrativo en materia urbanística y en determinados supuestos relativos al patrimonio histórico-artístico y al medioambiente» (<<https://www.iberley.es/temas/accion-publica-urbanistica-62165>>). Desde el punto de vista terminológico acción pública y popular son sinónimos en la legislación administrativa.

ción 3.^a, Rec. 4464/2015, Ponente Calvo Rojas, LA LEY 370/2018, acción «colectiva» de la Ley 26/2007 se constriñe a las materias allí enunciadas excluyendo el análisis de lo no ambiental (vulneraciones de la ley del Sector eléctrico) en el recurso planteado por la Asociación de vecinos, consumidores y usuarios del Remediado contra la Orden IET/2209/2015, de 21 de octubre que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015 por el que se aprueba el Plan de Desarrollo de la Red de Transporte de Energía Eléctrica 2015-2020. El TS declara que «tal reconocimiento de la legitimación para recurrir (legitimación *ad processum*) no significa que la recurrente puede suscitarse cuestiones ni aducir motivos de nulidad ajenos al ámbito medioambiental al que se circunscribe aquella legitimación. Por tanto, y aun no concurriendo causa para la inadmisión del recurso, habrán de ser desestimados aquellos motivos de anulación basados en la vulneración de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, de la Orden IET/1045/2014, por venir referidos a cuestiones que no están comprendidas en el ámbito de la legitimación resultante de lo dispuesto en los artículos 18, 22 y 23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, y dado que la recurrente tampoco ha justificado debidamente la imbricación de esas vulneraciones que alega de la normativa del sector eléctrico con la materia medioambiental que constituye su título de legitimación» (FD 2.^o). Obsérvese que la negativa *pro futuro* da pie a que si se razona imbricación ambiental se abra la posibilidad de estimar presente la legitimación. Lo que no entendemos es la falta de una interpretación *pro actione* sobre la base de la posible existencia de intereses legítimos colectivos en este caso en una asociación de vecinos, consumidores y usuarios.

3. LA ACCIÓN POPULAR EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL Y LOS LÍMITES DEL SISTEMA DE LEGITIMACIÓN

A) LA ACCIÓN POPULAR EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL Y LOS ASPECTOS NUCLEARES DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES POPULARES —COSA JUZGADA, PLAZO, ABUSO DEL DERECHO, COSTAS—

Dado que la regulación que acabamos de examinar no constituye una verdadera acción popular no está de más que examinemos las verdaderas acciones populares que hoy reconoce la legislación ambiental. Destacan en este sentido en la legislación estatal las reconocidas en el artículo 109 de la Ley 22/1988, de Costas —que reconoce el derecho al abono de los gastos en que se hubiera incurrido—; el artículo 8 de la Ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico. Pero sobre todo, debemos destacar el **art. 5 letra «f» del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana que reconoce a todos los ciudadanos el derecho a «Ejercer la acción pública para hacer**

respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora».

Obsérvese que en un corto espacio temporal el legislador estatal pasa en EIA y EAE de un sistema de legitimación restringida al de acción pública. En 1995 ya decíamos que el reconocimiento de la acción popular era arbitrario y contradictorio²¹. En 2018 seguimos en las mismas ¿Cómo se puede variar de criterio en un año en algo tan importante?

En la legislación autonómica numerosas normas han reconocido la acción popular²². De modo general —estableciéndola con carácter horizontal para todo lo ambiental— así ha procedido la Ley Vasca 3/1998, de 27 de febrero en su artículo 3.4 y el artículo 8 de la Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de Intervención par la protección ambiental. Numerosas normas autonómicas «sectorialmente» han introducido acciones populares en materia de ruido, atmósfera —Galicia y Cataluña—, vías pecuarias, espacios naturales protegidos, flora y fauna.

Todo ello nos lleva a una importante cuestión. ¿Pueden las CCAA introducir acciones populares²³? El TC lo ha negado en otros sectores como el consumo al establecer que la introducción de una acción popular constituye una competencia exclusiva del Estado por tratarse de legislación procesal (STC 71/82 y 173/1998)²⁴. En medio ambiente el art. 149.1 23 CE permitiría resultados distintos, si conceptuáramos dicha introducción como una medida adicional de protección. La cuestión es discutible. Sobre todo porque el dogma de la legitimación afirmado el principio de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho de la Administración es especialmente discutible. Nosotros pensamos que el art. 45 CE debe implicar la desaparición de los requisitos de legitimación. Pero esto, como veremos, lo rechaza expresamente el TS en 2007²⁵.

²¹ J. Jordano Fraga (1995: 316).

²² Los últimos recuentos han sido realizados por Rego Blanco (2005: 485-518), cuyo anexo I, transcribe los preceptos instauradores y Razquin Lizarraga & Ruiz de Apodaca (2007: 394-397) y A. Ruiz de Apodaca Espinosa (2018: 26-35).

²³ Al respecto véase nuestra obra (1995: 328-334). Clamando por su instauración E. Salazar Ortuño, Eduardo (2018: 538).

²⁴ La cuestión ha podido ser resuelta por la STC 151/2012 de 5 de julio de 2012, Pleno, Rec. 6588/2011, Ponente Gay Montalvo, La Ley 105484/2012 pero el TC declaró la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ País Vasco en relación con el art. 3.4 de la Ley 3/1998 de 27 de febrero de protección del medio ambiente del País Vasco, por desaparición de su objeto, como consecuencia de la finalización por desistimiento de la parte recurrente.

²⁵ J. Jordano Fraga (1995: 296-301, 453-455, 483-484).

Existiendo acción pública no procede discriminar aspectos sobre los recurrentes ostentan legitimación reforzada. El TS entiende que la legitimación, basada en el ejercicio de la acción pública, es una e inescindible y afecta por tanto al objeto impugnatorio en su integridad, de suerte que no es dable requerir cuando se impugna un plan urbanístico una legitimación reforzada o, dicho de otro modo, la prueba de un interés legítimo más intenso a la hora de diferenciar qué previsiones del Plan estarían amparadas en la legitimación y cuales otras no lo estarían, con el indeseable efecto procesal de que tendría cabida una especie de inadmisibilidad parcial —STS de 15 de julio de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), Recurso de Casación 3492/2013, Ponente Navarro Sanchís, RJ2015\3486, f. de Dcho 4.^o—. En definitiva, solo la existencia de una verdadera acción popular elimina los obstáculos al proceso y la presencia de una causa de inadmisibilidad derivada de la falta de legitimación. Así, la Sentencia de 19 de octubre de 2011, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a, Rec. 4630/2007, Ponente Peces Morate, LA LEY 229002/2011, FD 6.^o, respalda la legitimación activa «Institució altempordanesa per a l'estudi i defensa de la natura» (IADEN) para recurrir la resolución, de 8 de noviembre de 2002, de la Consejería de Medio Ambiente de la Generalidad de Cataluña, por la que se otorgó autorización ambiental a la entidad Ramsalt S.A. para la explotación de una granja porcina en el Mas dels Fils del término municipal de Rabós de L'Empordá desde la acción reconocida en las leyes del suelo Estatal y autonómica²⁶.

Ya en el plano de los problemas que plantean el ejercicio de las acciones populares conviene repasar de la mano de Rego Blanco²⁷ los límites al ejercicio de las mismas: en cosa juzgada se admite la cosa juzgada formal pero no la cosa juzgada material que solo se producirá entre las partes. En cuanto al plazo si los actos son notificados rigen los plazos generales. Si debió ser notificado el acto pero no lo fue, rige el régimen de las notificaciones defectuosas (STS de 5 de julio de 1999). También rigen los plazos generales si se ha tenido conocimiento del expediente (SSTS de 17 de febrero de 2001 y 30 de noviembre de 2002). Mas importante es el régimen de la presencia de un posible abuso de derecho en su ejercicio. La jurisprudencia se ha movido entre estimar una casa de inadmisión si ha existido abuso del derecho; o desestimar la acción. Son las STS de 22 de enero de 1980 —el fin perseguido por el ejercicio de la acción es causar mal— y 2 de noviembre de 1989 —la existencia de un sen-

²⁶ Así, la STS de 20 de noviembre de 2015, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a, Rec. 1203/2014, Ponente Suay Rincón, La Ley 190983/2015, FD 2.^o, admite la legitimación de la *Asociación «Salvemos Pontevedra»* para demandar, el inicio del correspondiente procedimiento administrativo dirigido a obtener la declaración de caducidad de la concesión demanial con destino a la instalación de una fábrica de cloro y anexos. La citada asociación sustenta su recurso al amparo del ejercicio de la acción pública reconocida por la Ley de Costas (artículo 109).

²⁷ M. D. Rego Blanco (2005: 337-392).

timiento personal—. Mas moderna nos parece la STSJ de Cantabria de 24 de julio de 2000 en la que se afirmó que el abuso de derecho no impide que prospere la acción popular si existe un beneficio público o si la actuación es ilegal. En cuanto a las costas rigen las reglas generales (STS de 24 de abril de 1997). No obstante, debiera extenderse la doctrina existente en el ámbito penal que excluye de las costas al actor popular en defensa de intereses difusos (Sentencias del Tribunal Supremo 703/2001, de 28 de abril y 515/1999, de 29 de marzo; STS de 2 de julio de 2009, Sala Segunda, de lo Penal, recurso 11521/2008, etc). A. Ruiz de Apodaca Espinosa da cuenta de la jurisprudencia sentada por la STJUE de 11 de abril de 2013, asunto C-260/11, Pallikaropoulos (y otro)/Environment Agency y STJUE, de 13 de febrero de 2014, asunto C-530/11, Comisión c. Reino Unido según la cual el coste de un procedimiento no debe superar la capacidad financiera del interesado, y siempre debe ser razonable desde un punto de vista objetivo.

B) LOS LÍMITES DEL SISTEMA DE LEGITIMACIÓN, LEGITIMACIÓN COLECTIVA Y LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS AYUNTAMIENTOS EN MATERIA AMBIENTAL

a) **Los límites del sistema de legitimación. Los procedimientos sancionadores y la posición del denunciante**

La jurisprudencia ha interpretado de forma amplia la legitimación en los contenciosos ambientales de la mano de los artículos 7.3 LOPJ y 19 LRJCA. Realmente los problemas se han planteado en la legitimación del denunciante. Esto es, se rechaza la legitimación de una asociación ecologista, salvo que esté reconocida la acción popular para recurrir actos que determinan sanciones inferiores o que comportan la decisión de no sancionar²⁸. Ejemplos paradigmáticos son la STSJ del País vasco de 23 de marzo de 2000, RJCA 1912. O la STS de 16 de junio de 2007, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Quinta, Ponente Yagüe Gil, dictada en el recurso de casación núm. 8001/2003, en su FJ 4, que merece transcribirse íntegramente:

Cuarto:

«La Sala de Burgos razona con buen sentido diciendo que el denunciante carece de interés en solicitar en vía judicial que a la entidad ya sancionada por vertido no autorizado se le imponga judicialmente mayor sanción. Y así es en efecto. El interés legítimo en que la legitimación activa consiste (artículo 19.-1 a) de LJ 29/98 se define como cualquier ventaja que se derive para una persona del pronunciamiento judicial que se solicita. Y en el presente caso ni el demandante ha puesto de manifiesto ni este Tribunal

²⁸ Para un análisis exhaustivo de la cuestión véase Peñalver i Cabré (2004: 459-644).

descubre qué ventaja va a obtener aquél del hecho se que imponga una mayor sanción a la entidad ya sancionada, como no sea la del puro interés a que la actuación sea legal. Sin embargo, este puro interés a la legalidad no es una ventaja que afecte al reducto de sus propios intereses, y una buena prueba de ello es que el ordenamiento jurídico no concede una acción pública en materia de protección del medio ambiente, ni siquiera en la reciente Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula los derechos de acceso a la información, participación y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la cual en su artículo 22, solo otorga acción popular a la personas jurídicas sin ánimo de lucro y sólo cuando cumplen los requisitos de su artículo 23.

En consecuencia, carecen de la fuerza convicción los argumentos que contra de la falta de legitimación activa explyaya la parte recurrente en su escrito de casación, ya que ni el derecho genérico al medio ambiente adecuado que proclama el artículo 45-1 de la Constitución Española, ni la necesaria interpretación de las normas procesales conforme al principio “pro actione”, ni la profesión médica del demandante, ni, en fin, el valor prevalente de defensa del medio ambiente que la jurisprudencia proclama en la adopción de medidas cautelares, pueden otorgar al demandante un interés en una mayor sanción.

Reiteramos aquí a estos efectos las sentencias del Tribunal Supremo citadas por la sala de instancia, de fechas 17 de marzo de 2003, 25 de febrero de 2002 y 23 de abril de 2003, acerca de la falta de legitimación del mero denunciante en expedientes sancionadores, lo que sin duda tiene un hondo designio social a fin de evitar que la potestad sancionadora de la Administración se pueda convertir en una mera disputa entre personas privadas».

Como es sabido la excepción a la doctrina que niega la legitimación al denunciante es cuando se trata de un denunciante perjudicado. Son supuestos en los que el denunciante ha sufrido una mala praxis profesional y recurre la inactividad o clemencia del correspondiente colegio profesional (médico, notarial) —STS de 12 de febrero de 1992, RJ 2817 y STS de 5 de diciembre de 1999, RJ 2000—. También ha seguido esta doctrina el Tribunal Constitucional en un supuesto de un trabajador perjudicado por un accidente de trabajo. Es la STC 143/2000, de 29 de mayo.

La Ley 39/2015 ha procedido a la regulación general de la colaboración del presunto infractor-denunciante. El artículo 62.4 LPAC le otorga beneficios por su «delación». De esta forma, cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes

para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado. Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga. En ambos casos, será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia. La novedad es la regulación con alcance general, pues la figura ya existía en el ámbito de la defensa de la competencia [art. 65.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, «con la exención del pago de la multa impuesta cuando sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cártel»]. En el ámbito penal, al arrepentido que presta esta colaboración activa se le premia con la imposición de una pena inferior en uno o dos grados, siquiera sea solo en los casos en que el delito es de menor Gravedad existiendo el atenuante de confesión (art. 21.4.º CP). En definitiva, estas declaraciones inculpativas tienen sus reglas de contraste con la presunción de inocencia establecida que relativizan su valor probatorio [así, la STC 233/2002, de 9 de diciembre; y las SSTC 68/2001 (Secuestro de Segundo Marey); 2/2002 (coimputados y derecho al silencio); 68/2002 (coimputados y testigos de referencia); 65/2003 (los coimputados no corroboran a otros coimputados); 17/2004 (coimputado rebelde); 30/2005 (declaración de menor coimputado)] que ha sido objeto de profundo análisis por Sánchez Yllera²⁹.

b) Legitimación colectiva en manos de las asociaciones

Por tanto, en contenciosos ambientales los problemas mayormente se plantean respecto de los recurrentes personas físicas (la STS de 22 de abril de 2002, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, Rec. 3799/1997, Ponente Xiol Ríos, LA LEY 6202/2002, FD 11.º: «La impugnación individual por los ciudadanos de actos administrativos que afecten al medio ambiente no está habilitada, como se ha visto, por el reconocimiento de una acción popular»). Obviamente, la LJCA sigue operando en contenciosos ambientales reconociéndose legitimación con fundamento en la existencia de intereses legítimos colectivos y sigue aplicando para ellos doctrinas jurisprudenciales previas a Arhus y la ley 26/2007. Antes de la Ley 26/2007, la STS de 24 de diciembre de 2001, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia Rec. 347/1999, Ponente Enríquez Sancho, LA LEY 233252/2001, FD 2.º reconoció legitimación activa a Ecologistas en Acción-CODA y Greenpeace-Es-

²⁹ I. Sánchez Yllera (2006: 13-33).

paña en la sustanciación de un recurso referente a la autorización de un almacén de residuos radiactivos, afirmando que «Las asociaciones recurrentes gozan de la legitimación que les reconoce el artículo 19.1.b) LJ, e, independientemente de ello, de la que les otorga el artículo 304 LS, aplicable también cuando se trata de impugnar acuerdos del Consejo de Ministros adoptados conforme a lo previsto en el artículo 244.2 de esta Ley».

Después de la Ley 27/2006, la jurisprudencia del TS ya con el viento a favor de la Convención de Aarhus y la propia Ley 27/2006 se ha reconocido legitimación a asociaciones ambientalistas. Son buen ejemplos de ello las STS de 15 de septiembre de 2009, Rec. 151/2007, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, Ponente Bandrés Sánchez-Cruzat, La Ley 184140/2009, FD 2.^o; STS de 31 de marzo de 2009, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, Rec. 5119/2006, Ponente Bandrés Sánchez-Cruzat, LA LEY 75486/2009, FD 5.^o — legitimación de la Asociación plataforma en defensa da ría de Arousa—, y la STS de 17 de mayo de 2011, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, Rec. 104/2010, Ponente Bandrés Sánchez-Cruzat, LA LEY 62895/2011, FD 2.^o, que reconoce legitimación activa a Agrupación de vecinos y amigos de Llanes-Avall —usando el propio art. 45 CE y afirmando que dicho precepto «promueve que todos tengan el derecho a exigir a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para garantizar la adecuada protección del medio ambiente»—³⁰.

Así lo hace también la STS de 7 de febrero de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), RJ\2011\610, recurso de Casación 599/2007, Ponente Calvo Rojas, FD 3.^o, respaldando la legitimación basándose en tres argumentos que subscribe de la sentencia de instancia: 1) los Estatutos de la referida asociación establecen como fines, entre otros, los previstos en el artículo 3.e/ consistente en personarse como parte interesada participando vía jurídica o administrativa, así como promover o realizar actos reivindicativos en todos los proyectos que afecten tanto al medio ambiente como a la conservación y defensa de la naturaleza; 2) y que dicha Asociación recurrente en alzada en ningún momento fue requerida por la Administración para que justificase acuerdo de la Asociación en orden a facultarla para la interposición del recurso en nombre de la Asociación 3·) Además, la sentencia de instancia destaca también que no cabe cuestionar en vía judicial la legitimación de quien recurrió en alzada sin ser cuestionada entonces la legitimación³¹. La STS de

³⁰ Así también, la STS de 29 de noviembre de 2006, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a, Rec. 933/2003, Ponente Fernández Valverde, La Ley 209629/2006 —legitimación de la Asociación para la defensa del desarrollo ecológico sostenible ex art. 19.1.b y 18.2 LJCA interpretados a la luz de la Ley 26/2007 y el Convenio Aarhus—.

³¹ En este sentido, también la STS de 19 de enero de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), Recurso contencioso-administrativo 243/1998, Ponente González

28 diciembre 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), recurso de Casación 4560/2007, Ponente Espín Templado, RJ\2012\460, ha reconocido legitimación activa a una sociedad de cazadores para impugnar la constitución de un coto privado de caza, pues las sociedades de cazadores tienen reconocida por la legislación estatal y autonómica una función colaboradoras en la protección de la fauna silvestre y en la gestión de la caza. También la STS de 8 de junio de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), Recurso de Casación 39/2014, Ponente del Riego Valledor, RJ\2015\3166, FD 3.º, ha apreciado existente la legitimación activa de la Asociación Ecologistas en Acción-CODA para la impugnación de un indulto concedido a condenado por delito medio ambiental estimando presente un interés difuso en protección del medio ambiente siendo indiferente su falta de personación en el proceso penal seguido por el delito contra el medio ambiente, pues esa falta de personación en vía penal que «en nada perjudica ni afecta a los fines de tutela del medio ambiente encomendados a la asociación recurrente por la ley, que pueden actuarse, indistintamente, bien en la persecución de actuaciones contra la ordenación del territorio que puedan ser constitutivas de delito bien en la oposición al perdón de la pena impuesta por un delito de esa naturaleza con infracción o al margen de los requisitos establecidos por la ley».

Debemos resaltar en este sentido la importante STS 1188/2017 de 7 Julio de 2017, rec.1783/2015, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, Ponente Arozamena Laso, LA LEY 121319/2017, asunto «Fundación Oceana»³², La sentencia declara la legitimación de la Fundación Oceana para ser parte en el expediente promovido contra dos buques por infracción consistente en vertidos contaminantes. Tiene la condición de persona interesada. Ostenta un especial interés legítimo colectivo teniendo en cuenta la significación constitucional del medio ambiente y el principio de efectividad del Derecho ambiental³³. Al personarse en el procedimiento sancionador no actuó movida, exclusivamente, por la defensa de la legalidad, sino por la defensa del medio ambiente marino y por su interés en que sea protegido eficazmente. Además, dicha Fundación está legitimada para ejercer la acción popular en

González, RJ\2000\20, admitiendo la legitimación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras para impugnar el Real Decreto 782/1998, de 30 abril, por el que se aprueba el Reglamento para desarrollar la Ley 11/1997, de 24 abril, de Envases y Residuos de Envases, pues «durante la tramitación del procedimiento de elaboración de la norma impugnada, la Administración dio intervención a la parte recurrente, lo que supone su legitimación para recurrir, como hay que inferir del artículo 31.1 c) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común».

³² Analizada por L. Casado Casado (2017: 69-74).

³³ Esta línea jurisprudencial al amparo del art. 19 LJCA había sido anticipada por la STS de 25 de junio de 2008 (caso de la construcción del aeropuerto de Castellón), a la que siguen, entre otras, la STS de 1 de diciembre de 2009, la STS de 25 de mayo de 2010 y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de diciembre de 2009 y de 21 de junio de 2010. Véanse E. Salazar Ortuño (2010: 191-202) y J. Ortega Bernardo (2011: 4-5).

materia medioambiental, dado que cumple los requisitos del art. 23 de la Ley 27/2006, y no tiene sentido que si esta Ley le permite impugnar una resolución administrativa que culmina un procedimiento sancionador por vulnerar la legislación medioambiental, no le permita que sea parte en el procedimiento en el que se ventila ese asunto³⁴.

c) Legitimación de los Ayuntamientos y partidos políticos

Varios pronunciamientos han venido a respaldar la legitimación de los Ayuntamientos para actuar ante la jurisdicción en defensa del medio ambiente. Destacamos la STS de 20 de septiembre de 2004, Rec. 2874/2001, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, Ponente Trujillo Mamely, La Ley 2190/2004, FD 6.^º, que respalda la legitimación activa del Ayuntamiento para impugnar el acto, aunque la línea eléctrica no esté situada en su territorio, al estar interconectados los puntos eléctricos y depender unos de otros, teniendo interés indirecto o difuso³⁵. El precedente es muy importante porque rompe con la idea de afectación territorial que en materia de medio ambiente

³⁴ Soro Mateo da cuenta de la recentísima Sentencia del Tribunal de Apelación de la Haya (Holanda), de 9 de octubre de 2018, que se pronuncia sobre un contencioso climático. Respalda la Resolución judicial del Tribunal de instancia de 2015, se ordena al Gobierno reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en un 25% para 2020, respecto los niveles de 1990, pues no hacerlo equivaldría a una violación de los derechos de los ciudadanos holandeses. La Sentencia «*Urgenda 2*» ha establecido que *El Estado no puede eludir su responsabilidad de tomar medidas de inmediato frente al cambio climático*. Por lo que se refiere a la legitimación, el art. 34 del CEDH establece que el TEDH «*podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*». El Estado holandés, en su defensa, sostuvo que del art. 34 del CEDH se derivaba que una ONG, como Urgenda, no podía invocar directamente los arts. 2 y 8 del CEDH, por entender que el art. 34 del CEDH sólo se refiere al acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y no a los Tribunales nacionales. Sin embargo, el Tribunal de apelación que las acciones de interés público, como la que se ejercita por la ONG Urgenda y por alrededor de 900 ciudadanos, no caben solo ante el TEDH. Esto significa afirma Soro Mateo «que el art. 34 del CEDH no puede servir de base para negar la posibilidad de basarse en los arts. 2 y 8 del CEDH en un procedimiento por responsabilidad frente al Estado en el ámbito jurisdiccional interno, cuando se ejerce una acción por una ONG». B. Soro Mateo (2018: 99-100).

³⁵ Literalmente: «En este caso, aunque la línea eléctrica cuya autorización y declaración de utilidad pública se ha otorgado no está situada en punto alguno del término municipal de la Corporación Local recurrente en la instancia, y por más que se trate de una red de transporte interconectada de suerte que todos los elementos y puntos que la componen o están relacionados o dependen de los demás, puesto que la energía que se consume o transforma en un punto concreto puede proceder de otro físicamente muy alejado, no por eso deja de estar más directamente afectado el Ayuntamiento recurrente en cuanto al establecimiento, modificación o alteración en las líneas de transporte energético de llegada y salida a una subestación radicada en un barrio

no debiera existir. La muerte de un oso en Asturias nos afecta a todos. En un ecosistema planetario interconectado, ciertamente tiene poco sentido hablar de ámbitos territoriales afectados.

La STS de 7 de diciembre de 2011, rec. 377/2008, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a, Ponente Rodríguez-Zapata Pérez, La Ley 241514/2011, ha reconocido legitimación activa en materia ambiental a los Ayuntamientos —consolidando esto como jurisprudencia³⁶— cuando actúan en defensa de sujetos lesionados en sus derechos en materia ambiental. Para el TS la sentencia recurrida había reconocido correctamente la legitimación del Ayuntamiento de Gavà, conforme a la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido. El Abogado del Estado, oponía en su contrarrecurso, que el Ayuntamiento de Gavà no era titular de los derechos fundamentales invocados. Esta objeción no debe prosperar según el TS porque no se trata de invocar derechos fundamentales ajenos en su dimensión de normas de derechos subjetivos [cfr., STC 26/2011, de 14 de marzo (La Ley 6062/2011), FJ 3], sino en su dimensión objetiva de normas esenciales del ordenamiento jurídico constitucional, dada la naturaleza dual de las normas que consagran derechos fundamentales en nuestra Constitución [por todas, STC 196/2006, de 3 de julio (La Ley 74122/2006), FJ 6], para lo que no se puede negar legitimación al Ayuntamiento, una vez reconocido su ámbito competencial.

Más restrictivo ha sido el TS respecto de los partidos políticos. La STS de 25 de junio de 2014, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, rec. 365/2012, Ponente Perelló Doménech, LA LEY 74650/2014, respecto de la impugnación del Real Decreto 547/2012 de 16 marzo, por el que se convalida el Real Decreto 1462/2001, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos ha declarado que no es suficiente su condición de organización o partido político a efectos de reconocerle legitimación para recurrir el Real Decreto impugnado³⁷.

de dicho municipio. Se trata, si se quiere, de un interés indirecto o difuso, pero en todo caso susceptible de la protección a cuya satisfacción sirve el proceso».

³⁶ La reconoce previamente la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2004, que confirma sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de octubre de 1999 dictada en un recurso formulado al amparo de la Ley 62/1978 (La Ley 2486/1978).

³⁷ FD 5.º: «El que los partidos sean el cauce de la participación política, y concurran a la formación de la voluntad popular, no es suficiente para conferirles legitimación para la impugnación de cualquier actividad administrativa, si no se aprecia una conexión específica con un concreto interés, actuación o funcionamiento del partido».

d) **La restrictiva legitimación del Ministerio Fiscal**

La STS de 28 de noviembre de 2014, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a, Sentencia, Rec. 3756/2012, Ponente Suay Rincón, La Ley 176906/2014 ha reducido el ámbito de legitimación del Ministerio Fiscal de conformidad con las previsiones de la LJCA y la LRM.

El TS estima inaplicable la cláusula del interés legítimo prevista en el art. 19.1 a) LJCA aplicando cláusula recogida en el ap. f) del mismo artículo, dedicada específicamente al Ministerio Fiscal, por medio de la cual tiene reconocida legitimación para actuar en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, pudiendo intervenir en los procesos que determine la Ley. El TS entiende limitada su legitimación, conforme a la disposición adicional 8.^a de la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental, a los procesos que se desarrollen en el ámbito de aplicación de esta Ley, que se proyecta sobre los daños ambientales y sobre las amenazas inminentes de que tales daños ocurran. La consecuencia es que se declara inadmisible el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la desestimación presunta por silencio de la Consellería de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo, i Habitatge de su solicitud de revocación de la autorización administrativa otorgada para la construcción del Parque Eólico en la Zona 12 (Enguera)

4. **LA APERTURA DE LA CASACIÓN POR GRAVE DAÑO A LOS INTERESES GENERALES**

La última reforma de casación suprimiendo el recurso de casación en interés de ley ha producido una apertura de legitimación en la fase casacional. En efecto, la casación en interés de ley era patrimonio exclusivo de la Administración. Esto ha cambiado. Recordemos que concurre «interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia», del **artículo 88.2, apartado b)** «Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales». Guerrero Zaplana Magistrado Especialista en lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, ha sostenido que ya no juega la limitación en cuanto a la legitimación que procedía de la regulación del anterior recurso de casación en interés de ley, y cualquier persona que considere que la sentencia dictada en primera instancia o apelación incorpora una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales podrá fundar su recurso en este supuesto del artículo 88.2.b LRJCA³⁸. Este criterio de legitimación permitiendo invocar a sociedad mercantil el art. 88.2.b LRJCA, es expresado por la Sala de Admisión en el Auto de 12 de febrero de 2018, Rec. 5994/2017, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.^a, Po-

³⁸ J. Guerrero Zaplana (2018: 66-67).

nente Frías Ponce), La Ley 2371/2018 o por *el* Auto de 23 de febrero de 2018, Rec. 6379/2017, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, Ponente Huerta Garicano, LA LEY 4151/2018 ECLI: ES:TS:2018:1556. Y de modo expreso, por *el* Auto de 27 de marzo de 2017, Rec. 263/2017, Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, Ponente Suay Rincón, La Ley 17346/2017 ECLI: ES:TS:2017: 2674.ª, RJ 3.º, al afirmar que: «No cabe considerar que corresponde en exclusiva a la Administración la defensa de los intereses públicos y los medioambientales forman parte sin dudas de ningún género de tales intereses».

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Quizá el mayor problema de la Ley 27/2006 estudiada es la parquedad en la regulación y la escasa ambición normativa de los postulados. En este sentido debe resaltarse el problema que se genera al no establecerse una regulación expresa sobre las fianzas y cauciones en medidas cautelares³⁹. Este problema debiera haber sido resuelto. En los contenciosos ambientales este es el momento crucial y decisivo pues ningún juez va a ordenar la demolición de lo ya construido o ejecutado. Cuando se han otorgado medidas cautelares éstas han sido inviables por la exigencia de fianzas desorbitadas (miles de millones de las antiguas pesetas en el caso de Itoiz). La Ley 27/2006 no da una respuesta clara y adecuada a este problema porque reenvía a la Ley 1/1996 de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita. O el mismo art. 20 3 LOPJ. Pues bien, el *status quaestionis* actual es el que sigue. Se interpreta que la justicia gratuita no alcanza las fianzas (SAP de Cantabria de 9 de enero de 2004 y SAP de Cádiz de 8 de enero de 2002). Tampoco la fianza de ejecución provisional —STS de 7 de mayo de 2002, RJ 6524—. La única piedra de toque en este panorama desolador es la STC 2002/45, de 25 de febrero que reputa contraria al art. 24 CE una fianza desproporcionada habida cuenta las circunstancias del caso y existencia del beneficio de justicia gratuita. Esta es la vía obligada en tanto no se reforme la Ley —que debiera serlo—. Los artículos 9 apartados 4 y 5 y 3.8 del Convenio de Arhus imponen la proporcionalidad de los costes. Muy positiva nos parece en sentido la STSJ de Valencia de 12 de mayo de 2005 al afirmar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública *ex* arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992 (hoy arts. 32 y ss. de la Ley 40/15 de Régimen Jurídico del Sector Público), cuando prospera el ejercicio de una acción contra la actuación ilegal de la Administración. Es una vía para la recuperación de costes e indemnización de los perjuicios producidos por la Administración en el empecinamiento en una actuación ilegal. Esta responsabilidad debiera ser pedida y reconocida en los procesos en que se ejercite una

³⁹ Abogando por su supresión E. Salazar Ortuño (2018: 509, 539).

acción popular para no avocar a un nuevo proceso resarcitorio terminado el principal.

Otra importante cuestión es si el régimen establecido por la Ley 27/2006, de 18 de julio supone una derogación de la legitimación existente. Y la legitimación existente, como hemos visto, puede ser más favorable si existen acciones populares verdaderas. La respuesta ya anticipada es que no. A esta solución se llega por la consideración de las normas que la reconozcan como *lex specialis* de prevalente aplicación. Habrá que recordar que en Italia después de 1986, mediante la *legge* n. 349 por la se creó el Ministerio de Medio ambiente, se estableció un régimen de asociaciones individuadas por decreto del Ministerio que cumplieran determinados requisitos y allí la jurisprudencia ha reconocido con posterioridad legitimación a asociaciones no *individuadas*⁴⁰. Por eso, tanto si existen acciones populares como otras formas de legitimación general previstas en la Ley 29/1998, entendemos que esas normas deben considerarse prevalentes. Otra interpretación nos llevaría al absurdo —contrario al principio *pro actione* y al art. 45 CE— de haber aprobado una ley de acceso a la justicia en materia de medio ambiente para impedir y restringir dicho acceso.

Se echa de menos, en cualquier caso, el establecimiento de una verdadera acción popular no contemplada en términos de posibilidad. Las leyes pueden reconocer a diestro y siniestro acciones populares pero después hace falta quienes la ejerzan. Y eso en contenciosos ambientales es una cuestión de medios personales y materiales. Seguimos pensando que es necesario el establecimiento de programas que favorezcan la consolidación presupuestaria de actores que ejerzan como fiscales ambientales independientes exigiendo el cumplimiento de la legislación ambiental. Seguimos pensando que el problema en nuestro sistema no es la falta de legitimación sino el escaso control efectivo de la Administración en los contenciosos ambientales y la desigualdad de armas entre los intereses desarrollistas —con amplios fondos para pericias y bufetes— y los ambientalistas —sin fondos y con trabajadores en su mayoría voluntarios sin retribución—⁴¹.

Creo que en contenciosos ambientales debe reconocerse en todo caso legitimación al Ministerio Fiscal. Un sistema en el que prevalece la consideración de si el Ministerio Fiscal está o no legitimado sobre el análisis de la legalidad o no de lo impugnado es un sistema enfermo. Y junto a ellos *privates attonor-*

⁴⁰ J. Jordano Fraga:1995, pp. 398-401.

⁴¹ Como acaba de decir una vez mas L. Kramer: «Los ciudadanos no sienten que el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, la erosión del suelo o la cantidad y calidad del agua normalmente afectan sus intereses. Las ONG ambientales no llenan este vacío, ya que carecen de recursos, tienen menos poder de negociación que los intereses creados y no pueden hacer que las personas sean conscientes de que la protección del medio ambiente es un interés general que necesita el apoyo y la protección de todos» (2018: 25).

neys. En un Estado ambiental de Derecho debe subvertirse el páramo jurídico ambiental de control jurisdiccional antes denunciado dejando atrás las normas ficción participación-control jurisdiccional posibilidad. Son necesarias normas que regulen el efectivo control con sujetos dotados de *status* procesal respaldado presupuestariamente. Y lo demás es perpetuar el páramo de control jurídico-ambiental existente.

La jurisprudencia de nuestro TS ha consolidado como importante línea jurisprudencial la prevalencia del interés público en la preservación del medio ambiente. La protección del medio ambiente legalmente determinada es un interés público prevalente determinante de la suspensión de los actos que inciden desfavorablemente, el otorgamiento de otras medidas cautelares o el mantenimiento de la eficacia de los actos favorables sobre el ambiente. El elemento decisivo para el otorgamiento de la suspensión de un acto presuntamente atentatorio al medio ó del mantenimiento de la eficacia de un acto protector es la existencia de afección. Si existe tal afección, el artículo 45 CE, en cuanto principio rector que informa la práctica judicial, hace obligada la suspensión del acto administrativo susceptible de causar perjuicios de difícil reparación al medio ambiente como bien jurídico constitucionalmente protegido. Esta doctrina, como cualquier otra en materia de suspensión *ex* 130 LJCA, ha experimentado inflexiones producto del conjunto de directrices generales y el extremado casuismo propio la materia. La justicia cautelar ambiental muestra la existencia de problemas propios que requieren soluciones específicas. La exigencia de caución a asociaciones ambientalistas puede determinar la impracticabilidad de adopción de medidas cautelares.

Sentencias como la STJ 28/11/2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità y otros, C-328/17 (ECLI:EU:C:2018 —que establece que Directivas de Contratación deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite a unos operadores económicos interponer recurso contra las decisiones del poder adjudicador referidas a un procedimiento de licitación en el que han decidido no participar por resultar de la normativa aplicable a este procedimiento una altísima probabilidad de no obtener la adjudicación del contrato—, muestran a la legitimación como lo que realmente es: un obstáculo al proceso; *como auténtico círculo de inmunidad* para activar el control jurisdiccional contencioso-administrativo frente procedimientos en los que no solo se ventilan intereses particulares (de licitadores, aspirantes a empleados públicos). Ello es un problema que trasciende el contencioso ambiental. La limitación del debate genera impunidad de la infracción del principio de legalidad, lo cual es ciertamente deprimente en un Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Boyer Barry & Meidinger Errol (1985), «Privatizing regulatory enforcement: A preliminary assessment of citizen suits under federal Environmental Laws», en *Buffalo Law Review*, vol 34, núm. 3, pp. 833-964.
- Breen Barry (1989), «Citizen suits for natural resources damages: Closing a gap in Federal Environmental Law», en *Wake Forest Law Review*, vol 24, núm. 4, pp. 851-880.
- Cassuto, D. N. (2018), «The law of words: standing, environment, and other contested terms», en *Revista Novos Estudos Jurídicos-Eletrônica*, vol. 23, n.º 2, maio-agosto 2018, pp. 330-383 (doi: 10.14210/nej.v23n2, pp. 330-383).
- Casado Casado, L., «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso)», *Actualidad Jurídica Ambiental*, ISSN-e 1989-5666, n.º 73 (noviembre), 2017, pp. 69-74.
- Colaço Antunes, L. F. (1989), *A tutela dos interesses difusos em Direito administrativo: Para uma legitimação procedimental*, Livraria Almedina, Coimbra, 234 pp.
- (1991), «Los intereses difusos: Ubicación constitucional; tutela jurisdiccional y “acción popular de masas” (en torno a la revisión de la Constitución Portuguesa de 8 de julio de 1989)», traducción por Sainz Moreno, en *RAP*, núm. 124, enero-abril 1991, pp. 417-435.
- Cramton Roger, C. (1973), «Citizen suits in the environmental fieldm — Peril or promise?», en *Administrative Law Review*, Spring 1973, vol. 25, núm. 2, pp. 147-156.
- Fernández-Lomana García, M., «Legitimación activa de asociación: (Comentario al AAN de 22 de octubre de 2015; rec. 301/2014)», en *Actualidad administrativa*, ISSN 1130-9946, n.º 7-8, 2016
- Fernández de Velasco, R. (1920), *La «acción popular» en el Derecho Administrativo*, Editorial Reus S.A., Madrid, pp. 109.
- Gaba, J. M. & Kelly, M. E. (1990), «The citizen suit provision under CERCLA: A sheep in wolf's clothing?», en *Southwestern Law Journal*, special edition on environmental Law, vol 43, núm. 3, February, pp. 929-955.
- Gil-Robles Gil-Delgado, J. (1986), «La acción popular y la audiencia de los ciudadanos en el derecho ambiental», en *Poder Judicial*, núm. Especial IV, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, pp. 167-177.
- Guerrero Zaplana, J. (2018), «La nueva casación contenciosa administrativa. Primeros pronunciamientos de la sala de admisión», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 44, Enero, ISSN 2254-3805, pp. 45-75.
- Hammons, J. T. (2016), «Public Interest Standing and Judicial Review of Environmental Matters: A Comparative Approach», en *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 41, n.º 3, december, pp. 515-552.

- Haroff, K., «Private Enforcement of U.S. Environmental Laws — Why Standing Still Matters», en <<https://www.martenlaw.com/newsletter/20170905-private-enforcement-environmental-laws>> (última vez visitado 31 diciembre 2018).
- Jordano Fraga, J. (1995), *La Protección del derecho a un Medio Ambiente Adecuado*, Ed. Bosh Barcelona, pp. 588.
- (2007), «Análisis de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la justicia, en especial el principio de legitimación en los contenciosos ambientales», en *Estudios de derecho judicial*, ISSN 1137-3520, n.º 137 (ejemplar dedicado a: Examen del a nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente), pp. 115-140.
- Kramer, L. (2018), «Citizens' rights and administration duties in environmental matters: 20 years of the aarhus convention», en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. IX Núm. 1, pp. 1-26
- Loperena Rota, D. y Ballesteros Pinilla, G. A. (2012), «El ejercicio de acciones en el orden contencioso-administrativo en defensa del medio ambiente», en *Revista jurídica de Castilla y León*, ISSN 1696-6759, n.º 26 (ejemplar dedicado a «Control judicial de las Administraciones Públicas»), pp. 177-210
- Martí del Moral, A. J. (2014), «La legitimación ambiental por intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativo», en *Intereses colectivos y legitimación activa* / Eloísa Carbonell Porras (dir.), Rafael Cabrera Mercado (comp.), ISBN 978-84-9059-590-9, pp. 411-434.
- Martín Mateo, R. (1973), «La problemática asimilación del accionariado popular», en *REVL*, núm. 179, julio-agosto-septiembre, pp. 471-485.
- Ortega Bernardo, J. (2011), «Quién ha apostado por la efectiva implantación del derecho de acceso a la justicia a favor de las organizaciones no gubernamentales en defensa del medio ambiente?», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, ISSN-e 1989-5666, n.º 6 (octubre), pp. 10-23.
- Pérez Conejo, L. (2002), *La defensa judicial de los intereses ambientales: (estudio específico de la legitimación «difusa» en el proceso contencioso-administrativo)*, Lex Nova, ISBN 84-8406-470-0. pp. 356
- Pérez Moreno, A. (1969), «La acción popular en materia de urbanismo», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 15, octubre-noviembre-diciembre, pp. 71 a 98.
- Peñalver i Cabré, A. (2004), *Les pretensions davant la inactivitat administrativa en materia sancionadora ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 710.
- (2005), «Nuevas tendencias sobre la inactividad administrativa en la aplicación de las sanciones ambientales», *Cuadernos de derecho local*, ISSN 1696-0955, Núm. 7, pp. 173-185.
- Pons Portella, M. (2016), «La acción popular medioambiental en el control jurisdiccional de la gracia de indulto: el caso del Real Decreto 863/2013», *Actualidad Jurídica Ambiental*, ISSN-e 1989-5666, n.º 62 (noviembre), pp. 7-33.
- Prieur, M. (1984), *Droit de l'environnement*, Dalloz Paris, pp. 1101.

- Razquín Lizarraga, J. A. y Ruiz de Apodaca, Á. (2007), *Información, Participación y Justicia en materia de Medio ambiente*, Thomson-Aranzadi, Cizu Menor Navarra, pp. 474.
- Rego Blanco, M.^a D. (2005), *La acción popular en derecho administrativo y en especial, en el derecho urbanístico*, IAAP, Sevilla, pp. 533.
- (2006), «Ante la inactividad local, ¿sustitución, acción popular o contencioso interadministrativo? Reflexiones a propósito de la protección de la legalidad urbanística», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 300-301, enero-agosto, pp. 541-563.
- Ruiz de Apodaca Espinosa, Á. (2018), «El acceso a la justicia ambiental a nivel comunitario y en España veinte años después del convenio de Aarhus», en *Revista Catalana de Dret ambiental*, vol. IX, Núm. 1, pp. 1-53.
- Sakashita, M. (2005), «Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance: Supreme Court Eschews Agency's Failure to Protect Wilderness in Redrock Country», en *Ecology Law Quarterly*, Volume 32, Issue 3, June, pp. 391-415.
- Salazar Ortuño, E. (2010), «El desarrollo del Convenio de Aarhus y la progresiva desaparición de obstáculos para el acceso a la justicia ambiental: reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la legitimación activa a las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección del ambiente», en *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n.º 17, pp. 191-202.
- Salazar Ortuño, E. (2018), *El Acceso a la Justicia Ambiental a partir del Convenio de Aarhus (Propuestas para un Acceso Efectivo a la Justicia en Conflictos Ambientales)*. Versión electrónica <<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/65283/1/Eduardo%20Salazar%20Ortuño%20Tesis%20Doctoral.pdf>>.
- Sanz Rubiales, I. (1996), «La legitimación de las asociaciones ecologistas en el proceso judicial (Comentario a la STC 34/1994, de 31 de enero)», en *Revista de Administración Pública*, ISSN 0034-7639, n.º 141, pp. 155-166.
- Soro Mateo, B. (2018), «Daño ambiental y poblaciones vulnerables», en *Ius et Scientia*, vol 4, n.º 2, pp. 87-106.
- Terris, B. J. (2015), «Ex nihilo the Supreme Court's invention of constitutional standing», en *Environmental Law*, vol. 45, n.º 4, septiembre, <<http://elawreview.org/articles/volume-45/ex-nihilo-the-supreme-courts-invention-of-constitutional-standing/>>.

Documentos

- Note (2015), «Causation in Environmental Law Lessons from Toxic Torts», en *Harvard law review*, ISSN 0017-811X, vol. 128, n.º 8, pp. 2256-2277

Lista de casos relevantes en materia de legitimación activa en contenciosos ambientales

Posteriores a la ley 27/2006

- STS 33/2018 de 16 de enero de 2018, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, Rec. 4464/2015, Ponente Calvo Rojas, La Ley 370/2018, acción «colectiva» de la Ley 26/2007 se constriñe a las materias allí enunciadas.
- STS 1188/2017 de 7 de julio de 2017, rec.1783/2015, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, Ponente Arozamena Laso. La Ley 121319/2017, «Fundación Oceana» intereses legítimos colectivos.
- STS de 20 de noviembre de 2015, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Rec. 1203/2014, Ponente Suay Rincón, La Ley 190983/2015, legitimación *Asociación «Salvemos Pontevedra»*: la asociación sustenta su recurso al amparo del ejercicio de la acción pública reconocida por la Ley de Costas (artículo 109).
- STS de 15 de julio de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), Recurso de Casación 3492/2013, Ponente Navarro Sanchís, RJ2015\3486 —la legitimación, basada en el ejercicio de la acción pública, es una e inescindible y afecta por tanto al objeto impugnatorio en su integridad—.
- STS de 8 de junio de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), Recurso de Casación 39/2014, Ponente del Riego Valledor, RJ2015\3166 —Legitimación activa: asociación ecologista: impugnación de indulto concedido a condenado por delito medio ambiental: interés difuso en protección del medio ambiente: legitimación existente—.
- STS de 28 de noviembre de 2014, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia, Rec. 3756/2012, Ponente Suay Rincón, La Ley 176906/2014, restrcción del ámbito de legitimación del Ministerio Fiscal de conformidad con las previsiones de la LJCA y la LRM.
- STS de 25 de junio de 2014, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, rec. 365/2012, Ponente Perelló Doménech, La Ley 74650/2014 — Permisos de investigación. Impugnación del Real Decreto 547/2012, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos: No es suficiente su condición de organización o partido político a efectos de reconocerle legitimación para recurrir el Real Decreto impugnado.
- STS de 9 de octubre de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), Recurso de Casación 110/2009, Ponente Campos Sánchez-Bordona, RJ2012\9648, extensión de los criterios sentados en la Ley 26/2007 la interpretación de la concurrencia de los intereses legítimos colectivos respecto de una asociación de vecinos.
- STS de 7 de diciembre de 2011, Rec. 377/2008 Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Ponente Rodríguez-Zapata Pérez, La Ley 241514/2011, legitimación activa en materia ambiental a los Ayuntamientos.

Sentencia de 19 de octubre de 2011, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a, Rec. 4630/2007, Ponente Peces Morate, La Ley 229002/2011, legitimación «Institució altempordanesa per a l'estudi i defensa de la natura» (IADEN) contra la resolución, de 8 de noviembre de 2002, de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se otorgó autorización ambiental para la explotación de una granja basada en la acción popular urbanística.

STS de 17 de mayo de 2011, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, Rec. 104/2010, Ponente Bandrés Sánchez-Cruzat, La Ley 62895/2011 — el art. 45 CE «promueve que todos tengan el derecho a exigir a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para garantizar la adecuada protección del medio ambiente»—.

Sentencia de 1 de diciembre de 2009, Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Pleno, Rec. 55/2007, Ponente Espín Templado, La Ley 233150/2009 —la Ley 26/2007 disipa dudas legitimación asociaciones ecologistas carácter nacional—.

STS de 15 de septiembre de 2009, Rec. 151/2007, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, Ponente Bandrés Sánchez-Cruzat, La Ley 184140/2009 —el art. 45 CE promueve que todos tengan el derecho a exigir a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para garantizar la adecuada protección del medio ambiente»—.

STS de 31 de marzo de 2009, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, Rec. 5119/2006, Ponente Bandrés Sánchez-Cruzat, La Ley 75486/2009 —legitimación de la Asociación plataforma en defensa da ría de Arousa—.

STS de 29 de noviembre de 2006, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a, Rec. 933/2003, Ponente Fernández Valverde, La Ley 209629/2006 —legitimación de la Asociación para la defensa del desarrollo ecológico sostenible ex art. 19.1.b y 18.2 LJCA—.

Anteriores a la Ley 27/2006

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de septiembre de 1975 (Ar. 3754, Ponente De Mendizabal Y Allende).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de mayo de 1979, Ar. 2389 (Sala 4.^a, Ponente Medina Balmaseda).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de abril de 1989, Ar. 3233 (Sala 3.^a, Ponente González Navarro).

STS de 22 de abril de 2002, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.^a, Rec. 3799/1997, Ponente Xiol Ríos, La Ley 6202/2002.

STS de 19 de enero 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), Recurso contencioso-administrativo 243/1998, Ponente González González RJ\2000\20, admitida participación en la elaboración de la norma reglamentaria ambiental no cabe denegar legitimación para impugnar.

STS de 24 de diciembre de 2001, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia Rec. 347/1999, Ponente Enríquez Sancho, La Ley 233252/2001, legitimación activa de Ecologistas en Acción CODA en la sustanciación de un recurso referente a la autorización de un almacén de residuos radiactivos, la «*asociación recurrente goza de la legitimación que le reconoce el artículo 19.1 b de la Ley de la Jurisdicción*».

STS de 20 de septiembre de 2004, Rec. 2874/2001, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, Ponente Trujillo Mamely, La Ley 2190/2004 — Legitimación del Ayuntamiento para impugnar el acto, aunque la línea eléctrica no esté situada en su territorio, al estar interconectados los puntos eléctricos y depender unos de otros, teniendo interés indirecto o difuso—.

Suprem Court

Sierra Club v. Morton.

Lujan v. Defenders of Wildlife.

Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.

Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance.

Monsanto Co. v. Geertson Seed Farms.

RESTRICCIONES EN LOS RECURSOS DE LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS*

Lucía Casado Casado

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho a los recursos: alcance, contenido y límites en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. 3. Restricciones en el acceso al recurso de apelación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. A) Restricciones por razón de la procedencia de las resoluciones judiciales. B) Restricciones por razón de la cuantía. C) Restricciones por razón de

* Quiero expresar mi más sincero agradecimiento a la magistrada Celsa Pico Lorenzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por su extraordinaria generosidad y amabilidad al recibirme y dedicarme su valioso tiempo, por haberme permitido mantener con ella una larga conversación sobre la nueva casación y por haber dado respuesta a las numerosas cuestiones que le he planteado. Ha sido un auténtico privilegio y un honor para mí poder conversar con ella sobre el nuevo recurso de casación en el ámbito contencioso-administrativo. También agradezco al magistrado Xavier Bonet Frigola, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, haberme permitido realizar con él un intercambio de impresiones sobre la materia objeto de esta ponencia y haber atendido todas las cuestiones que le he planteado, que no han sido pocas. Asimismo, estoy enormemente agradecida a los magistrados Jesús Miguel Escanilla Pallás, Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, y Daniel Ruiz Ballesteros, Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, con quienes no he podido hablar personalmente, pero que, a pesar de no conocerme, amablemente y desde el primer momento, aceptaron mantener una conversación telefónica conmigo sobre el conflictivo tema del recurso de casación autonómica y también me han proporcionado algunos materiales interesantes para la elaboración de este trabajo, facilitándome algunos autos que no están disponibles en el CENDOJ. También quiero agradecer a la Junta Directiva de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo y, en especial, a su presidente, el profesor Fernando López Ramon, la confianza depositada en mí al proponerme realizar esta ponencia, poniendo ante mí un difícil reto. Por último, es de justicia mencionar la siempre desinteresada y valiosa ayuda proporcionada por la Sra. Maria Teresa Massas con el material bibliográfico, siempre que he necesitado de los servicios de la Biblioteca del *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya*.

la materia. D) Restricciones económicas: costas procesales, depósitos y tasas judiciales. 4. Restricciones en el acceso al recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo. A) Restricciones de las resoluciones judiciales con acceso al recurso por razón del órgano judicial que las dicta. B) Restricciones por razón de la materia. C) El interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como principal filtro de acceso. D) El rigor formalista de los escritos de preparación e interposición. E) Restricciones por el tipo de infracción invocable: exclusión de las infracciones del Derecho autonómico y local. F) Restricciones económicas: costas procesales, depósitos y tasas judiciales. 5. El recurso de casación contencioso-administrativo ante los Tribunales Superiores de Justicia. A) Principales problemas planteados por el nuevo recurso de casación autonómica. B) Restricciones en el acceso al recurso de casación autonómica. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.

RESUMEN: Este trabajo analiza las principales restricciones de acceso a los recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, desde la perspectiva del derecho de acceso a los recursos y sucesivas instancias. Con esta finalidad, se estructura en cuatro partes, precedidas de una introducción. En la primera, se estudia la dimensión constitucional del derecho a los recursos y su inserción en el derecho a la tutela judicial efectiva. La segunda, tercera y cuarta, se centran en las restricciones que presentan, actualmente, el recurso de apelación, el recurso de casación ante el Tribunal Supremo y el recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia. El trabajo se cierra con unas consideraciones finales, en que se realiza un balance del actual sistema de recursos.

PALABRAS CLAVE: Tutela Judicial Efectiva, Derecho a los Recursos, Recurso de Apelación, Recurso de Casación, Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Restricciones.

ABSTRACT: This study analyses the principal restrictions preventing access to appeals to administrative legal orders, from the perspective of the right of access to the appeals process and subsequent procedures. To this end, the study has four parts preceded by an introduction. The first part studies the constitutional dimension of the right to appeal and its inclusion in the right to effective legal protection. The second, third and fourth parts focus on the current restrictions to the right to appeal against a final judgment, appeals to the Supreme Court and appeals to the Higher Courts of Justice. The study finishes with some conclusions and a general overview of the current appeals system.

KEYWORDS: Effective Legal Protection, Right to Appeal, Appeal against final Judgment, Appeal to the Supreme Court, Administrative Jurisdiction, Restrictions.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito contencioso-administrativo, existe un amplio abanico de medios de impugnación en manos de los litigantes, potencialmente utilizables frente a las resoluciones judiciales, siendo los recursos en sentido estricto un mecanismo esencial, ya que permiten cuestionar y revisar resoluciones judiciales ante el mismo órgano que las dictó o ante un órgano jurisdiccional superior. Los recursos se erigen, así, en una garantía de suma importancia para los administrados, en la medida en que van a permitir revisar una resolución previamente dictada por un órgano jurisdiccional y corregir la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico realizada en ese primer pronunciamiento judicial, que resulta perjudicial, o supone un gravamen, para el recurrente¹.

Estamos, por tanto, ante un tema de extraordinaria importancia para todas las personas que se relacionan con la administración y que litigan frente a ella, ya que la existencia de un sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo les garantiza, en determinados casos y bajo determinadas circunstancias, la posibilidad de interponer recursos contra las resoluciones judiciales. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), prevé un complejo sistema de recursos² que va a permitir, de darse las circunstancias legalmente previstas, someter a revisión las resoluciones judiciales. Ahora bien, en el sistema actual, no todas las resoluciones judiciales son susceptibles de recurso. Es más, muchas de ellas no lo son y se dictan en única instancia, dada la existencia, en la normativa vigente, de abundantes restricciones de acceso a los recursos (por razón de la cuantía del asunto, de la materia...).

Éste es precisamente el objeto de esta ponencia: el análisis de las principales restricciones de acceso a los recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, con especial referencia a los recursos de apelación y casación. En esta ponencia, como su propio título expresa, no va a realizarse un análisis sistemático del régimen de recursos en el proceso contencioso-administrativo, cuestión sobre la que ya existen numerosos trabajos doctrinales³. La finalidad perseguida es mucho más concreta. Vamos a ceñir nuestro examen a las restricciones existentes en los recursos en los procesos contencioso-administrativos, desde la perspectiva del derecho de acceso a los recursos y sucesivas instancias (ordinarias y extraordinarias). Este es el objeto central de este trabajo. Dejamos de lado, por ser objeto de otra ponencia, las restricciones y

¹ *Vid.* I. Colomer Hernández (2017a: 39).

² Sobre el modelo de recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, *vid.* L. Casado Casado (2019: 47-61).

³ Con carácter general, para un examen pormenorizado de los medios de impugnación en el proceso contencioso-administrativo, *vid. in totum*, por todos, E. Hinojosa Martínez (2018).

limitaciones relativas a la primera instancia y el derecho de acceso a la jurisdicción. Tampoco abordaremos los recursos administrativos, aun siendo conscientes de que su regulación, su configuración y su funcionamiento inciden de forma sustancial en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴, por la complementariedad del control administrativo y el jurisdiccional⁵.

Con esta perspectiva de análisis, este estudio se centra en los recursos, entendidos como «aquellos medios de impugnación de que disponen las partes en el proceso contra las resoluciones judiciales que consideran contrarias a su interés y a través de los que la ley permite su modificación»⁶. No estamos, pues, refiriéndonos ni a los recursos administrativos ni a los recursos contencioso-administrativos presentados contra actos de las administraciones públicas dictados en el marco de un procedimiento administrativo, sino a los recursos que pueden interponerse contra las decisiones jurisdiccionales dictadas en el marco de un proceso contencioso-administrativo.

Las restricciones a los recursos contra resoluciones judiciales son, pues, el hilo conductor y el elemento esencial de este trabajo. Ello no obsta para que, con carácter previo a su examen, nos refiramos, brevemente, al estudio de la dimensión constitucional del derecho a los recursos, con el fin de determinar el alcance, contenido y límites del derecho a los recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Posteriormente, nos adentraremos en las restricciones y limitaciones que afectan a los recursos de apelación y casación—incluyendo también una referencia específica a la casación autonómica—y concluiremos con unas consideraciones finales, a modo de balance.

2. EL DERECHO A LOS RECURSOS: ALCANCE, CONTENIDO Y LÍMITES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Con carácter previo al análisis de las restricciones en el acceso a los recursos, resulta imprescindible una breve referencia a la configuración del derecho a los recursos en la Constitución Española. Ello nos sitúa directamente en el artículo 24 de la CE, que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, y nos obliga a determinar cómo se materializa el derecho a los recursos en el texto constitucional; esto es, si se incluye o no en el derecho a la tutela judicial efectiva, y con qué alcance, contenido y límites se configura.

⁴ Sobre la incidencia de los mecanismos administrativos de control en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *vid.* M. Domínguez Martín (2016: 81-121).

⁵ Sobre esta complementariedad advierte J. Agudo González (2018: 714).

⁶ M. Ferrando Marzal (2000: 214).

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a los recursos contra decisiones judiciales previas constituye un derecho de configuración legal, carente de contenido constitucional, que únicamente se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en las condiciones fijadas por las leyes. Reiteradamente, el Tribunal Constitucional diferencia entre el acceso (o entrada) a la jurisdicción, en que funciona con toda su intensidad el principio *pro actione*, y el acceso a los siguientes grados procesales o instancias que eventualmente puedan configurarse, en que dicho principio debe ser matizado. En tanto que en el primer supuesto el derecho a poder dirigirse a un juez para hacer valer un derecho tiene naturaleza constitucional, por nacer directamente del artículo 24.1 de la CE, en el segundo, el derecho a una revisión de la respuesta judicial constituye un derecho de configuración legal —con la salvedad de los recursos penales contra sentencias condenatorias⁷—. Estamos, por tanto, ante dos derechos cualitativa y cuantitativamente distintos⁸. De este modo, tal y como ha establecido, entre otras muchas, la Sentencia 37/1995, de 7 de febrero,

«El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le de cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)»⁹.

⁷ En el proceso penal, la tutela judicial efectiva comprende el derecho al recurso. Aunque la CE no lo prevé de forma expresa, su artículo 10.2 obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Ello lleva a la aplicación del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, según el cual «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo previsto en la ley».

⁸ Sobre la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho a los recursos, *vid.* L. Casado Casado (2019: 27-45).

⁹ FJ 5.º de la Sentencia 37/1995, de 7 de febrero (ponente: Rafael de Mendizábal Allende). Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido, invariablemente, en numerosas sentencias. Citamos, a título ejemplificador, las siguientes: 20/2004, de 23 de febrero (ponente: María Emilia Casas Baamonde), FJ 5.º; 248/2005, de 10 de octubre (ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), FJ 2.º; 252/2007, de 17 de diciembre (ponente: Pascual Sala Sánchez), FJ 3.º; 33/2008, de 25 de febrero (ponente: Javier Delgado Barrio), FJ 2.º; y 124/2015, de junio (ponente: Juan José González Rivas), FJ 3.º.

De esta forma, el derecho de acceso a los recursos constituye un derecho de configuración legal, por lo que se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en las condiciones fijadas por cada una de las leyes procesales. En consecuencia, «no existe un derecho a los recursos que pueda exigirse al Legislador, sino un derecho a los recursos que la Ley haya establecido»¹⁰. Así, el legislador puede diseñar el sistema de recursos que considere más oportuno e incluso puede decidir eliminar un determinado recurso. Ahora bien, una vez previsto en la ley un recurso, el derecho a disponer del mismo, con su configuración —es decir, con los presupuestos, límites y requisitos que el legislador imponga—, pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En cuanto al contenido de este derecho de acceso a los recursos, de configuración legal, incorpora como elemento esencial el de obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, aunque también se satisface con una decisión de inadmisión, por razones formales o materiales, siempre que sea motivada y se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente¹¹.

De esta doctrina constitucional se desprende la ausencia de un derecho a la doble instancia, al no estar amparado por el derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones¹². Y ello es así, incluso, en el ámbito sancionador administrativo. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional de forma sistemática¹³, aunque, en la doctrina, algunos autores sí consideran recomendable reconocer la segunda instancia en este ámbito¹⁴.

La minusvaloración, en la jurisprudencia constitucional, del derecho de acceso a los recursos frente al derecho de acceso a la jurisdicción y su configuración legal ha suscitado importantes críticas en la doctrina¹⁵, a las que nos adherimos. En nuestra opinión, debiera producirse un cambio de orientación

¹⁰ E. Hinojosa Martínez (2018: 75).

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2015, de 22 de enero (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos), FJ 2.º.

¹² Sirva, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio (ponente: Santiago Martínez-Vares García), FJ 12.º. También el Tribunal Supremo ha insistido reiteradamente en que el derecho a la revisión de las resoluciones judiciales no garantiza el derecho a la doble instancia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. *Vid.*, entre otras, la Sentencia de 15 de febrero de 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, recurso núm. 3853/2013, ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat), FJ 2.º.

¹³ *Vid.*, entre otras, las Sentencias 89/1995, de 6 de junio (ponente: Vicente Gimeno Sendra), FJ 4.º, y 169/1996, de 29 de octubre (ponente: Pablo García Manzano), FJ. 2.º.

¹⁴ *Vid.* E. Hinojosa Martínez (2018: 177) y B. Lozano Cutanda (2018: 3789).

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, las realizadas por E. García de Enterría (2004: 194) y J. A. Santamaría Pastor (2010: 813-814).

en la jurisprudencia. Siguiendo a M. A. Ruiz López (2017: 202)¹⁶, consideramos que el derecho a la revisión de las resoluciones jurisdiccionales «podría acercarse más a la categoría de auténtico derecho subjetivo, revestido de la protección cualificada que confiere la Constitución al art. 24.1, que a la de un mero derecho de configuración legal en una concepción del sistema judicial más garantista, sí, pero consecuente con los riesgos que una única instancia comporta. Esta otra interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva es no solo posible, sino también deseable cabalmente, pues redundaría en un sistema de justicia administrativa más completo, al facilitar una decisión judicial que compense la posición de desventaja inicial que con frecuencia asumen los ciudadanos en sus relaciones con la Administración».

3. RESTRICCIONES EN EL ACCESO AL RECURSO DE APELACIÓN EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El recurso de apelación, regulado en los artículos 80 a 85 de la LJCA, constituye un medio de impugnación a través del cual un órgano jurisdiccional superior al que ha dictado la resolución recurrida (de carácter colegiado) revisa, a instancia de la parte perjudicada, una resolución procesal dictada por un juez *a quo* (órgano jurisdiccional de naturaleza unipersonal), extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho¹⁷. Es, por tanto, expresión del sistema de doble instancia en el orden contencioso-administrativo¹⁸, y, a diferencia del recurso de casación, su función no es sentar jurisprudencia, sino depurar un resultado anterior y confirmar o revocar la resolución impugnada y, en consecuencia, comprobar y mejorar los resultados de la primera instancia. Todo ello sin perjuicio de que, a través del recurso de apelación, el superior jerárquico también pueda unificar criterios sobre la aplicación del ordenamiento jurídico que condicionen la actuación de los órganos judiciales inferiores¹⁹.

En cuanto a sus características generales, el recurso de apelación es un recurso ordinario, ya que la interposición no está limitada a motivos concretos y tasados y puede hacerse valer cualquier tipo de infracción del ordenamiento jurídico en que hubiera incurrido el órgano jurisdiccional al dictar la resolución

¹⁶ Sobre la necesidad de una revisión de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a los recursos, *vid.* también las reflexiones que, recientemente, ha realizado F. López Menudo (2018: 19).

¹⁷ *Vid.*, entre otras, las definiciones del recurso de apelación que realizan M. Campos Sánchez-Bordona (1998: 902), L. De las Heras Vives (2015: 808) y F. J. Sospedra Navas (2014: 802).

¹⁸ J. Arozamena Sierra (1999: 393).

¹⁹ Así lo advierte E. Hinojosa Martínez (2018: 179-180).

objeto de recurso²⁰; devolutivo, habida cuenta de que la competencia funcional para conocer y decidir sobre el mismo corresponde a un órgano jurisdiccional superior en la estructura jerárquica del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional) a aquel que ha dictado la resolución recurrida (Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo)²¹; con efectos suspensivos en el caso de la apelación contra sentencias²²; y sin estos efectos en el caso de la apelación contra autos²³.

Por último, cabe destacar que este recurso carece de carácter universal, dadas las limitaciones de las posibilidades de apelación actualmente existentes. La LJCA ha optado por un sistema de doble instancia limitado, ya que no todas las resoluciones judiciales son susceptibles de recurso de apelación. En su configuración actual, existen importantes restricciones que limitan el acceso al mismo. A ellas nos referimos a continuación.

A) RESTRICCIONES POR RAZÓN DE LA PROCEDENCIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El recurso de apelación, con arreglo a la LJCA, únicamente procede contra autos y sentencias dictados por órganos unipersonales —los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo—, aunque no contra todos ellos, como veremos²⁴. Ello determina la exclusión de este recurso para los autos y las sentencias dictados por órganos jurisdiccionales colegiados (las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo). De este modo, el recurso de apelación está vedado para todas aquellas materias cuyo conocimiento corresponde a estos órganos, según los artículos 10, 11 y 12 de la LJCA, que son muchas; y únicamente es posible cuando la competencia recae sobre los Juzgados, provinciales y centrales, con arreglo a los artículos 8 y 9 de la LJCA. Además, en

²⁰ *Vid.* I. Colomer Hernández (2017b: 218-219).

²¹ Sin perjuicio de que, durante la tramitación del recurso, la interposición y la admisión inicial se lleve a cabo por el juez *a quo*, con arreglo al artículo 85 de la LJCA.

²² Si bien el legislador permite que el juez pueda decretar, a instancia de la parte interesada, las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar la ejecución de la sentencia que se dicte o la ejecución provisional de la sentencia recurrida. *Vid.* los artículos 83.2 y 84 de la LJCA.

²³ Como excepción, en el caso de la apelación de los autos de extensión de efectos, si hay efectos suspensivos, ya que el artículo 80.2 de la LJCA sujeta su apelación al mismo régimen que la apelación contra sentencias.

²⁴ *Vid.* los epígrafes B) y C) de este mismo apartado.

la medida en que el alcance de las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo es diferente en relación con las diversas administraciones públicas, las posibilidades de interponer recurso de apelación tras una sentencia desestimatoria son mucho más amplias en el ámbito de la administración local²⁵ que en el de las administraciones autonómicas y estatal²⁶.

En el ámbito contencioso-administrativo, no existe, pues, la posibilidad de apelación frente a resoluciones procesales de órganos colegiados y no es ésta una cuestión menor, por cuanto determina que numerosas resoluciones queden sin acceso a la segunda instancia. De todas formas, también debe ponerse de manifiesto que, progresivamente y a través de sucesivas reformas de los artículos 8 y 9 de la LJCA, se ha ido ampliando el ámbito competencial de los Juzgados, en especial, de los provinciales.

En cualquier caso, en el ámbito contencioso-administrativo la única instancia es la norma general²⁷, dato fácilmente comprobable a partir de los datos estadísticos aportados por L. Casado Casado (2019: 120-133 y 239-246). De esta forma, se excluye la posibilidad de un doble enjuiciamiento para la mayor parte de asuntos y la apelación tiene un alcance muy reducido. No hay, pues, un sistema de doble instancia universal, a diferencia de lo que sucede en otros órdenes jurisdiccionales, donde la doble instancia es la norma general —sin perjuicio de algunas excepciones—, y a pesar de que dicho sistema resultaría más respetuoso con la finalidad de hacer efectivos la tutela judicial y los principios de igualdad y de legalidad²⁸.

B) RESTRICCIONES POR RAZÓN DE LA CUANTÍA

Una de las principales restricciones de acceso al recurso de apelación es la impuesta por razón de la cuantía, ya que la LJCA sólo permite el recurso de apelación contra las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, cuando se hubieran dictado en asuntos que excedan de 30.000 euros²⁹. En su versión originaria, la LJCA sólo autorizó la apelación para asuntos de cuantía superior a 3.000.000 de pesetas (18.030 euros)³⁰, con el fin de descargar a los Tribuna-

²⁵ *Vid.* los artículos 8.1 y 10.1.a) y b) de la LJCA.

²⁶ *Vid.* el artículo 8 de la LJCA, especialmente los apartados 2, 3 y 4.

²⁷ Así lo señalan F. Fresneda Plaza (2006: 234). También E. Hinojosa Martínez (2018: 176) advierte que el contencioso-administrativo constituye un sistema presidido por el principio de única instancia.

²⁸ E. Hinojosa Martínez (2018: 177).

²⁹ *Vid.* el artículo 81.1.a) de la LJCA.

³⁰ Como pone de manifiesto F. López Ramón (1998: 590), la LJCA en este punto sigue las pautas de las regulaciones precedentes, ya que en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, salvo durante el período 1888-1894, sucesivas normas habían ido limitando la procedencia

les Superiores de Justicia de conocer en segunda instancia de los asuntos de menor entidad³¹. Esta limitación se agudizó aún más con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que elevó dicha cifra a 30.000 euros³². Se limitan así, de forma considerable, las posibilidades de acceso a este recurso.

De este modo, no será posible la apelación en asuntos de cuantía de 30.000 euros o inferior³³, aunque sí lo será, con carácter general, en asuntos de cuantía indeterminada³⁴. Sin embargo, esta restricción no entra en juego en determinados supuestos, en que las sentencias siempre serán susceptibles de apelación. Son los siguientes³⁵: las sentencias que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de asuntos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros; las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona; las que resuelvan litigios entre administraciones públicas; y las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales. Las sentencias que resuelvan estos litigios siempre serán susceptibles de apelación, con independencia de la cuantía, no siendo exigible, por tanto, una cuantía mínima para recurrir.

La elevación del umbral económico para acceder al recurso de apelación tiene como consecuencia directa el incremento del número de procesos que se

del recurso de apelación conforme a criterios de cuantía mínima (2.000 reales en 1845, 1.000 pesetas en 1894, 20.000 pesetas en 1931, 80.000 pesetas en 1956, 150.000 pesetas en 1963 y 500.000 pesetas en 1973).

³¹ Así se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la LJCA. *Vid.* el apartado VI.

³² Cabe recordar que este incremento de la cuantía para la apelación coincide con la ampliación del procedimiento abreviado efectuada por la misma Ley 37/2011, al modificar el artículo 78.1 de la LJCA, ya que también eleva el techo de cuantía que determina la aplicación de este procedimiento, que pasa de 18.000 a 30.000 euros. Como señala J. Huelin Martínez de Velasco (2011: 3), «La mayoría de los asuntos tramitados por el procedimiento abreviado sólo recibirán una respuesta judicial, sin posibilidad de revisión por un tribunal superior (recuérdese que se someten al procedimiento del artículo 78 en virtud de la reforma todas las pretensiones cuya cuantía no supere los 30.000 euros, amén de, con independencia de su cuantía, las relativas a las materias de personal al servicio de las Administraciones públicas, extranjería, inadmisiones de solicitudes de asilo político y asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje)».

³³ Para la determinación de la cuantía, habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 40 a 42 de la LJCA. Sobre las reglas de valoración de la cuestión litigiosa, *vid.*, por todos, I. Colomer Hernández (2017b: 239-248). Sí que es importante destacar que algunas interpretaciones que realizan los tribunales de estas reglas llevan a agudizar la dimensión restrictiva de la exigencia de una cuantía mínima para apelar superior a los 30.000 euros, por cuanto limitan aún más las posibilidades de interposición del recurso de apelación y conducen a que multitud de resoluciones judiciales queden sin apelación. *Vid.* L. Casado Casado (2019: 74-84).

³⁴ Aunque la LJCA guarda silencio, así lo ha entendido la doctrina. *Vid.* en este sentido M. Campos Sánchez-Bordona (1998: 903), M. Ferrando Marzal (2000: 252), E. Hinojosa Martínez (2018: 189-190), J. A. Santamaría Pastor (2010: 831) y F. J. Sospedra Navas (2014: 809).

³⁵ *Vid.* el artículo 81.2 de la LJCA. Sobre el alcance de estas excepciones en que siempre es posible la apelación *vid.*, por todos, E. Hinojosa Martínez (2018: 193-200).

resolverán en única instancia ante los Juzgados y, en consecuencia, la reducción del número de casos en que los litigantes tendrán derecho a una segunda instancia³⁶ y, por lo tanto, una cierta disminución de la carga de trabajo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Esta medida ha sido duramente criticada por la doctrina³⁷. En nuestra opinión, esta limitación resulta criticable, ya que sustrae la posibilidad de apelación para numerosas actuaciones administrativas que, aunque sean de cuantía igual o inferior a 30.000 euros, pueden incidir de forma muy directa en la esfera patrimonial y personal del administrado y pueden tener trascendencia y relevancia desde un punto de vista jurídico³⁸. Ello provoca una reducción evidente de sus garantías y una merma del derecho a la tutela judicial efectiva, que se ve claramente disminuido, además de un debilitamiento evidente del control jurisdiccional de la actuación administrativa y, por tanto, del control del poder público. Además, la cuantía mínima para acceder al recurso de apelación es mucho mayor en el orden contencioso-administrativo que en otras jurisdicciones³⁹. Sin embargo, no podemos olvidar que, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, la exclusión de la posibilidad de apelar las sentencias que no excedan de 30.000 euros es plenamente conforme con la Constitución y no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de acceso a los recursos, ya que el derecho de acceso al recurso, como vimos, es un derecho de configuración legal⁴⁰.

C) RESTRICCIONES POR RAZÓN DE LA MATERIA

La apelación también presenta algunas restricciones por razón de la materia. Con relación a los autos, el recurso de apelación tiene un carácter más restrictivo que en la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y únicamente es posible contra los autos que recoge el artículo 80.1 de la Ley⁴¹ y sólo en procesos en primera instancia, lo que deja fuera los procesos

³⁶ Así lo advierte J. Huelin Martínez de Velasco (2011: 3).

³⁷ Entre otros, por I. C. Iglesias Canle (2016: 73); J. Huelin Martínez de Velasco (2011: 3); y J. A. Santamaría Pastor (2010: 831).

³⁸ Vid. J. Álvarez Marcos (2011: 11).

³⁹ En la Jurisdicción social, se excluye el recurso de suplicación en los procesos relativos a reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros [art. 191.2.g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social]. Y, en la Jurisdicción civil, sólo se excepcionan de apelación las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros (art. 455.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil).

⁴⁰ Vid. *supra* el apartado 2.

⁴¹ De acuerdo con el artículo 80.1 de la LJCA, los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo susceptibles de apelación son los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares;

en los que los Juzgados conocen en instancia única. De este modo, sólo pueden recurrirse los autos expresamente enumerados en dicho precepto y dictados en los procesos de doble instancia, es decir, los dictados en procesos en los cuales las sentencias que vayan a dictarse o se hayan dictado sean apelables por ser litigios de cuantía superior a 30.000 euros⁴², tal y como ha confirmado la jurisprudencia⁴³. Por lo tanto, para que los autos sean susceptibles de recurso de apelación, es necesario que también lo sea la sentencia que se dicte en el correspondiente proceso⁴⁴.

Respecto de la apelación contra sentencias, debe tenerse en cuenta que la LJCA recoge excepciones por razón de la materia. Por una parte, se excluyen de apelación los asuntos relativos a materia electoral del artículo 8.5 de la LJCA⁴⁵, esto es, las sentencias que se dicten en impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales, en los términos previstos en la legislación electoral⁴⁶. El resto de resoluciones en materia electoral distintas de las allí contempladas sí serían susceptibles de apelación⁴⁷.

Por otra, también se excluyen de apelación las sentencias dictadas en todas aquellas materias cuya competencia corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo⁴⁸. Quedan fuera, por tanto, de la posibilidad de apelación amplios sectores del ordenamiento jurídico-administrativo y mate-

los recaídos en ejecución de sentencia; los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación; los recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.6 y en los artículos 9.2 y 122 bis de la LJCA; y los recaídos en aplicación de los artículos 83 y 84 de la LJCA. *Vid.* también el artículo 80.2 de la LJCA.

⁴² En este sentido, F. J. Sospedra Navas (2014: 806).

⁴³ *Vid.*, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 17/2001, de 15 de febrero de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3, recurso núm. 12/2001, ponente: Gustavo Ramón Lescure Ceñal), FJ 1.º; y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 178/2012, de 13 de abril de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 313/2011, ponente: Jesús María Arias Juana), FJ 2.º. Esta interpretación también ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 59/2003, de 24 de marzo (ponente: Guillermo Jiménez Sánchez), FJ 3.º.

⁴⁴ J. A. Santamaría Pastor (2010: 822).

⁴⁵ *Vid.* el artículo 81.1.b) de la LJCA. Aunque el artículo 81.1.b) se remite al artículo 8.4 de la LJCA, la remisión debe entenderse realizada al artículo 8.5. Este error se explica porque la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, modificó la redacción originaria del artículo 8 y el contenido del apartado 4 pasó al 5, sin que se modificase la remisión al mismo contenida en el artículo 81.1.b).

⁴⁶ El artículo 49.3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, confirma que la resolución judicial del recurso contra la proclamación de candidaturas y candidatos tiene carácter firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁴⁷ E. Hinojosa Martínez (2018: 186-187).

⁴⁸ *Vid.* los artículos 10, 11 y 12 de la LJCA.

rias de gran relevancia. Así, el recurso de apelación se limita a aquellas materias cuya competencia corresponda a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y no a todas ellas, sino que también hay limitaciones. En efecto, quedan excluidas de apelación las sentencias dictadas en única instancia, limitándose la posibilidad de recurso a las dictadas en primera instancia⁴⁹.

D) RESTRICCIONES ECONÓMICAS: COSTAS PROCESALES, DEPÓSITOS Y TASAS JUDICIALES

A las restricciones examinadas deben añadirse las económicas, que también suponen una barrera importante en el acceso al recurso de apelación y, sin duda, inciden en la decisión de entablarlo o no, puesto que, de hacerlo, tiene unos gastos considerables. El proceso tiene asociados unos costes para los litigantes, como los relativos a la representación y defensa jurídica, a los que deben añadirse otros, como los derivados de las costas procesales, los depósitos y las tasas judiciales, que pueden conformar una auténtica barrera en el acceso a la apelación y que van a obligar al eventual apelante a sopesar si conviene continuar en segunda instancia con la batalla procesal, dadas las consecuencias económicas que ello lleva aparejadas. También debemos tener presente que el contexto de crisis económica de los últimos años seguramente ha tenido un impacto importante en el número de recursos interpuestos⁵⁰.

En primer lugar, constituyen referencia obligada las costas procesales. La reforma operada en el artículo 139 por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, ha supuesto la sustitución de los criterios anteriores de imposición de costas en primera o única instancia por la introducción en este ámbito del principio de vencimiento⁵¹. En cambio, esta Ley no ha afectado al régimen de las costas en

⁴⁹ Ello obliga a esclarecer cuándo los Juzgados conocen en primera o en única instancia. Los artículos 8 y 9 de la LJCA, que determinan las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, no definen cuándo intervienen en primera o en única instancia, por lo que, en defecto de previsión específica, debe acudir al artículo 81 de la LJCA, sobre la apelación de sentencias, con el fin de determinar cuándo intervienen de una u otra forma. Así, del artículo 81.1 de la LJCA se desprende que intervienen en única instancia y, por tanto, no se admite el recurso de apelación frente a sentencias dictadas en asuntos de su competencia cuya cuantía no exceda de 30.000 euros y en asuntos relativos a materia electoral comprendidos en el artículo 8.5 de la LJCA. No obstante, estas exclusiones no juegan en términos absolutos y la LJCA establece —en su art. 81.2—, tal y como ya señalamos en el epígrafe anterior de este mismo apartado, una serie de materias en las que, con independencia de la cuantía del recurso, existe la posibilidad de presentar recurso de apelación.

⁵⁰ *Vid.* J. A. Santamaría Pastor (2015: 10). En general, sobre la incidencia de la crisis económica sobre la justicia, *vid.* E. Montoya Martín (2014: 473-499).

⁵¹ *Vid.* el artículo 139.1 de la LJCA.

vía de recurso, donde ya existía el principio de vencimiento desde la aprobación de la LJCA. De conformidad con el artículo 139.2 de la LJCA, en su redacción vigente: «En los recursos se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición». Por lo tanto, existe aquí también el criterio de vencimiento y la condena en costas, como regla general, es para quien resulte vencido en el recurso, si se desestiman totalmente sus pretensiones, pudiendo ser la imposición de las costas a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima⁵². Este criterio general puede ser excepcionado cuando «el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición», una fórmula muy abierta y amplia.

El temor a una condena en costas en la apelación puede suponer un importante elemento disuasorio para la interposición de este recurso y, por lo tanto, un elemento limitador en el acceso al mismo. A ello se une el efecto que también tiene en esta materia la modificación del régimen de las costas procesales en primera instancia. Efectivamente, la apelación también queda limitada por el importante inconveniente que supone la aplicación, en primera instancia, del criterio del vencimiento, por cuanto el eventual apelante, que ya ha perdido y debido hacer frente a una condena en costas, vuelve a enfrentarse al riesgo de perder de nuevo y asumir una nueva condena, lo que le obliga a sopesar de forma mesurada la conveniencia o no de apelar⁵³. En definitiva, el actual régimen de costas procesales constituye un problema importante de acceso a la justicia⁵⁴ y, por lo que aquí nos interesa, de acceso al recurso de apelación⁵⁵, por su fuerza disuasoria sobre el promotor del recurso⁵⁶, sin perjuicio del juego que pueda tener en este ámbito el beneficio de justicia gratuita⁵⁷. A ello se añade la inseguridad jurídica que se deriva de su actual regulación y las dificultades para el recurrente de poder prever razonablemente si habrá condena en costas o no y, en caso de haberla, el montante, dada la utilización de cláusulas abiertas en el artículo 139 de la LJCA que otorgan un amplio margen de maniobra al juez y que permiten, como hemos visto, excepcionar la imposición de las costas o imponerlas en su totalidad, en una parte o hasta una cifra máxima.

⁵² Artículo 139.4 de la LJCA. Sobre el poder del juez administrativo de limitar las costas procesales, *vid.* C. Cierco Seira (2017: 43-89).

⁵³ En este mismo sentido, E. Hinojosa Martínez (2018: 47).

⁵⁴ Sobre la conexión entre las costas procesales y el derecho de acceso a la justicia y la fuerza disuasoria que albergan, *vid.* C. Cierco Seira (2016: 127-128).

⁵⁵ *Vid.* C. Cierco Seira (2016: 109-110).

⁵⁶ *Vid.* C. Cierco Seira (2016: 128).

⁵⁷ *Vid.* los artículos 7, 8 y 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En este punto, también resulta de interés la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2015, de 8 de junio (ponente: Juan José González Rivas).

En segundo lugar, aunque con menor capacidad de disuasión, debe hacerse mención de los depósitos, ya que la interposición de todo tipo de recursos ordinarios y extraordinarios en el orden contencioso-administrativo y, por lo tanto, también del de apelación, ya sea contra autos o contra sentencias, está sujeta, con arreglo a la disposición adicional 15.^a de la LOPJ⁵⁸, a la constitución de un depósito previo, del todo imprescindible, ya que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. La finalidad de este depósito previo, avalado por el Tribunal Constitucional⁵⁹ y compatible con el devengo de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional⁶⁰, es «combatir el abuso y la estratagema procesal puramente dilatoria»⁶¹. Ciertamente, la cantidad a pagar en concepto de depósito previo no es elevada. Únicamente son 50 euros, en el caso de la apelación. Además, si se estima total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito⁶². Por ello, difícilmente tendrá efecto disuasorio a la hora de decidir si se apela o no, pero es un nuevo escollo económico que se añade a otros y del que, por cierto, las administraciones públicas están exentas⁶³. Además, aunque por su reducida cuantía el depósito apenas habrá de notarse en la decisión de recurrir, como señala C. Cierco Seira (2014: 177), puesto en combinación con la tasa judicial, puede multiplicarse su capacidad de disuasión. Y no olvidemos que su no constitución impide que el recurso se tramite, aunque puede ser objeto de subsanación⁶⁴.

En tercer lugar, deben traerse a colación las tasas judiciales. La aprobación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, tuvo una incidencia importante en la interposición de recursos de apelación, por cuanto generalizó la exigencia de una tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional para la interposición de recursos de apelación contra sentencias y de casación en el orden contencioso-administrativo, destinada a la mejora de la financiación del sistema judicial y, en

⁵⁸ Esta disposición fue añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la LOPJ.

⁵⁹ Pueden citarse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 129/2012, de 18 de junio (ponente: Pascual Sala Sánchez), FJ 3.º; 130/2012, de 18 de junio (ponente: Pascual Sala Sánchez), FJ 3.º; 154/2012, de 16 de julio (ponente: Eugeni Gay Montalvo), FJ 2.º; y 190/2012, de 29 de octubre (Francisco José Hernando Santiago), FJ 3.º.

⁶⁰ Apartado 13 de la disposición adicional 15.^a de la LOPJ.

⁶¹ C. Cierco Seira (2014: 176).

⁶² *Vid.* el apartado 9 de la disposición adicional 15.^a de la LOPJ.

⁶³ Con arreglo al apartado 5 de la disposición adicional 15.^a de la LOPJ, quedan exentos de constituir el depósito referido el Ministerio Fiscal, el Estado, las comunidades autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos.

⁶⁴ *Vid.* el apartado 7 de la disposición adicional 15.^a de la LOPJ.

particular, de la asistencia jurídica gratuita⁶⁵, aunque también con una finalidad de fondo de racionalización del ejercicio de la potestad jurisdiccional y de reducción de la litigiosidad. Del pago de esta tasa, que se exigía a quien promoviese el ejercicio de la potestad jurisdiccional y realizase el hecho imponible de la misma⁶⁶, estaban exentas, además de las personas a las que se les hubiese reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el Ministerio Fiscal, la Administración General del Estado, las de las comunidades autónomas, las entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas, así como las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas. El pago de la tasa se configuraba como elemento imprescindible y el justificante debía acompañarse a todo escrito procesal mediante el que se realizase su hecho imponible. Ahora bien, la falta de abono de la tasa era un requisito subsanable⁶⁷.

La aprobación de la Ley 10/2012 hizo emerger muchas voces críticas en torno a la exigencia de este tributo, ya que las cantidades exigibles en concepto de tasa eran elevadas⁶⁸, no reintegrables al sujeto pasivo aunque le fuese estimado el recurso⁶⁹, y exigibles sin perjuicio del pago del depósito previo. Ello suponía un obstáculo importante para el acceso al recurso, máxime cuando las administraciones públicas quedaban exentas⁷⁰. La polémica suscitada provocó importantes reformas de dicha Ley. Primero, a través del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, que suavizó algunos aspectos de su regulación y atenuó su impacto. Posteriormente, mediante el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que incorporó la exención del pago de la tasa por parte de las personas físicas.

El último hito en la evolución de la Ley de tasas judiciales viene marcado por la jurisprudencia constitucional. Si bien el Tribunal Constitucional ha considerado que el condicionamiento que las tasas judiciales pueden suponer para

⁶⁵ Así se pone de manifiesto en el apartado I del Preámbulo de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

⁶⁶ *Vid.* los artículos 3 y 4 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

⁶⁷ *Vid.* el artículo 8.2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

⁶⁸ *Vid.* el artículo 7 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre. Para la apelación contra sentencias en el orden contencioso-administrativo, se preveían 800 euros como cantidad fija y otra variable, resultado de aplicar una escala a la base imponible monetaria derivada de la cuantía del procedimiento judicial o recurso.

⁶⁹ Aunque la estimación del recurso no produce efecto directo alguno sobre el pago de la tasa y no se recoge el derecho a su devolución, E. Hinojosa Martínez (2018: 119) advierte que «esa incidencia sí se manifiesta de manera indirecta a través de la condena al pago de las costas causadas, en cuyo montante debe incluirse el importe de la tasa».

⁷⁰ *Vid.* F. J. Sospedra Navas (2014: 801).

el acceso a la jurisdicción y el acceso a los recursos no vulnera, en sí mismo, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁷¹, a través de la Sentencia 140/2016, de 21 de julio⁷², ha declarado inconstitucional la determinación de la cuantía de las tasas prevista en el artículo 7 de la Ley 10/2012, aplicada a las personas jurídicas, por considerarla desproporcionada y entender que no atiende a la realidad económica de una mayoría significativa de sus destinatarios, para los cuales resulta excesiva. Más recientemente, la Sentencia 47/2017, de 27 de abril⁷³, ha terminado por dejar sin efecto alguno el artículo 7, en la medida en que declara su inconstitucionalidad y nulidad, en lo que atañe a las personas físicas. A la vista de estas novedades, lo cierto es que las tasas previstas en la Ley 10/2012 han quedado sin efecto alguno y sin incidencia sobre el derecho a acceder a la apelación⁷⁴.

4. RESTRICCIONES EN EL ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

La reforma de la LJCA por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, ha supuesto la introducción de un nuevo modelo de casación en el ámbito contencioso-administrativo, que transforma radicalmente el anterior y que pivota sobre la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como piedra angular del sistema⁷⁵. Son muchas las novedades que introduce esta Ley en el recurso de casación, actualmente regulado en los artículos 86 a 93 de la LJCA. Entre ellas, destacamos la simplificación, habida cuenta de que ahora hay un único recurso de casación —con un régimen jurídico unitario—, aunque con dos modalidades: la estatal y la autonómica; la cuasi universalización del ámbito del recurso, ya que se amplían sustancialmente las resoluciones recurribles en casación y con ello se extiende enormemente su ámbito objetivo; la no dependencia del recurso de la invocación de motivos tasados —anteriormente, previstos en el art. 88.1 de la LJCA—, ni de la cuantía del asunto; la incorporación del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como presupuesto de admisibilidad; y la basculación de la defensa del *ius litigatoris* a la del *ius constitutionis*, que se convierte en preponderante, en la medida en que la finalidad principal del nuevo recurso es la formación de jurisprudencia.

⁷¹ *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia 190/2012, de 29 de octubre (ponente: Francisco José Hernando Santiago), FJ 2.º.

⁷² Sentencia 140/2016, de 21 de julio (ponente: Santiago Martínez-Vares García), FJ 12.b). *Vid.* el comentario crítico de esta sentencia que realiza G. Doménech Pascual (2017: 33-53).

⁷³ Sentencia 47/2017, de 27 de abril (ponente: Encarnación Roca Trías).

⁷⁴ E. Hinojosa Martínez (2018: 178).

⁷⁵ Sobre las razones de la reforma, *vid.* L. Casado Casado (2019: 152-156).

En cuanto a sus características generales, el recurso de casación estatal constituye una modalidad del nuevo recurso de casación instaurado con la reforma de 2015. Se trata de una modalidad casacional, fundada en la infracción del derecho estatal o de la Unión Europea, cuya competencia recae en la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Se diferencia, así, de la modalidad autonómica, que se fundamenta en la infracción de normas de derecho de la comunidad autónoma y cuya competencia recae en los Tribunales Superiores de Justicia. Siendo una modalidad del recurso de casación, participa de los caracteres propios de este recurso. Se trata, en primer lugar, de un recurso de carácter jurisdiccional⁷⁶, inscrito, por tanto, en el marco de un procedimiento judicial que sigue una tramitación específica y dirigido a la impugnación de una resolución judicial, que nuestro ordenamiento jurídico establece a favor de las partes de los procesos contencioso-administrativos, mediante el cual se puede obtener la revocación de determinadas sentencias y autos, pero, que va dirigido, sobre todo, a la formación de jurisprudencia⁷⁷. Posee, en segundo lugar, carácter extraordinario. Aunque actualmente ha desaparecido la exigencia de fundar el recurso en alguno o algunos de los cuatro motivos anteriormente establecidos, el recurso continúa teniendo carácter extraordinario, ya que continúa precisando la concreción, por el recurrente, de las infracciones del ordenamiento jurídico —sustantivas o procesales— o de la jurisprudencia en que se sustenta, en la forma legalmente establecida⁷⁸; y su admisión está condicionada por el tamiz del interés casacional objetivo⁷⁹. En tercer lugar, es un recurso devolutivo, porque de él conoce un órgano superior (tribunal *ad quem*) al que ha dictado la resolución objeto de recurso (tribunal *a quo*), aunque la preparación del recurso se lleva a cabo ante el órgano *a quo*⁸⁰. Concretamente, la competencia para conocer del recurso de casación recae en el Tribunal Supremo. A la hora de ejercer esta competencia, la LJCA diferencia entre la admisión o inadmisión a trámite del recurso, que corresponde a una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, integrada por el Presidente de la Sala y por al menos un Magistrado de cada una de sus restantes Secciones⁸¹ —la Sección de

⁷⁶ J. M. Núñez Jiménez, M. L. Pérez García (2017: 224) y M. A. Ruiz López (2016: 83).

⁷⁷ *Vid.* E. Hinojosa Martínez (2018: 255).

⁷⁸ *Vid.* E. Hinojosa Martínez (2018: 258).

⁷⁹ M. A. Ruiz López (2016: 86).

⁸⁰ *Vid.* el artículo 89.1 de la LJCA.

⁸¹ Con excepción del Presidente de la Sala, dicha composición se renovará por mitad transcurrido un año desde la fecha de su primera constitución y en lo sucesivo cada seis meses, mediante acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que determinará sus integrantes para cada uno de los citados períodos y que se publicará en la página web del Poder Judicial. *Vid.* el artículo 90.2 de la LJCA. *Vid.* también el Acuerdo de 10 de enero de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 11 de diciembre de 2018, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, por el que se modifica la composición, funcionamiento y asignación de ponencias para el año judicial 2019 de la Sala Tercera (BOE núm. 16, de 18 de enero de 2019).

Admisión—⁸²; y la resolución, que corresponde a la Sección de dicha Sala competente para su tramitación y decisión, en función de la materia de que se trate —o, en su caso, al Pleno de la Sala, cuando la índole del asunto lo aconseje y el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de oficio o a petición de la mayoría de los Magistrados de la Sección competente para la decisión del recurso, así lo acuerde—⁸³. En cuarto lugar, se trata de un recurso que sigue una tramitación específica, regulada en los artículos 89 a 93 de la LJCA, conformada por las fases de preparación —ante el órgano jurisdiccional *a quo*—, admisión —ante la Sección Especial de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo—, interposición-oposición y resolución —estas dos últimas ante la Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo competente por razón de la materia—. Por último, aunque, a diferencia de lo que sucede con el recurso de apelación, no hay una previsión expresa en este sentido, cabe señalar que es un recurso con efectos suspensivos⁸⁴.

Tras la reforma operada en 2015, continúan existiendo importantes restricciones y límites de acceso al recurso de casación. Ciertamente, ha desaparecido la existencia de restricciones por razón de la cuantía, que vedaban el acceso a la casación en asuntos litigiosos cuya cuantía no excediese de 600.000 euros⁸⁵, excepto cuando se tratase del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procedía el recurso cualquiera que fuese la cuantía. Asimismo, se han ampliado sustancialmente las resoluciones recurribles en casación, al extenderse a las sentencias dictadas en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia; y a determinadas sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Sin embargo, en su configuración actual, el recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo continúa presentando importantes restricciones que limitan el acceso al mismo.

⁸² La Sección de Admisión se divide en 4 secretarías (101, 102, 103 y 104), en función de la Sección de enjuiciamiento que conocería de los recursos por razón de la materia, en caso de ser admitidos. Las Secretarías 101, 102, 103 y 104 asumen la tramitación de los recursos que, en el supuesto de ser admitidos, correspondería enjuiciar, respectivamente, a las Secciones 5.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, según la materia de que traten.

⁸³ *Vid.* el artículo 92 de la LJCA.

⁸⁴ M. A. Ruiz López (2016: 85) e I. Colomer Hernández (2017c: 367-368).

⁸⁵ Inicialmente, la LJCA estableció una cuantía mínima para recurrir en casación de 25 millones de pesetas (150.253 euros), pero esta cuantía se elevó a 600.000 euros, a raíz de la reforma efectuada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, con lo que se restringía enormemente el acceso al recurso de casación.

A) RESTRICCIONES DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES CON ACCESO AL RECURSO POR RAZÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL QUE LAS DICTA

Actualmente, continúan existiendo algunas limitaciones en el acceso al recurso de casación para determinadas resoluciones judiciales, en función del órgano que las dicta.

Respecto de las que afectan a las sentencias, existen restricciones en el acceso al recurso de casación para las procedentes de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, tanto los provinciales como los centrales, y del Tribunal Supremo⁸⁶. En primer lugar, si bien tras la reforma son recurribles mediante el recurso de casación las sentencias dictadas en única instancia —no las dictadas en primera instancia— por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, la recurribilidad no tiene carácter general y está restringida, ya que se supedita a la concurrencia de dos requisitos en las sentencias⁸⁷: debe tratarse de «sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos»⁸⁸. Estos requisitos tienen que ser concurrentes⁸⁹ y son imprescindibles para que el Tribunal Supremo pueda entrar a valorar si concurre el interés casacional

⁸⁶ No existen, en cambio, restricciones en el acceso al recurso, por razón de su procedencia, para las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y las dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de manera que cualquier sentencia dictada por estas Salas es potencialmente susceptible recurso de casación, siempre que concurra el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Si bien con anterioridad a la reforma únicamente podían ser objeto de casación las sentencias de estos órganos judiciales dictadas en única instancia, ahora es posible el acceso a la casación tanto para las dictadas en única instancia como para las dictadas en apelación. Por tanto, todas las sentencias dictadas por dichas Salas, ya sea en única instancia o en apelación, son susceptibles de recurso de casación, con dos únicas exclusiones por razón de la materia —las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales—, a las que nos referimos en el epígrafe B) de este mismo apartado. Este cambio tiene una gran trascendencia y una enorme repercusión práctica, ya que, al extenderse la casación a todas las sentencias que agoten la vía previa, en única o en segunda instancia, como pone de manifiesto J. A. Razquin Lizarraga (2016: 150), «permite el acceso a la casación de los asuntos relativos a las actuaciones de los entes locales que hayan sido conocidos en apelación por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia».

⁸⁷ Con anterioridad a la reforma de 2015, el recurso de casación «común» no era posible frente a las sentencias de los Juzgados. Frente a estas sentencias, únicamente existía la posibilidad de recurso de casación en interés de la ley, previsto en el artículo 100 de la LJCA y sometido a importantes limitaciones.

⁸⁸ Artículo 86.1 de la LJCA, párrafo segundo.

⁸⁹ J. Huélin Martínez de Velasco (2017: 7) y J. M. Núñez Jiménez, M. L. Pérez García (2017: 235). Así lo ha confirmado también el Tribunal Supremo. *Vid.* el Auto de 10 de julio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 112/2017, ponente: Diego Córdoba Castroverde), FJ 4.º.

objetivo⁹⁰. Por tanto, la apertura de la casación, en el caso de las sentencias de los Juzgados —tanto provinciales como centrales⁹¹—, es muy limitada⁹² y menos intensa de lo que a primera vista pudiera parecer⁹³.

En segundo lugar, no es posible el recurso de casación contra sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo⁹⁴, aun cuando, además de como tribunal casacional, también actúa como tribunal en única instancia, al tener atribuida la competencia para conocer en única instancia de determinados asuntos⁹⁵.

En cuanto a los autos, las modificaciones introducidas por la reforma de 2015 son mínimas, siendo la regulación actual continuista respecto de la anterior⁹⁶. El recurso de casación continúa limitado única y exclusivamente a determinados autos dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia⁹⁷. Quedan fuera, por tanto, los autos de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, tanto provinciales como centrales, contra los que no cabe casación⁹⁸, aunque el Tribunal Supremo admite que puedan ser recurridos de forma indirecta, cuando una Sala de lo

⁹⁰ Nótese que la exigencia de estos requisitos no se extiende a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia cuando resuelvan recursos de apelación interpuestos contra las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. *Vid.* J. P. Quintana Carretero (coord.), R. Castillo Badal, P. Escribano Testaut (2016: 63-64).

⁹¹ Aunque el artículo 86.1 de la LJCA únicamente se refiere a las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, sin incluir mención alguna a los Juzgados Centrales, debe interpretarse y así lo ha hecho de forma unánime la doctrina, que también es posible el recurso de casación frente a las sentencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, exigiéndose la concurrencia de los mismos requisitos que para las de los Juzgados provinciales. *Vid.* al respecto L. Casado Casado (2019: 179). Éste es, además, el criterio interpretativo sentado por el Tribunal Supremo. *Vid.*, por ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 112/2017, ponente: Diego Córdoba Castroverde), FJ 3.º.

⁹² M. A. Recuerda Girela (2016: 121) y J. A. Santamaría Pastor (2015: 15).

⁹³ G. Fernández Farreres (2015: 102). J. A. Santamaría Pastor (2015: 15) advierte de «la dificultad de identificar un interés “general” en sentencias que, como las de los Juzgados, versan mayoritariamente sobre cuestiones de ámbito municipal».

⁹⁴ En cambio, sí es posible el recurso de casación autonómica contra Sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia. Así lo han interpretado mayoritariamente los Tribunales Superiores de Justicia. *Vid. infra* el apartado 5.B). Tal y como advierten J. M. Núñez Jiménez y M. L. Pérez García (2017: 249), «No deja de resultar llamativo el diferente tratamiento que reciben las sentencias de uno y otro Tribunal, cuando ambos, uno en relación con la normativa estatal y europea y el otro en relación con la autonómica, cierran el sistema judicial de cada ámbito».

⁹⁵ *Vid.* el artículo 12 de la LJCA.

⁹⁶ J. A. Razquin Lizarraga (2016: 148 y 151).

⁹⁷ *Vid.* el artículo 87.1 de la LJCA.

⁹⁸ M. A. Recuerda Girela (2016: 124).

Contencioso-Administrativo se haya pronunciado sobre ellos en el marco de un recurso de apelación⁹⁹; y también los del Tribunal Supremo. Asimismo, continúa exigiéndose como requisito necesario, para que pueda prepararse el recurso de casación frente a autos, interponer previamente el recurso de reposición¹⁰⁰.

B) RESTRICCIONES POR RAZÓN DE LA MATERIA

En la actual regulación del recurso de casación, aunque han desaparecido las restricciones existentes por razón de la cuantía y algunas de las restricciones por razón de la materia previamente existentes (como la referida a las cuestiones de personal), se mantienen otras restricciones por razón de la materia. Así sucede, en primer lugar, con las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión, exceptuadas de casación, con arreglo a lo establecido por el artículo 86.2 de la LJCA. Esta exclusión se explica por la necesidad de un pronunciamiento judicial inmediato que exige el ejercicio del derecho fundamental de reunión¹⁰¹, totalmente incompatible con la dilación temporal característica de la casación¹⁰², tal y como ha considerado el Tribunal Supremo¹⁰³. Por este motivo, en estos casos, el control judicial se vehicula a través del cauce procesal establecido en el artículo 122 de la LJCA.

En segundo lugar, también se excluyen de casación las sentencias dictadas en los procesos contencioso-electorales, ya que cuentan con una normativa

⁹⁹ *Vid.*, por ejemplo, los Autos del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 54/2017, ponente: José Juan Suay Rincón), de 29 de marzo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 1062/2017, ponente: Eduardo Calvo Rojas) y de 20 de julio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 2225/2017, ponente: José Suay Rincón).

¹⁰⁰ Así lo prevé el artículo 87.2 de la LJCA. Nótese, sin embargo, que este precepto continúa haciendo referencia al recurso de súplica y no al de reposición. Ahora bien, la referencia al recurso de súplica debe entenderse hecha al recurso de reposición, de conformidad con lo establecido por la disposición adicional 8.ª de la LJCA, añadida por el artículo 14.67 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. Sobre este requisito de interposición previa del recurso de reposición, *vid.* E. Hinojosa Martínez (2016: 107-109) y J. P. Quintana Carretero, R. Castillo Badal y P. Escribano Testaut (2016: 94-97).

¹⁰¹ J. Herrera Castillo (2018: 443).

¹⁰² M. A. Ruiz López (2016: 131). Sin embargo, G. Fernández Farreres (2015: 101) considera que debería haberse eliminado la exclusión de las sentencias dictadas en el procedimiento de protección del derecho fundamental de reunión. En la misma línea, M. A. Recuerda Girela (2016: 122).

¹⁰³ *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia de 10 de diciembre de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso núm. 99/2004, ponente: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva), FJ 6.º.

específica en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general¹⁰⁴. La razón de esta exclusión vuelve a ser la celeridad¹⁰⁵ y la necesidad de impedir la demora en la resolución de la cuestión electoral, que también requiere de una respuesta inmediata.

C) EL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA COMO PRINCIPAL FILTRO DE ACCESO

En el nuevo recurso de casación, constituye un elemento fundamental el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que constituye un presupuesto de admisibilidad, y el filtro de acceso más importante. Estamos, por tanto, ante la piedra angular del nuevo recurso¹⁰⁶, que pasa a ser el único criterio de admisión¹⁰⁷. El recurso de casación sólo podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia¹⁰⁸, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia¹⁰⁹. Ahora bien, será la parte recurrente la encargada de acreditar y motivar el interés casacional del asunto en su escrito de preparación¹¹⁰ y de convencer al Tribunal de

¹⁰⁴ *Vid.* los artículos 112 a 114 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general. En ellos se prevé un recurso contencioso electoral ante la Junta Electoral correspondiente dentro de los tres días siguientes al acto de proclamación de electos.

¹⁰⁵ J. M. Núñez Jiménez y M. L. Pérez García (2017: 258). G. Fernández Farreres (2015: 101) considera que la exclusión de las sentencias relativas a procesos electorales sí puede encontrar justificación, «aunque lo sea básicamente por la razón pragmática de la existencia misma del proceso constitucional de amparo electoral con el que, en otro caso, la casación inevitablemente se solaparía».

¹⁰⁶ Utilizamos las palabras de D. Córdoba Castroverde (2015: apartado III).

¹⁰⁷ J. A. Razquin Lizarraga (2016: 159).

¹⁰⁸ Nótese que, en la nueva casación, el recurso no queda circunscrito a determinados tipos de vulneraciones y es posible invocar cualquier infracción del ordenamiento jurídico tanto de carácter sustantivo como procesal y tanto de la normativa como de la jurisprudencia. Ello supone un cambio radical respecto a la situación anterior, ya que con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, el artículo 88.1 de la LJCA exigía que el recurso se fundase en alguno o algunos de los siguientes motivos: abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción; incompetencia o inadecuación del procedimiento; quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte; e infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Este cambio ha sido valorado muy positivamente por L. Parejo Alfonso (2018: 348) y J. A. Santamaría Pastor (2015: 22).

¹⁰⁹ Artículo 88.1 de la LJCA.

¹¹⁰ *Vid.* el artículo 89.2.f) de la LJCA.

que, con independencia del interés subjetivo presente, tiene interés para la sociedad y sirve para crear jurisprudencia¹¹¹.

La concurrencia de dicho interés casacional objetivo es lo determinante para la admisibilidad del recurso¹¹², con independencia de que la sentencia de instancia incurra en irregularidades formales o de fondo, ya que el Tribunal Supremo sólo conocerá de aquellos recursos que merezcan un pronunciamiento con proyección general, por su trascendencia jurídica, económica y social¹¹³. Este concepto —interés casacional objetivo— es ahora la clave y constituye un elemento central. Sólo cuando concurra —y, además, se invoque una concreta infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia—, el recurso será procedente y se admitirá, para dar al Tribunal Supremo la oportunidad de fijar jurisprudencia en un tema que considera jurídicamente relevante.

Si bien la LJCA no define lo que debe entenderse por interés casacional objetivo, acota el marco en que ha de desenvolverse tal apreciación y prevé, a estos efectos, una doble relación —meramente indicativa, por lo que únicamente ofrece criterios orientadores— de supuestos en que podrá apreciarse que existe interés casacional (apartado 2 del art. 88 de la LJCA) y de supuestos en que se presumirá (apartado 3 del artículo 88 de la LJCA), aunque sin demasiadas concreciones¹¹⁴ y dejando la puerta abierta a que puedan existir otros supuestos¹¹⁵. De todas formas, no basta que el asunto presente interés casacional objetivo, sino que debe serlo también para la formación de jurisprudencia¹¹⁶, teniendo en cuenta que, con arreglo a la interpretación realizada por el Tribunal Supremo, éste está llamado a intervenir «no sólo cuando no haya en absoluto pronunciamiento interpretativo de la norma en cuestión, sino también cuando, habiéndolo, sea necesario matizarlo, precisarlo o concretarlo para

¹¹¹ D. Córdoba Castroverde (2015: apartado III).

¹¹² Como pone de manifiesto I. Colomer Hernández (2017c: 467), la existencia de interés casacional se configura como un requisito general para la propia viabilidad del recurso.

¹¹³ D. Córdoba Castroverde (2015: apartado III).

¹¹⁴ No vamos a realizar un análisis detallado de todos estos supuestos, que excedería del objeto de este trabajo. Por ello, nos remitimos al amplio examen que realizan I. Colomer Hernández (2017c: 479-498), J. Herrera Castillo (2018: 446-456), E. Hinojosa Martínez (2018: 336-368) [del mismo autor (2016: 132-171)], J. P. Quintana Carretero, R. Castillo Badal y P. Escribano Testaut (2016: 160-203) y J. A. Santamaría Pastor (2018: 43-59).

¹¹⁵ Por ejemplo, L. Parejo Alfonso (2018: 350) y J. A. Santamaría Pastor (2015: 24) señalan la inaplicación de una ley por infracción del Derecho comunitario. T. R. Fernández Rodríguez (2018: 122), el caso de las sentencias acompañadas de votos particulares. A. González López (2018: 109), la oposición o desconocimiento por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. *Id.*, asimismo, otros posibles supuestos señalado por E. Hinojosa Martínez (2018: 368) y J. A. Santamaría Pastor (2018: 58-59).

¹¹⁶ En este sentido, J. Huelin Martínez de Velasco (2017: 9-10), J. P. Quintana Carretero, R. Castillo Badal y P. Escribano Testaut (2016: 141-149) y J. A. Razquin Lizarraga (2018: 255).

realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en la jurisprudencia»¹¹⁷, o, incluso corregirlo¹¹⁸. Por lo tanto, el recurso de casación no sólo debe operar para formar la jurisprudencia *ex novo*, sino también para matizarla, precisarla o, incluso, corregirla o reconsiderarla.

Los supuestos legales que se fijan como criterios orientadores del interés casacional tienen una gran amplitud, por lo que es muy importante conocer cómo van perfilándose por el Tribunal Supremo¹¹⁹, al hilo de los recursos que se vayan interponiendo¹²⁰. Su labor resulta de gran importancia, por cuanto proporcionará pautas que permitan prever cómo va interpretándose el interés casacional objetivo, incrementándose la seguridad jurídica e introduciéndose mayor predictibilidad. Transcurridos dos años y medio desde la entrada en vigor de la nueva casación, ya se han ido fijando, por medio de los autos de admisión e inadmisión, algunos criterios que contribuyen a determinar su alcance¹²¹.

¹¹⁷ Auto del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 93/2017, ponente: Manuel Vicente Garzón Herrero), FJ 2.º, apartado 8.

¹¹⁸ *Vid.*, por ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 678/2017, ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco), FJ 3.º, apartado 5.

¹¹⁹ Como ha puesto de manifiesto F. Velasco Caballero (2017: 160), la configuración legal relativamente abierta que efectúa la LJCA del régimen de admisión de la nueva casación contencioso-administrativa y, en particular, del interés casacional objetivo, remite a la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo la configuración final del régimen casacional. En su opinión «el régimen de admisión casacional puede dirigirse hacia la plena discrecionalidad (siguiendo el modelo del *certiorari* norteamericano), hacia una discrecionalidad contenida o parcialmente reglada (como la que progresivamente está definiendo el Tribunal Constitucional para la admisión del amparo) o hacia un régimen esencialmente reglado con algunos elementos de discrecionalidad (como, a mi juicio, sucede hoy con la casación civil). En otros términos, la admisión casacional no necesariamente tiene que ser discrecional, o no en la misma medida. Es incuestionable que, en cualquiera de sus desarrollos posibles, la admisión contenciosa siempre incluirá un considerable poder de estimación de la Sección Primera». Tras dos años y medio de aplicación de la nueva casación administrativa y tras haber sido dictados por la Sección de Admisión numerosos autos de admisión, el sistema va posicionándose hacia un sistema de admisión reglada y por subsunción, tal y como el propio F. Velasco Caballero (2018) ha constatado.

¹²⁰ D. Córdoba Castroverde (2015: apartado III).

¹²¹ Su examen detallado excedería del objeto de este trabajo. Nos remitimos al amplio análisis de estos criterios que efectúan I. Huerta Garicano (2018: 81-91), D. García Castro (2017: 469-493), A. González López (2018: 113-181) y J. A. Razquin Lizarraga (2018: 248-256) [de este mismo autor (2017: 175-200)]. Asimismo, son interesantes los diferentes trabajos recogidos en Cancio Fernández, R. C. y Cazorla Prieto, L. M. (2018).

D) EL RIGOR FORMALISTA DE LOS ESCRITOS DE PREPARACIÓN E INTERPOSICIÓN

El recurso de casación está marcado por un gran rigor formal, amparado en el carácter extraordinario del recurso¹²² e intensificado a lo largo de los años por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, a causa de las interpretaciones restrictivas que ha ido realizando de los requisitos procesales que condicionan el acceso a la casación¹²³. Este acusado rigor formal, lejos de desaparecer, permanece y se intensifica¹²⁴ con la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015.

La LJCA exige el cumplimiento de rigurosos requisitos formales a los escritos de preparación e interposición¹²⁵, cuya inobservancia determinará la inadmisión. Así, introduce una regulación muy detallada de estos escritos¹²⁶, endureciéndose notablemente los presupuestos formales¹²⁷. Además, como novedad, tras la reforma de 2015, habilita a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo para determinar, mediante acuerdo que se publicará en el BOE, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación¹²⁸. Este Acuerdo efectivamente ha sido aprobado y publicado en el BOE¹²⁹. El cumplimiento de los requisitos del escrito de preparación constituye, por tanto, una *conditio sine qua non* para que se tenga por preparado el recurso por el órgano *a quo* y, posteriormente,

¹²² Vid. E. Hinojosa Martínez (2018: 259).

¹²³ M. A. Ruiz López (2016: 72).

¹²⁴ En este sentido, por ejemplo, J. Huelin Martínez de Velasco (2017: 23).

¹²⁵ Sobre los requisitos de estos escritos, *vid.* J. V. Mediavilla Cabo (2016: 425-453).

¹²⁶ Con relación a los requisitos que debe reunir el escrito de preparación del recurso, *vid.* el artículo 89.2 de la LJCA, y sobre los criterios interpretativos que está utilizando el Tribunal Supremo en relación con cada uno de los requisitos exigidos por este precepto, *vid.* I. Huerta Garicano (2018: 75-81). Sobre los requisitos exigidos a los escritos de interposición, *vid.* el artículo 92.3 de la LJCA.

¹²⁷ R. Cancio Fernández (2015: 30).

¹²⁸ Artículo 87 bis.3 de la LJCA. Como pone de manifiesto I. Huerta Garicano (2018: 75), esta posibilidad, novedosa en el ordenamiento jurídico español, está en sintonía con la atribuida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

¹²⁹ *Vid.* el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE núm. 162, de 6 de julio de 2016). Nótese que el ámbito de este Acuerdo va más allá de lo previsto en el artículo 87 bis.3 de la LJCA, ya que tiene como objeto no sólo los escritos de interposición y oposición a los recursos, sino también los escritos de preparación, oposición a la admisión y de alegaciones, en el supuesto previsto en el artículo 90.1 de la LJCA, cuando la Sección de Admisión puede conceder trámite a las partes para que justifiquen si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

pueda ser admitido por el Tribunal Supremo¹³⁰. Por su parte, el incumplimiento de los requisitos exigidos a los escritos de interposición podrá llevar a la Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo competente para la resolución del recurso a dictar sentencia, inadmitiéndolo, si entendiera, tras la audiencia a la parte recurrente, que el incumplimiento detectado fue cierto¹³¹. Estamos, por tanto, ante importantes filtros formales que condicionan el acceso a la casación. De ahí la importancia de que se cumplan los requisitos establecidos.

E) RESTRICCIONES POR EL TIPO DE INFRACCIÓN INVOCABLE: EXCLUSIÓN DE LAS INFRACCIONES DEL DERECHO AUTONÓMICO Y LOCAL

El recurso de casación ante el Tribunal Supremo únicamente puede fundarse en la infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes para el fallo y que hayan sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora¹³². En consecuencia, se excluye la invocación de normas de derecho autonómico y local. Si el recurso se funda en la infracción de estas normas, será inadmisibile¹³³.

Por lo tanto, no puede fundarse de forma exclusiva en preceptos de derecho autonómico, según resulta del artículo 86.3 de la LJCA, ya que se mantiene el criterio de que la interpretación última del derecho autonómico corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de manera que la infracción de normas de derecho autonómico es sólo invocable a través de la casación autonómica¹³⁴. A ello se añade que el Tribunal Supremo tampoco admite las citas puramente instrumentales de normas estatales o de la Unión Europea con la única finalidad de acceder al recurso de casación ante el Tribunal Supremo y evitar la inadmisión del recurso, si la controversia de fondo que subyace gira en torno a la interpretación y aplicación que el órgano *a quo* ha realizado del ordenamiento autonómico¹³⁵. Ahora bien, ello no significa que al Tribunal Supremo le esté vedado en términos absolutos

¹³⁰ *Vid.* I. Garrós Font y B. Contreras Soler (2016: 479).

¹³¹ Artículo 92.4 de la LJCA. Como ponen de manifiesto I. Garrós Font y B. Contreras Soler (2016: 493), «el trámite de audiencia no es una facultad potestativa (...) ni se trata de un trámite de subsanación puesto que el recurrente no puede corregir el defecto detectado por la Sección».

¹³² *Vid.* el artículo 86.3, párrafo primero, de la LJCA.

¹³³ Crítico con esta exclusión se muestra M. A. Ruiz López (2016: 53).

¹³⁴ *Vid.* el artículo 86.3 de la LJCA, párrafos segundo y tercero.

¹³⁵ *Vid.*, por ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 197/2017, ponente: Inés María Huerta Garicano), FJ 2.º.

entrar a conocer, aplicar e interpretar el derecho autonómico, existiendo algunas matizaciones y excepciones a la regla de la irrecurribilidad del Derecho autonómico. En concreto, se admite la viabilidad del recurso de casación estatal y el examen de fondo del asunto cuando se produzcan entrecruzamientos ordinamentales y cuando los preceptos de derecho autonómico reproduzcan derecho estatal de carácter básico o se invoque como motivo de casación la infracción de jurisprudencia recaída en la interpretación de derecho estatal que, aunque no tenga carácter básico, es reproducido por el autonómico¹³⁶.

Por lo que respecta a las infracciones de derecho local, dados los términos en que se expresa el artículo 86.3 de la LJCA, también están excluidas de la casación. Así, en la medida en que la LJCA, cuando regula la casación, no contiene referencia alguna a la infracción del derecho local, parece que descarta la infracción de normas emanadas de la administración local como fundamento del recurso¹³⁷.

F) RESTRICCIONES ECONÓMICAS: COSTAS PROCESALES, DEPÓSITOS Y TASAS JUDICIALES

A las restricciones examinadas, deben añadirse las económicas, que también pueden suponer una barrera en el acceso al recurso de casación y que inciden en la decisión de entablarlo o no. En cuanto al régimen de las costas procesales en el recurso de casación, la inadmisión a trámite de este recurso comporta, en virtud del artículo 90.8 de la LJCA, la imposición de las costas a la parte recurrente, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima. Por lo tanto, las costas del trámite de admisión se imponen a la parte cuyo recurso ha sido inadmitido, coincidiendo este criterio con el general que sobre imposición de costas establece el artículo 139.2 de la LJCA para los recursos¹³⁸. Y se reconoce al Tribunal Supremo un margen de apreciación a la hora de imponerlas, ya que puede limitarlas a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.

Este criterio en cuanto a la imposición de costas se sigue también para el segundo trámite de admisión. El artículo 92.4 de la LJCA prevé que, si el escrito de interposición del recurso no cumple los requisitos exigidos, la Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo competente para la resolución del recurso acordará oír a la parte recurrente sobre el incum-

¹³⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* el análisis que realiza M. A. Ruiz López (2016: 156-165).

¹³⁷ *Vid.* M. A. Ruiz López (2016: 130). G. Fernández Farreres (2015: 105) considera que queda fuera la invocación de la infracción de normas locales (reglamentos u ordenanzas locales), aunque, en su opinión, no se justifica por qué queda excluido el supuesto de infracción de normas locales y entiende que esta exclusión «quizá hubiera merecido ser repensada».

¹³⁸ E. Hinojosa Martínez (2016: 245).

plimiento detectado y, sin más trámites, dictará sentencia inadmitiéndolo si entendiera tras la audiencia que el incumplimiento fue cierto. En ella, impondrá a dicha parte las costas causadas, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.

Respecto a las costas de los recursos que hayan sido admitidos y en los que se haya dictado sentencia, el artículo 93.4 de la LJCA¹³⁹, en cambio, establece, como regla general, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Por lo tanto, con carácter general, no hay condena en costas a ninguna de las partes litigantes, con independencia de la decisión que adopte la sentencia, estimatoria o desestimatoria. La norma considera, pues, que un recurso de casación respecto del cual el propio Tribunal Supremo apreció que concurría un interés casacional objetivo, no merece, con independencia de la decisión que se adopte, la imposición de las costas¹⁴⁰. No obstante, el Tribunal podrá imponer las costas del recurso a una sola de ellas cuando la sentencia aprecie, y así lo motive, que ha actuado con mala fe o temeridad, pudiendo limitarlas a una parte de ellas o hasta una cifra máxima. Así, el régimen de las costas procesales en el recurso de casación se separa del establecido con carácter general por el artículo 139.2 de la LJCA para los recursos, siendo de aplicación el régimen establecido por el artículo 93.4 de la LJCA, por su carácter de norma especial, frente a la norma general¹⁴¹.

Con relación a los depósitos, nos remitimos a las consideraciones ya realizadas con motivo de su análisis en el recurso de apelación¹⁴², plenamente extrapolables al recurso de casación, ya que su interposición también se sujeta a la constitución de un depósito previo —por un importe de 50 euros—, del todo imprescindible, ya que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

¹³⁹ Como novedad, tras la reforma de 2015, este precepto también impone que la sentencia que se dicte en el recurso de casación resuelva sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA. Este precepto prevé que, en primera o única instancia, se impondrán las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.

¹⁴⁰ Así lo pone de manifiesto Diego Córdoba Castroverde (2015: apartado IV.f).

¹⁴¹ El propio artículo 139.3 de la LJCA establece que: «En el recurso de casación se impondrán las costas de conformidad con lo previsto en el artículo 93.4». Sin embargo, en algunos casos, el Tribunal Supremo, en algunas sentencias dictadas en la nueva casación, aplica el artículo 139.2 de la LJCA y no el 93.4 de la LJCA y fundamenta la imposición de costas a la parte recurrente en la aplicación del artículo 139.2 de la LJCA, ignorando lo dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA. Así lo pone de manifiesto A. González López (2018: 267-268), poniendo ejemplos concretos de algunas sentencias en que esto sucede.

¹⁴² *Vid. supra* el apartado 3.D) de este trabajo.

Por último, con relación a las tasas judiciales, también nos remitimos al análisis ya realizado al hilo del examen de las restricciones económicas en el recurso de apelación¹⁴³. Baste con apuntar ahora que, aunque la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, establecía el pago de una tasa para el recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo —por un importe de 1.200 euros como cantidad fija, más una cantidad variable, resultado de aplicar a la base imponible monetaria derivada de la cuantía del procedimiento judicial o recurso, una escala¹⁴⁴— las tasas judiciales han quedado sin efecto alguno y sin incidencia sobre el acceso al recurso de casación, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

5. EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ANTE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Tras la reforma del recurso de casación introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la LJCA recoge, junto al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por infracción de normas estatales o de la Unión Europea, una modalidad de recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia, por infracción de normas autonómicas, con la finalidad de formar jurisprudencia en relación con las normas dictadas por las instituciones de la comunidad autónoma de que se trate. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el recurso de casación estatal, el de casación autonómica cuenta con una parca regulación, que determina la existencia de numerosas lagunas y genera muchas dudas interpretativas sobre aspectos diversos, tanto en relación con el propio recurso (objeto, alcance, tramitación y procedimiento, e, incluso, su propia existencia), como con determinados aspectos organizativos (fundamentalmente, la composición de la Sección competente para su admisión y enjuiciamiento dentro de los Tribunales Superiores de Justicia). A estas disfunciones y a las principales dudas y problemas interpretativos que plantea actualmente el recurso de casación autonómica¹⁴⁵, así como a las principales restricciones de acceso a este recurso nos referimos a continuación.

¹⁴³ *Vid. supra* el apartado 3.D) de este trabajo.

¹⁴⁴ *Vid.* el artículo 7 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

¹⁴⁵ Utilizamos la expresión «recurso de casación autonómica», aunque es frecuente referirse a este recurso, tanto por la doctrina, como por la propia jurisprudencia, como «recurso de casación autonómico». Seguimos en este punto a J. P. Quintana Carretero (2018: 295-296); y a J. M. Alegre Ávila (2019: 65).

A) PRINCIPALES PROBLEMAS PLANTEADOS POR EL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN AUTONÓMICA

Tras la reforma de 2015, la regulación del recurso de casación autonómica en la LJCA es sumamente escueta y se limita a los párrafos segundo y tercero del artículo 86.3 de la LJCA¹⁴⁶. Este precepto, cuya constitucionalidad ha sido avalada recientemente por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 128/2018, de 29 de noviembre¹⁴⁷, se limita a establecer, para delimitarlo del recurso de casación estatal, que el recurso debe fundarse en infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma; y a regular la composición del órgano del Tribunal Superior de Justicia que conocerá del recurso. No vuelve a hacerse ninguna otra referencia a este recurso en el resto del articulado de la LJCA y tampoco se contiene, en el artículo 86.3 de la LJCA, remisión alguna a otros preceptos que puedan resultar aplicables, por lo que no se determinan las resoluciones judiciales que pueden ser sometidas a este recurso, los supuestos en que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, el procedimiento a seguir...

Esta deficiente regulación constituye, sin duda, uno de los principales problemas del recurso de casación autonómica. Ante las escasas previsiones normativas contenidas en la LJCA y ante la necesidad de aplicar este recurso de forma efectiva, se ha planteado, en este ámbito, la aplicación analógica de la normativa prevista para el recurso de casación estatal, con el fin de colmar las

¹⁴⁶ El párrafo segundo del artículo 86.3 de la LJCA establece que: «Cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el Presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el Presidente o Presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los Magistrados de la referida Sala o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros». Y el párrafo tercero añade que: «Si la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo tuviesen más de una Sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los Presidentes de Sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los Magistrados que presten servicio en la Sala o Salas».

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2018 (ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón). Esta Sentencia trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha respecto del artículo 86.3, párrafos segundo y tercero, de la LJCA, y planteada mediante Auto de 3 de mayo de 2018. En este Auto, se plantea la posible inconstitucionalidad de este precepto, por vulneración de los artículos 122.1, 9.3, 14 y 24 de la CE. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no aprecia tales vulneraciones y avala la constitucionalidad de la regulación de la casación autonómica. *Vid.* el comentario de esta Sentencia que realizan J. M. Alegre Ávila (2019: 1-65), L. Casado Casado (2019: 266-275), J. R. Fuentes Gasó (2019: 1-10) y S. Soldevila Frago (2019).

lagunas existentes. Así lo ha defendido la doctrina¹⁴⁸ y así lo vienen entendiendo también los Tribunales Superiores de Justicia cuando intervienen en este recurso¹⁴⁹. Así lo respalda, además, el Tribunal Constitucional, en su reciente Sentencia 128/2018, de 29 de noviembre. Es más, entiende que hay una remisión implícita a las normas que regulan el recurso de casación estatal que permite salvar las incertidumbres que plantea su parca regulación¹⁵⁰. No obstante, esta aplicación analógica de la regulación propia del recurso de casación ante el Tribunal Supremo ha producido resultados dispares con relación tanto a la delimitación del objeto de este recurso y la determinación de las resoluciones recurribles, como a la configuración del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia¹⁵¹.

De este modo, la deficiente regulación del recurso de casación autonómica y la aplicación analógica de las normas que regulan la casación estatal han conducido a la asimetría en la aplicación de esta modalidad casacional. Su escueta regulación plantea disfunciones y dificultades interpretativas¹⁵². Ante los numerosos problemas suscitados, las respuestas proporcionadas por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia y los criterios interpretativos utilizados han sido dispares¹⁵³, hasta el punto de que algunos de ellos han llegado a negar la existencia y la viabilidad de este recurso (es el caso de los de Extremadura y La Rioja)¹⁵⁴. Pero, aun admitiendo su existencia, que es lo que hacen la mayoría, cuestiones fundamentales del recurso, como su objeto, la determinación de las resoluciones recurribles, la concreción de los supuestos de interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, por citar sólo algunos ejemplos, han tenido respuestas absolutamente dispares¹⁵⁵. Asimismo, plantea serios problemas la composición de la Sección Especial de Casación que ha de admitir y resolver este recurso, especialmente, pero no de forma exclusiva,

¹⁴⁸ *Vid.*, por ejemplo, E. Hinojosa Martínez (2016: 321) y J. P. Quintana Carretero (2018: 299-300).

¹⁴⁹ *Vid.*, por ejemplo, los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1/2017, de 17 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 100, recurso núm. 10/2017, ponente: Juan Pedro Quintana Carretero), FJ 3.º; y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 17/2018, de 12 de febrero de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 1/2018, ponente: Luis Ángel Garrido Bengochea), FJ 3.º.

¹⁵⁰ *Vid.* el FJ 5.º.

¹⁵¹ *Vid. infra* el epígrafe B) de este mismo apartado.

¹⁵² J. A. Razquín Lizarraga (2016: 142).

¹⁵³ También son diversas las posiciones doctrinales existentes en torno a determinados aspectos del recurso de casación autonómica, como la determinación de su objeto y de las resoluciones recurribles. Al respecto, *vid.* L. Casado Casado (2019: 297-309).

¹⁵⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* L. Casado Casado (2019: 281-286) y J. P. Quintana Carretero (2018: 296-299).

¹⁵⁵ *Vid.* el amplio análisis que realizan L. Casado Casado (2019: 280-324) y J. P. Quintana Carretero (2018: 299-314).

en los Tribunales Superiores de Justicia que cuentan con una única Sala de lo Contencioso-Administrativo y una única Sección¹⁵⁶.

La insuficiente regulación, unida a la disparidad de criterios provocada, plantea grandes dosis de incertidumbre que, indudablemente, dificultan la puesta en práctica y la aplicación efectiva de esta modalidad de recurso. Además, la diversidad de interpretaciones que han aflorado lleva a que las posibilidades de acceso por parte de los ciudadanos a este recurso, ante una misma situación fáctica, tengan un mayor o menor alcance o, incluso sean inexistentes. Así, habrá comunidades autónomas donde las posibilidades de plantear este recurso sean más amplias, por haberse realizado por parte del correspondiente Tribunal Superior de Justicia una interpretación amplia de su objeto y del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia; otras donde sean más limitadas, al haberse optado por una interpretación más restrictiva de las resoluciones recurribles y del interés casacional objetivo; y otras donde la posibilidad de utilizar este recurso ni tan siquiera exista. Aun cuando la regulación es la misma, su aplicación varía en los diferentes Tribunales Superiores de Justicia y los ciudadanos, en función de la comunidad autónoma en que se hallan y de la interpretación que se haya realizado de la normativa, pueden tener mayores o menores posibilidades de utilizar este recurso. De este modo, la desigual configuración del recurso de casación autonómica en los Tribunales Superiores de Justicia y la diversidad de interpretaciones conducen a una aplicación no uniforme de este recurso, aunque ello, como ha establecido el Tribunal Constitucional, no vulnere el principio de igualdad¹⁵⁷.

B) RESTRICCIONES EN EL ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN AUTONÓMICA

En su configuración actual, el recurso de casación autonómica presenta algunas restricciones que limitan el acceso al mismo. Por una parte, en tanto que modalidad casacional, se encuentra sujeto, aunque con algunos matices, a las restricciones de acceso que ya vimos cuando analizamos el recurso de casación ante el Tribunal Supremo¹⁵⁸. Baste con recordar ahora que, en este recurso, no existen en la actualidad restricciones por razón de la cuantía. Y que las principales restricciones en el acceso al mismo vienen determinadas, en primer lugar, por razón de la materia, dada la exclusión de casación existente para las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de

¹⁵⁶ Sobre la problemática y las dificultades que plantea la constitución de la Sala Especial de Casación en las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, *vid.* el minucioso examen que realiza L. Casado Casado (2019: 286-297).

¹⁵⁷ *Vid.* la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2018, de 28 de noviembre, FJ 6.º

¹⁵⁸ *Vid. supra* el apartado 4 de este trabajo.

reunión y en los procesos contencioso-electorales. En segundo lugar, por su sujeción al cumplimiento estricto de un conjunto de requisitos formales y de fondo, cuyo incumplimiento puede dar lugar a su inadmisión, sin que ello comporte la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Entre estos requisitos destaca la exigencia de que el recurso presente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Así, el recurso de casación autonómica sólo podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción de la normativa autonómica o de la jurisprudencia, la Sección Especial de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, fundamentando esta circunstancia con especial referencia al caso, de manera que la infracción denunciada sea determinante de la decisión adoptada en relación con las cuestiones suscitadas y objeto de pronunciamiento. En tercer lugar, por la existencia de determinadas barreras económicas, si bien en materia de costas procesales algunos Tribunales Superiores de Justicia están matizando las previsiones de la LJCA para la casación autonómica¹⁵⁹.

Por otra parte, la disparidad de criterios interpretativos en los Tribunales Superiores de Justicia a que ya nos hemos referido, conlleva que las restricciones en el acceso al recurso de casación no sean idénticas en las diferentes comunidades autónomas. En efecto, su alcance será mayor o menor en función de los criterios interpretativos que haya utilizado el Tribunal Superior de Justicia en cuestión en torno a los aspectos clave del mismo.

Las comunidades autónomas donde existe una mayor restricción de acceso en estos momentos son Extremadura y La Rioja. Más que de restricciones en el acceso, en estos dos casos, nos encontramos, por el momento, en una situación de inviabilidad de acceso a la casación autonómica. En Extremadura, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de su Tribunal Superior de Justicia ha determinado la inexistencia y la inviabilidad del recurso de casación autonómica contra las sentencias dictadas por la propia Sala¹⁶⁰ —también contra las de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo¹⁶¹—. Algo parecido sucede en La Rioja, donde tampoco es viable, en estos momentos, la casación autonómica, por imposibilidad de constitución de la Sala especial prevista en el artículo 86.3¹⁶².

¹⁵⁹ Al respecto, *vid.* L. Casado Casado (2019: 325-326).

¹⁶⁰ *Vid.*, por ejemplo, los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 22 de junio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) y de 18 de abril de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo).

¹⁶¹ *Vid.*, por todos, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 6 de septiembre de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo). De todas formas, habrá que ver si esta postura, de no admitir el recurso de casación autonómica planteado frente a sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, se mantiene tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2018, de 29 de noviembre.

¹⁶² Al respecto, *vid.* L. Casado Casado (2019: 285 y 291).

En las quince comunidades autónomas restantes, la existencia de mayores o menores restricciones en el acceso depende de cómo los Tribunales Superiores de Justicia han configurado el objeto del recurso y el interés casacional objetivo en las interpretaciones que realizan de la casación autonómica.

En cuanto al objeto y las resoluciones recurribles, las mayores restricciones se presentan en Cataluña, donde el Tribunal Superior de Justicia ha negado que pueda interponerse recurso de casación autonómica contra las sentencias dictadas por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo¹⁶³. Por lo tanto, en el territorio catalán, se excluye para estas sentencias esta modalidad de casación, que sólo cabe utilizar frente a las de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Con relación al resto de comunidades autónomas, en Andalucía¹⁶⁴, Aragón¹⁶⁵, Asturias¹⁶⁶, Canarias¹⁶⁷, Cantabria¹⁶⁸, Castilla y León¹⁶⁹, Comunidad Valenciana¹⁷⁰, Galicia¹⁷¹, Madrid¹⁷², Nava-

¹⁶³ Criterio mantenido en el Auto de 10 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, recurso núm. 3/2017), FFJJ 3.º y 4.º, cuya doctrina se ha seguido en otros muchos autos. *Vid.* L. Casado Casado (2019: 305-308).

¹⁶⁴ Autos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 24 de enero de 2018 (recurso núm. 14/2017) y de 5 de febrero de 2018 (recurso núm. 6/2018), según indica J. P. Quintana Carretero (2018: 301), aunque no hemos podido acceder al contenido de estos Autos, por no estar disponibles, ni en el CENDOJ, ni en otras bases de datos jurídicas consultadas.

¹⁶⁵ *Vid.*, a título de ejemplo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de febrero de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 241/2017, ponente: Juan José Carbonero Redondo).

¹⁶⁶ *Vid.*, entre otros, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 464/2017, de 19 de septiembre de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 1/2017, ponente: Jesús María Chamorro González).

¹⁶⁷ En un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 2 de marzo de 2018 (recurso núm. 3/2017), según indica J. P. Quintana Carretero (2018: 301).

¹⁶⁸ *Vid.*, por ejemplo, los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 6 de febrero de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 263/2017, ponente: Juan Piqueras Valls), FJ 2.º; y núm. 54/2018, de 9 de mayo de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 257/2017, ponente: Rafael Losada Armada). Ambos Autos cuentan con un voto particular que sostiene un criterio contrario a la recurribilidad de las Sentencias de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo. *Vid.* sendos votos particulares de las magistradas Clara Penín Alegre y María Esther Castanedo.

¹⁶⁹ *Vid.*, por todos, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 2/2017, de 23 de junio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 992, recurso núm. 33/2017, ponente: Eusebio Revilla Revilla), FJ 3.º.

¹⁷⁰ *Vid.*, a título de ejemplo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 208/2017, de 30 de noviembre de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 403/2017, ponente: Mariano Miguel Ferrando Marzal), FJ 1.

¹⁷¹ *Vid.*, por ejemplo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 36/2017, de 17 de marzo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 4105/2017, ponente: Fernando Seoane Pesqueira).

¹⁷² *Vid.*, por todos, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1/2017, de 17 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 100, recurso núm. 10/2017,

rra¹⁷³ y País Vasco¹⁷⁴, sí que es posible, en cambio, la impugnación, a través del recurso de casación autonómica de las sentencias dictadas por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia. Además, en estas comunidades autónomas, han admitido expresamente que puedan impugnarse los autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León, Madrid, Navarra y País Vasco¹⁷⁵. Desconocemos el criterio que seguirá en cuanto a las resoluciones recurribles el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que, hasta ahora, no se ha pronunciado, a la espera de la resolución de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional, cuya primera sentencia ha sido dictada recientemente (la 128/2018, de 29 de noviembre). Y tampoco podemos aportar información sobre los Tribunales Superiores de Justicia de Islas Baleares y de Murcia, ya que no hemos podido obtener los autos recaídos en esta materia —no disponibles en el CENDOJ, ni en otras bases de datos—, y no hemos podido conocer su posicionamiento a través de otras vías¹⁷⁶.

Por lo que hace referencia a la configuración interés casacional objetivo, donde mayores restricciones existen es en Andalucía¹⁷⁷, Canarias¹⁷⁸, Castilla y

ponente: Juan Pedro Quintana Carretero), FJ 4.º, cuya doctrina se reitera en otros muchos. *Vid.* L. Casado Casado (302-304).

¹⁷³ *Vid.*, entre otros, los autos del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 9/2018, de 31 de enero de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 453/2017, ponente: Raquel Hermela Reyes Martínez), FJ 2.º; y núm. 21/2018, de 9 de marzo de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 513/2017, ponente: Antonio Rubio Pérez), FJ 2.º.

¹⁷⁴ *Vid.* el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 17/2018, de 12 de febrero de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 1/2018, ponente: Luis Ángel Garrido Bengoechea), FJ 4.º.

¹⁷⁵ *Vid.*, a título de ejemplo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 1/2017, de 1 de marzo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 992, recurso núm. 1/2016, ponente: Luis Miguel Blanco Domínguez), FJ 4.º, que admite que sean recurribles mediante el recurso de casación autonómica las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que contengan doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos, cuando se alegue infracción de la normativa autonómica.

¹⁷⁶ Tenemos la certeza de que existen pronunciamientos en Islas Baleares, tanto en 2016 como en 2017, según los datos que constan en la estadística judicial. En cambio, en el caso de Murcia, en la estadística judicial no constan pronunciamientos en 2016 y 2017, aunque desconocemos si los ha habido en 2018, por no estar disponibles todavía los datos.

¹⁷⁷ Así se evidencia en un Auto de 5 de febrero de 2018 (recurso núm. 6/2018), según indica J. P. Quintana Carretero (2018: 312), aunque no hemos podido acceder al contenido de este Auto.

¹⁷⁸ Así se considera en un Auto de 2 de marzo de 2018 (recurso núm. 3/2017), según indica J. P. Quintana Carretero (2018: 301).

León¹⁷⁹, Comunidad Valenciana¹⁸⁰, Galicia¹⁸¹, Madrid¹⁸² y País Vasco¹⁸³, ya que no admiten que venga conformado por las mismas circunstancias que en la casación estatal y limitan su concurrencia únicamente a dos supuestos: existencia de sentencias contradictorias de la propia Sala, interpretando normativa autonómica, y apartamiento deliberado de la jurisprudencia sobre Derecho autonómico existente hasta entonces. Más allá de estos supuestos, no se admite que pueda haber interés casacional objetivo, por lo que las posibilidades de superar este filtro de acceso son muy limitadas en dichas comunidades autónomas. En cambio, ofrecen una configuración mucho más amplia los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias, Aragón, Cantabria, Cataluña y Navarra, en términos análogos a como se hace en el recurso de casación estatal, ya que confieren más margen y mayores posibilidades a los eventuales recurrentes en casación autonómica, que podrán ampararse, para justificar la concurrencia de interés casacional objetivo, en diferentes supuestos recogidos en el artículo 88, apartados 2 y 3 de la LJCA, más allá de los dos señalados¹⁸⁴. Respecto al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, como ya sabemos, todavía no se ha pronunciado. Y tampoco disponemos de información de los de Islas Baleares y Murcia.

En definitiva, hay asimetría en las restricciones en el acceso al recurso de casación autonómica en los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, en

¹⁷⁹ *Vid.* los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 2/2017, de 23 de junio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 992, recurso núm. 33/2017, ponente: Eusebio Revilla Revilla), FJ 4.º; núm. 4/2017, de 11 de octubre de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 992, recurso núm. 106/2017, ponente: Luis Miguel Blanco Domínguez), FJ 4.º; núm. 1/2018, de 6 de febrero de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 992, recurso núm. 130/2017, ponente: Eusebio Revilla Revilla), FJ 4.º; y núm. 2/2018, de 7 de marzo de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 992, recurso núm. 144/2017, ponente: Adriana Cid Perrino), FJ 4.º.

¹⁸⁰ Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 210/2017, de 1 de diciembre de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 351/2017, ponente: Luis Manglano Sada), FJ 1.º. En la misma línea, *vid.* el Auto núm. 208/2017, de 30 de noviembre de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, ponente: Mariano Miguel Ferrando Marzal), FJ 1.º.

¹⁸¹ *Vid.* el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de julio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, recurso núm. 4184/2017), FJ 5.º.

¹⁸² *Vid.* el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1/2017, de 17 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 100, recurso núm. 10/2017, ponente: Juan Pedro Quintana Carretero), FJ 5.º.

¹⁸³ *Vid.* los Autos del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 18/2018, de 2 de marzo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3, recurso núm. 5/2018, ponente: Ángel Ruiz Ruiz), FJ 2.º; y núm. 56/2018, de 14 de junio de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, recurso núm. 26/2018, ponente: Ángel Ruiz Ruiz), FJ 2.º.

¹⁸⁴ Al respecto, *vid.* el amplio análisis jurisprudencial que efectúa L. Casado Casado (2019: 309-318).

función de los criterios interpretativos utilizados, que pueden ampliar o estrechar los márgenes de este recurso.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Del análisis realizado, se desprende la existencia de importantes restricciones de acceso a los recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Es más, la evolución normativa producida en los recursos en este ámbito evidencia una clara deriva restrictiva, con un paulatino estrechamiento de las vías de recurso y la instauración de potentes barreras de acceso. A pesar de que la actuación del legislador está amparada por la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a los recursos —por cuanto es un derecho de configuración legal, carente de contenido constitucional—, el resultado desencadenado resulta preocupante desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, por la disminución de las garantías de los ciudadanos que conlleva.

En el recurso de apelación, las sucesivas reformas normativas y la intensificación progresiva de las restricciones de acceso han ido limitando cada vez más el acceso a este recurso. Así lo evidencian, por citar sólo algunos ejemplos, el incremento de la cuantía mínima para apelar, que, desde 2011, debe superar los 30.000 euros; y la regulación de las tasas judiciales introducida en 2012, si bien éstas han quedado desactivadas tras el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, que incorpora la exención del pago de la tasa para las personas físicas y la reciente jurisprudencia constitucional —Sentencias 140/2016, de 21 de julio y 47/2017, de 27 de abril—. Con la regulación actual, son muy pocas las resoluciones judiciales que pueden ser objeto de apelación. Este recurso carece de carácter universal y está sometido a amplias restricciones por razón del órgano judicial que dicta las resoluciones, por razón de la cuantía y de la materia; sin olvidar los obstáculos de carácter económico (en especial, las costas procesales). Ello lleva a que sean muy pocas las sentencias apeladas y a que, en el ámbito contencioso-administrativo, la única instancia sea la norma general. Esta situación dificulta enormemente la uniformidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, además de entrañar graves riesgos para los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley. Por este motivo, a pesar de que no constituye una exigencia constitucional, consideramos necesaria la generalización de la segunda instancia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. No se nos ocultan, sin embargo, las importantes dificultades que plantearía su generalización o universalización, que, entre otras cosas, exigiría cambios importantes en la planta judicial y en la distribución de competencias entre órganos jurisdiccionales.

En el recurso de casación, también la evolución normativa se ha desarrollado en sentido restrictivo. Con anterioridad a la reforma de la casación operada por la Ley Orgánica 7/2015, el acceso al recurso de casación se había

limitado sobremanera. A través de las sucesivas reformas legislativas, entre otros elementos de corte restrictivo, se había elevado en exceso el umbral para recurrir (primero a 150.253 euros —en 1998— y luego a 600.000 euros —en 2011—). Además, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo había contribuido a acrecentar esta dimensión cada vez más restrictiva de la casación. Tras la reforma de 2015, a pesar de la ampliación de las resoluciones recurribles y la supresión de la cuantía como barrera de acceso, continúan existiendo importantes obstáculos para acceder a la nueva casación. Entre ellos, destacamos especialmente la exigencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que actúa como único criterio de admisión y que supone un importante filtro de acceso que pocos superan; y los rigurosos requisitos formales exigidos en los escritos de preparación e interposición. Estas barreras de acceso, además de otras a las que nos hemos referido, convierten el recurso de casación en un recurso de acceso muy limitado, al que muy pocos logran acceder, tras superar los filtros correspondientes. Así lo pone de manifiesto el bajo porcentaje de admisión de estos recursos que existe, tras la puesta en marcha de la reforma de 2015 (el 19,16% en 2017 y el 15,23% en 2018). En consecuencia, el nuevo recurso de casación sigue la línea evolutiva restrictiva. Pese a su aparente ampliación, se ha restringido enormemente el acceso a la casación. A esto se une que el nuevo modelo de casación se inserta en un sistema de recursos donde la apelación está tremendamente limitada. Un modelo de casación como el que se instaura en 2015 sólo puede tener pleno significado con una generalización de la segunda instancia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Y ésta es, sin duda, la gran asignatura pendiente.

En cuanto al recurso de casación autonómica, la parca regulación de esta modalidad casacional en la LJCA, aunque considerada conforme con la Constitución en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2018, de 29 de noviembre, es totalmente insatisfactoria. Este recurso presenta disfunciones importantes: deficiente regulación, incertidumbre, asimetría y ausencia de aplicación uniforme en los diferentes Tribunales Superiores de Justicia. La disparidad de criterios interpretativos en relación con elementos clave del recurso está conduciendo a una situación de clara asimetría en la aplicación de la casación autonómica, con la consiguiente incertidumbre. Por lo tanto, las restricciones en el acceso al recurso no son idénticas en las diferentes comunidades autónomas. Su alcance será mayor o menor en función de los criterios interpretativos, más o menos amplios, utilizados por el Tribunal Superior de Justicia en cuestión. Esta situación, ni es conveniente ni es deseable. Por ello, es urgente la intervención del legislador y la introducción de una regulación completa y adecuada de la casación autonómica.

A la vista de lo expuesto, el actual modelo de recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es claramente insatisfactorio. Además de por todas las razones expuestas, porque conlleva una radical asimetría y presenta paradojas importantes. Por una parte, el actual sistema lleva a que los asuntos

pequeños, que son competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo pueden tener hasta tres oportunidades para obtener un pronunciamiento judicial (primer pronunciamiento, apelación y casación). En cambio, los asuntos de mayor importancia, cuya competencia corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, se resuelven en única instancia, y, a lo sumo, tienen posibilidad de casación, si consiguen superar las barreras de acceso. Esto no tiene sentido.

Por otra, el actual sistema de recursos también presenta limitaciones estructurales asociadas al sistema organizativo y competencial de los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La estructura de la planta judicial y la complejidad del reparto competencial entre los diferentes órganos jurisdiccionales, que tiene en cuenta, además de la competencia territorial, la funcional y la objetiva, produce importantes consecuencias. Desde el punto de vista de los administrados, tiene repercusiones directas sobre los derechos de los litigantes, ya que una misma o similar cuestión puede entrañar el acceso o no a vías de recurso, según la Administración Pública de la que provenga el acto impugnado (por ejemplo, en caso de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por un importe de 35.000 euros frente a la administración local, como conocerían del asunto los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, existiría posibilidad de recurso de apelación; en cambio, en idéntico supuesto, si la reclamación fuera ante la Administración autonómica o estatal, no existiría posibilidad de apelación, al estar atribuida la competencia para conocer del asunto a órganos jurisdiccionales de carácter colegiado). Esto tampoco tiene sentido y resulta difícilmente justificable.

En consecuencia, es necesario introducir modificaciones en el actual sistema de recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, especialmente por lo que respecta a la segunda instancia. El modelo de recursos que se establezca debe dotar de suficientes garantías a los administrados, que han ido viendo cómo su derecho a la tutela judicial efectiva se ha ido debilitando. Asimismo, cualquier reforma que se acometa del modelo de recursos debe tener en cuenta también el régimen de recursos en el ámbito administrativo, dada la complementariedad del control administrativo y el jurisdiccional.

7. BIBLIOGRAFÍA

Agudo González, J. (2018): *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 745 pp.

Álegre Ávila, J. M. (2018): «El recurso de casación autonómica: déficit legislativo, vigencia constitucional e incertidumbre aplicativa [A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2018, con una referencia a la Sen-

- tencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 10 de diciembre de 2018]», *Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, pp. 1-65 (<www.aepda.es>).
- Álvarez Marcos, J. (2011): «Incidencia de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo», en *Working Paper IE Law School*, AJ8-180, de 21 de diciembre, pp. 1-24.
- Arozamena Sierra, J. (1999): «Capítulo octavo. Los recursos procesales: súplica, apelación y revisión», en J. Leguina Villa, M. Sánchez Morón (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valladolid, Lex Nova, pp. 379-406.
- Campos Sánchez-Bordona, M. (1998): «Capítulo III. Recursos contra providencias, autos y sentencias», en E. Arnaldo Alcubilla, R. Fernández Valverde (dirs.), *Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, pp. 889-1178.
- Cancio Fernández, R. C. (2015): *El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 138 pp.
- Cancio Fernández, R. C. y Cazorla Prieto, L. M. (dirs.) (2018): *El Interés Casacional Objetivo en su Interpretación Auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 360 pp.
- Casado Casado, L. (2019): *Los recursos en el proceso contencioso-administrativo: restricciones y limitaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 369 pp.
- Cierco Seira, C. (2017): «El poder del juez administrativo de limitar las costas procesales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 202, pp. 43-89.
- (2016): «Las costas procesales y el derecho de acceso a la justicia administrativa», en J. Agudo González (dir.), *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, Madrid, INAP, pp. 103-149.
- (2014): *Tasas judiciales y justicia administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 228 pp.
- Colomer Hernández, I. (2017a): «Capítulo 1. Recurso de súplica, de apelación contra autos, de queja y recursos frente a resoluciones del letrado de la Administración de Justicia», en A. Palomar Olmeda (dir.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tomo I, 3.ª edición, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 33-202.
- (2017b): «Capítulo 2. Recurso Ordinario de Apelación», en A. Palomar Olmeda (dir.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tomo I, 3.ª edición, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 203-342.
- (2017c): «Capítulo 3. El nuevo Recurso de Casación», en A. Palomar Olmeda (dir.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tomo I, 3.ª edición, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 343-596.

- Córdoba Castroverde, D. (coord.) (2015): «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *El Derecho: Noticias Jurídicas y Actualidad Jurídica*, Tribuna, 29 de octubre (<www.elderecho.com>).
- De las Heras Vives, L. (2015): «El recurso de apelación en el proceso contencioso-administrativo a la luz de la jurisprudencia española», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, pp. 806-825.
- Doménech Pascual, G. (2017): «Las tasas judiciales a juicio. Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, pp. 1-64.
- Domínguez Martín, M. (2016): «El sistema de justicia administrativa y la incidencia de los mecanismos administrativos de control en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: reforma y necesidades», en J. Agudo González (dir.), *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, Madrid, INAP, pp. 81-101.
- Fernández Farreres, G. (2015): «Sobre la eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el nuevo recurso de casación “para la formación de jurisprudencia”», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, pp. 93-131.
- Fernández Rodríguez, T.-R. (2018): «Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta», en *Revista de Administración Pública*, núm. 207, pp. 119-124.
- (2016): prólogo al libro de M. Á. Ruiz López, *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 17-21.
- Ferrando Marzal, M. (2000): «Recursos contra resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Especial referencia al de apelación», en Mariano Ayuso Ruiz-Toledo (dir.), *Puntos críticos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: especial referencia al procedimiento abreviado*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, pp. 209-280.
- Fresneda Plaza, F. (2006): «Juicio crítico del sistema de recursos», en F. J. Pueyo Calleja (dir.), *Diagnosis de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Perspectivas de futuro*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial IX-2005, pp. 209-291.
- Fuentes Gasó, J. R. (2019): «Aval del Tribunal Constitucional al recurso de casación autonómica», comunicación presentada al *XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, «20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo», Murcia, 8 y 9 de febrero de 2019, pp. 1-10 (<www.aepda.es>).
- García Castro, D. (2017): «El interés casacional objetivo como requisito único a acreditar en los escritos de preparación de recursos de casación ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo. Un análisis de la incipiente jurisprudencia de la Sala de Admisión del Alto Tribunal tras la entrada en vigor de la LO 7/2015», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109, pp. 469-493.
- García de Enterría, E. (2004): «La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, *Stone Court Shipping Company, S. A. c/España*, y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos. Una censura expresa a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

- Necesidad de una rectificación radical de las posiciones restrictivas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en cuanto al ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, pp. 169-195.
- Garrós Font, I. y Contreras Soler, B. (2016): «El rigor formalista del acceso al recurso de casación Contencioso-administrativo *versus* el derecho a la tutela judicial efectiva», en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, pp. 461-497.
- González López, A. (2018): *Manual práctico del recurso de casación contencioso-administrativo*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 318 pp.
- Herrera Castillo, J. (2018): «Capítulo XIII. Los recursos contra las resoluciones judiciales. Especial referencia al recurso de casación», en Judith Gifreu Font (dir.), *Litigación Administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 423-466.
- Hinojosa Martínez, E. (2018): *Los medios de impugnación en el proceso contencioso-administrativo*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 587 pp.
- (2016): *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Barcelona, Bosch, 335 pp.
- Huelin Martínez de Velasco, J. (2017): «La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos)», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 24, 2017, pp. 1-41.
- (2011): «La elevación del umbral para acceder a los recursos en el orden contencioso-administrativo como medida de agilización procesal. El caso particular del recurso de casación», en *Actualidad Administrativa*, núm. 21-22, 1 de diciembre, pp. 1-7.
- (2000): «Capítulo XVI. Los recursos», en *Influencia de la Ley de enjuiciamiento civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social*, Manuales de Formación Continuada 7, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 235-266.
- Huerta Garicano, I. (2018): «Los criterios de la Sección de admisión en orden a la admisión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 207, pp. 61-93.
- Iglesias Canle, I. C. (2016): *Recursos en el proceso contencioso-administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 318 pp.
- López Menudo, F. (2018): «El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 207, pp. 13-41.
- López Ramón, F. (1998): Recurso ordinario de apelación, comentario a los artículos 81 y 82, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, dedicado a: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», pp. 587-597.
- Lozano Cutanda, B. (2018): «Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo de un *ius puniendi* alternativo», en B. Pendás García (dir.), *España constitucional*

- 1978-2018. *Trayectoria y perspectivas*, tomo V, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 3773-3792.
- Mediavilla Cabo, J. V. (2016): «Los escritos de preparación e interposición del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, pp. 425-453.
- Montoya Martín, E. (2014): «Incidencia de la crisis económica sobre la justicia», en J. E. Soriano García (dir.) y M. Estepa Montero (coord.), *Por el derecho y la libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. I, *Garantías constitucionales y judiciales del ciudadano*, Madrid, Iustel, pp. 473-499.
- Núñez Jiménez, J. M. y Pérez García, M. L. (2017): *Estudio sobre el recurso de casación contencioso-administrativo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 316 pp.
- Parejo Alfonso, L. (2018): «Algunas reflexiones sobre la novedad del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 100, Monográfico Conmemorativo, pp. 339-355.
- Quintana Carretero, J. P. (2018): «El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo», en R. C. Cancio Fernández y L. M. Cazorla Prieto (dirs.), *El Interés Casacional Objetivo en su Interpretación Auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 293-323.
- Quintana Carretero, J. P. (coord.), Castillo Badal, R. y Escribano Testaut, P. (2016), *Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*, Madrid, Dykinson, 481 pp.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2018): «Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110-I, pp. 239-282.
- (2017): «El interés casacional objetivo según el Tribunal Supremo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 188, pp. 175-200.
- (2016): «El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-I, pp. 135-178.
- Recuerda Girela, M. Á. (2016): «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo y el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, pp. 107-150.
- Ruiz López, M. Á. (2017): «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo: primeras resoluciones, balance y perspectivas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 204, pp. 165-202.
- (2016): *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 260 pp.

- Santamaría Pastor, J. A. (2018): «La orientación legal acerca del interés casacional: excesos y defectos del artículo 88», en *Revista de Administración Pública*, núm. 207, pp. 43-59.
- (2015): «Una primera aproximación al nuevo sistema casacional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 198, pp. 11-42.
- (2010): *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Iustel, 1396 pp.
- Soldevila Fragoso, S. (2019): «El recurso de casación autonómico pasa con aprobado un examen de constitucionalidad», en *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 1 de febrero.
- Sospedra Navas, F. J. (2014): Capítulo XIV «El recurso de apelación», en A. Ezquerra Huerva y J. Oliván del Cacho (dirs.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 799-840.
- Velasco Caballero, F. (2018): «Cómo va quedando la casación contenciosa», Madrid, entrada en la web del Centro de investigación sobre Justicia Administrativa (<<http://cija-uam.org/>>).
- (2017): «Poderes del Tribunal Supremo en la casación contencioso-administrativa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, pp. 135-180.

COMUNICACIONES

¿EL HÁBITO HACE AL MONJE? SOBRE LAS NORMAS DE REPARTO DE ASUNTOS Y SU INCIDENCIA EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALOJAMIENTO COLABORATIVO

Alba Nogueira López

SUMARIO: 1. Las normas de reparto: ¿una cuestión gubernativa y no jurisdiccional? 2. A propósito de las normas de reparto en el TS y la asignación de asuntos de vivienda. Lo que no se nombra no existe. 3. Un reparto muy repartido. Bibliografía.

RESUMEN: La distribución de asuntos entre secciones de órganos judiciales de un mismo orden jurisdiccional responde a unas normas de reparto. Pese a que se ha considerado que esta cuestión es de naturaleza gubernativa y no afecta al derecho fundamental a un juez predeterminado, lo cierto es que la asignación de asuntos a las secciones puede condicionar la orientación de la respuesta judicial. Los sesgos derivados de una determinada sub-especialización pueden conducir a que en función de la asignación a una u otra sección se reflejen sensibilidades diversas. Este estudio de caso sobre la cuestión de la vivienda y el alojamiento colaborativo quiere señalar interrogantes sobre la naturaleza jurídica, alcance e incidencia en el comportamiento judicial de las normas de reparto.

PALABRAS CLAVE. normas de reparto, naturaleza jurídica, sesgos, comportamiento judicial, vivienda.

ABSTRACT: The distribution of cases between sections of judicial organs of the same jurisdictional order is governed by court business rules. Although this issue has been considered to have a governmental nature and does not affect the fundamental right to a predetermined judge, the allocation of cases to sections may condition the scope of the judicial response. The biases deriving from a particular sub-specialization may lead to different sensitivities being reflected depending on the assignment to one or another section. This case study on the

issue of housing and collaborative housing is intended to raise questions about the legal nature, scope and impact on judicial behaviour of distribution rules.

KEYWORDS: court distribution of business rules, legal nature, biases, judicial behavior, housing.

1. LAS NORMAS DE REPARTO: ¿UNA CUESTIÓN GUBERNATIVA Y NO JURISDICCIONAL?

La distribución de asuntos en los órganos colegiados de la jurisdicción contencioso-administrativa en que hay una pluralidad de secciones sigue una serie de reglas fijadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

LOPJ.

Artículo 152.

1. Las Salas de Gobierno, también las constituidas en régimen de Comisión, desempeñarán la función de gobierno de sus respectivos tribunales, y en particular les compete:

1.º Aprobar las normas de reparto de asuntos entre las distintas Secciones de cada Sala.

Artículo 159.

1. Los acuerdos de las Salas de Gobierno se llevarán a un libro de actas, que estará a cargo del Secretario de Gobierno y que no tendrá otra publicidad que la que se efectúe a instancia del que tenga un interés directo, legítimo y personal.

2. No obstante, a los acuerdos sobre normas de reparto entre Secciones y entre Juzgados de un orden jurisdiccional se les dará publicidad suficiente.

Artículo 160.

Los Presidentes tendrán las siguientes funciones:

9. Determinar el reparto de asuntos entre las Salas del Tribunal del mismo orden jurisdiccional y entre las Secciones de éstas de acuerdo con las normas aprobadas por la Sala de Gobierno.

LJCA.

Artículo 17.

1. La distribución de asuntos entre las diversas Salas de un mismo Tribunal, o entre las diversas Secciones de una misma Sala, será acordada

por la Sala de Gobierno del respectivo Tribunal, teniendo en cuenta la naturaleza y homogeneidad de la materia a que se refieren los recursos.

2. Idéntico criterio se tendrá en cuenta para la distribución de asuntos entre los diversos Juzgados de lo Contencioso-administrativo de una misma población. La aprobación corresponderá a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la Junta de Jueces de este orden jurisdiccional.

3. Los acuerdos sobre distribución de asuntos se adoptarán cada dos años y se comunicarán al Consejo General del Poder Judicial al solo efecto de su publicación, antes de la apertura de Tribunales, en el «Boletín Oficial del Estado» o en el de la Comunidad Autónoma, según corresponda.

En caso de resultar alterada la competencia de los distintos Juzgados con sede en un mismo partido judicial, de las diversas Salas de un mismo Tribunal o de las diversas Secciones de una Sala por razón de una nueva distribución de asuntos, de los procesos en tramitación continuará conociendo y fallará el órgano jurisdiccional que resultare competente al tiempo de la interposición del recurso, según los acuerdos entonces vigentes.

En síntesis, ambas normas regulan esto como una cuestión gubernativa y no jurisdiccional cuya competencia se atribuye a la Sala de Gobierno de los órganos colegiados, aunque en el caso de los juzgados unipersonales de lo contencioso la aprobación por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia va precedida por una propuesta de la Junta de Jueces de este orden jurisdiccional. Además de eso la LJCA establece una previsión de transitoriedad para los supuestos en que se produzcan cambios en los criterios de reparto fallando el órgano jurisdiccional que fuera competente al tiempo de la interposición del recurso.

Existen dos aspectos en que hay una ligera discrepancia entre la LOPJ y la LJCA, en los dos casos por una regulación más concreta de ésta última, que como *lex specialis* regiría preferentemente, aunque uno de ellos la divergencia se encuentra en la aplicación práctica de la norma. El primer aspecto en que la LJCA establece una previsión menos genérica es en relación con la publicidad debida de estos acuerdos. Mientras que la LOPJ se limita a requerir «publicidad suficiente» (art.159), la LJCA exige que se comuniquen «al Consejo General del Poder Judicial al solo efecto de su publicación, antes de la apertura de Tribunales, en el “Boletín Oficial del Estado” o en el de la Comunidad Autónoma, según corresponda» (art. 17). No obstante, el Reglamento 1/2000, de 26 de julio de 2000, de los órganos de gobierno de los tribunales que desarrolla la LOPJ también extiende la publicidad en el BOE a el TS, AN y TSJs¹.

¹ «Art. 12.6. A los acuerdos sobre normas de reparto entre Secciones y entre Juzgados de un orden jurisdiccional se les dará la publicidad suficiente. En todo caso serán puestos en conocimiento de los Colegios de Abogados y de Procuradores de su ámbito, así como, en el orden

Por otra parte, la previsión de la LJCA en relación con la cadencia bianual para la aprobación de las normas de reparto no tiene un correlato en la LOPJ. Podría entenderse que la previsión de la LJCA se refiere tan sólo a los órganos unipersonales, pues sistemáticamente se encuentra inmediatamente después de un apartado que se refiere a estos, y, además, la experiencia nos indica que los Acuerdos con las normas de reparto del TS se publican anualmente.

Pero la cuestión realmente relevante es la de la naturaleza jurídica de las normas de reparto y su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva. Las normas de reparto cumplirían una función de distribución equitativa y predecible de la carga de trabajo y asignación de asuntos de los órganos judiciales. Sin embargo, su naturaleza se ha desvinculado por el Tribunal Constitucional del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Así la STC de 24.4.2006 afirma: «pues bien, este Tribunal ha declarado reiteradamente, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, F. 2, que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, siendo, además, doctrina reiterada que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y *ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias* (SSTC 174/1993, de 27 de mayo; 6/1996, de 16 de enero, y 35/2000, de 14 de febrero, por todas; AATC 13/1989, de 16 de enero, y 113/1999, de 28 de abril, entre otros)» (la cursiva es nuestra).

Parece, por tanto, que el TC considera que esta no es una cuestión que afecte al derecho fundamental por su naturaleza gubernativa, si bien una aplicación «manifiestamente arbitraria» de éstas podría afectar a ese derecho fundamental. Moreno Catena y Cortés² se muestran críticos con esta jurisprudencia señalando que «deben mostrarse bastantes reservas a esta radical decisión de los altos Tribunales, que parece responder más bien a razones de depuración de su propio ámbito de conocimiento. En efecto, resulta dudoso desvincular las normas de reparto del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley si no se quiere caer en el reduccionismo de considerar salvaguardado el derecho sólo con que la LOPJ haya atribuido la com-

jurisdiccional social, de los de Graduados Sociales, para su difusión entre los profesionales y serán publicados en el tablón de anuncios del Tribunal y del Decanato de los Juzgados a que se refieran. Se publicarán en el Boletín Oficial del Estado los acuerdos relativos al reparto de asuntos entre las Secciones de las Salas del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional y entre las Salas y Secciones de los Tribunales Superiores de Justicia».

² Moreno Catena, C. (2005: 234-235).

petencia in genere a un tipo de tribunales, de modo que a la protección constitucional de ese derecho le resulten indiferente las consecuencias de una defectuosa aplicación de las normas de desarrollo». De hecho, la LEC (art. 68) contempla mecanismos de impugnación y posible nulidad por infracción de las normas de reparto.

2. A PROPÓSITO DE LAS NORMAS DE REPARTO EN EL TS Y LA ASIGNACIÓN DE ASUNTOS DE VIVIENDA. LO QUE NO SE NOMBRA NO EXISTE

Si bien es cierto que las normas de reparto tienen una finalidad de evitar «un cierto fraude de ley a través del direccionismo en el planteamiento de escritos por los justiciables, eligiendo no ya el órgano competente sino al concreto titular de la potestad jurisdiccional, es decir, al juzgado o sección competente»³, lo cierto es que cabe hacer una reflexión también sobre si la forma concreta de atribuir asuntos —las normas de reparto— no puede, también, provocar un cierto «direccionismo» en la respuesta judicial.

Las normas de reparto del Tribunal Supremo para la Sala de lo Contencioso para el presente año pueden servir como base para desarrollar esa hipótesis. Estas normas fueron aprobadas para la Sala Tercera por Acuerdo de 10 de enero de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 11 de diciembre de 2018, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, por el que se modifica la composición, funcionamiento y asignación de ponencias para el año judicial 2019 de la Sala Tercera (BOE de 18 de enero) y para el supuesto que proponemos tienen interés las previsiones en concreto que afectan a las secciones tercera y quinta⁴.

³ López, Arnaiz (2008, 4).

⁴ Sección Tercera:

Primero.—Recursos en única instancia, recursos de casación y cuestiones de ilegalidad que se refieran a actos o disposiciones generales que emanen de alguno de los Ministerios que a continuación se relacionan, de las Consejerías de las Comunidades Autónomas con iguales o similares competencias, cualquiera que fuere su denominación, o de las Corporaciones o Instituciones públicas vinculadas o dependientes de unos u otras:

1. Economía y Competitividad.
2. Fomento.
3. Industria, Energía y Turismo.
4. Hacienda y Administraciones Públicas.

Segundo.—Recursos en única instancia, recursos de casación y cuestiones de ilegalidad que se refieran a actos o disposiciones generales que emanen de alguno de los siguientes organismos reguladores y de supervisión o agencias estatales:

- Banco de España.
- Comisión Nacional del Mercado de Valores.

-
- Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.
 - Junta Arbitral regulada por la Ley Orgánica 3/1996, de modificación parcial de la Ley Orgánica 8/1980, de Financiación de las Comunidades Autónomas.
 - Agencia Española de Protección de Datos.
 - Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.
 - Consejo Económico y Social.
 - Instituto Cervantes.
 - Consejo de Seguridad Nuclear.
 - Consejo de Universidades.
 - Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.
 - Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
 - Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo.
 - Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.

Sección Quinta:

Primero.—Recursos en única instancia, recursos de casación, y cuestiones de ilegalidad que se refieran a actos o disposiciones generales en las materias que a continuación se detallan:

1. Urbanismo y ordenación del territorio.
2. Medio Ambiente.
3. Expropiaciones.
4. Responsabilidad patrimonial y responsabilidad patrimonial del Estado legislador.
5. Autorizaciones y licencias relativas al desarrollo de actividades comerciales e industriales, incluidas las autonómicas, para grandes centros y áreas comerciales.
6. Dominio público marítimo-terrestre, aguas, montes, minas y vías pecuarias.

Segundo.—Recursos en única instancia, recursos de casación y cuestiones de ilegalidad que se refieran a actos o disposiciones generales que emanen de alguno de los Ministerios que a continuación se relacionan, de las Consejerías de las Comunidades Autónomas con iguales o similares competencias, cualquiera que fuere su denominación, o de las Corporaciones o Instituciones públicas vinculadas o dependientes de unos u otras:

1. Justicia (incluida nacionalidad).
2. Interior (incluidos los asuntos de Extranjería y Asilo).
3. Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

(...)

2. El reparto de asuntos entre las Secciones Segunda a Quinta es preferente cuando tiene lugar por razón de la materia y residual cuando viene determinado por Departamentos ministeriales, Consejerías o Corporaciones o Instituciones públicas vinculadas o dependientes de unos u otras.

Esto, no obstante, en el supuesto contemplado en la regla Primera, apartado 8.b), los recursos admitidos se repartirán a la misma Sección de enjuiciamiento a la que le corresponda el recurso primeramente admitido.

3. Cuando se trate de asuntos relativos a actos o disposiciones generales que emanen del Consejo de Ministros, de una Comisión Delegada de este o del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, se entenderá que el reparto debe hacerse a la Sección que tenga atribuido el Departamento ministerial o la Consejería cuyo titular hubiera propuesto la aprobación del acto o disposición general de que se trate, y, si fueren varios, el reparto se discernirá en función del Ministerio o Consejería que figure en la propuesta en primer lugar. No obstante, si el proyecto de acto o disposición hubiese sido elaborado por un Ministerio o Consejería distinto del que efectúe la propuesta, el reparto tendrá lugar teniendo en cuenta el Departamento que elaboró el proyecto.

El reparto sigue fundamentalmente dos tipos de criterios, uno material y uno orgánico, siendo este último residual con respecto al primero. Las distintas secciones conocen en función de una serie de títulos materiales y subsidiariamente se asignan asuntos por el órgano/organismo administrativo en el que tiene origen el acto o disposición recurrida («2. El reparto de asuntos entre las Secciones Segunda a Quinta es preferente cuando tiene lugar por razón de la materia y residual cuando viene determinado por Departamentos ministeriales, Consejerías o Corporaciones o Instituciones públicas vinculadas o dependientes de unos u otras»).

Pues bien, ¿que sección debería conocer de asuntos relacionados con la vivienda y/o el alojamiento colaborativo que no tengan una naturaleza civil? Un examen del Acuerdo de 10 de enero de 2019 permite apreciar que vivienda no es una materia. Como decía George Steiner: lo que no se nombra no existe. Esta omisión puede obedecer a causas diversas, incluso lógicas o justificables, pero esa invisibilización es significativa en si misma.

Una primera explicación plausible puede ser la del reducido número de asuntos de esta naturaleza que llegan al TS o a que muchos de ellos puedan corresponder al orden jurisdiccional civil. Es difícil aventurar si esto es así porque ni los buscadores oficiales de sentencia permiten realizar un análisis estadístico usando esa palabra clave, ni los destacables estudios que cuantifican la tipología de asuntos que conoce la jurisdicción contencioso-administrativa⁵ han usado este parámetro, probablemente por la ausencia de referencias en las que apoyarse. Sin embargo, ese olvido de esta materia también puede parecer sorprendente dada la correspondencia del índice material de reparto con los títulos competenciales constitucionales y la existencia de menciones a materias de muy escasa entidad y limitada litigiosidad ante el TS, como son las vías pecuarias.

El debate sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, realmente sobre la dificultad de su defensa judicial derivada de que no se consideran derechos subjetivos sino prestacionales, también puede explicar su ausencia. Hay argumentos sólidos que defienden que esto tiene un sesgo ideológico y no responde a una dificultad «congénita» de estos derechos para conseguir un reconoci-

4. Las referencias que se hacen en los apartados anteriores a actos y disposiciones generales incluyen la inactividad, las actuaciones constitutivas de vía de hecho y los decretos legislativos en los términos que establece el artículo 1.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

5. Para el conocimiento de las cuestiones de ilegalidad que se planteen ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo será competente la Sección que corresponda en atención a la materia u órgano de procedencia del acto impugnado según lo dispuesto en el apartado 1 de esta regla segunda.

⁵ S. Díez Sastre (2018).

miento completo dotado de garantías jurídicas plenas⁶. O incluso estudios que apuntan la «exigencia constitucional de que el incumplimiento lesivo de la norma jurídico-administrativa abra un proceso del que resulte protección judicial plena con independencia de la finalidad que aquella norma persigue»⁷. Pero también autores que entienden que precisamente la revisión judicial «suave» pueden ser más acorde con la naturaleza de los derechos sociales permitiendo que se acojan interpretaciones razonables y cambiantes en función de las mayorías democráticas⁸.

Una última explicación a esa escasa visibilidad de la vivienda como asunto litigioso ante la Sala Tercera del TS podría derivarse de los costes inherentes a unos procesos judiciales que afectan a personas con pocos recursos económicos para sostener esos procesos, sin que se hayan ensayado soluciones, como las que apunta Doménech, menos uniformizadoras de los costes de acceso a la justicia⁹.

3. UN REPARTO MUY REPARTIDO

La inexistencia de la materia vivienda en las normas de reparto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene como consecuencia que los asuntos sobre esta materia se encuentren repartidos entre las distintas secciones bien porque se clasifican con otros parámetros materiales, bien porque se clasifican por criterios de procedencia orgánica de los recursos. Si examinamos los asuntos de 2018 vemos que algunos recaen en la Sección Quinta por su conexión con la materia urbanística, otros en la Sección Segunda porque resuelven cuestiones de fiscalidad o de ayudas a la vivienda y otros en la Sección Tercera por su conexión con turismo —alojamiento turístico— y/o porque el recurrente es la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Este tratamiento disperso contribuye a desdibujar el perfil de la vivienda como problema jurídico relevante. Eventualmente podría tener también consecuencias en el tipo de respuesta judicial que recibe.

Tomemos el supuesto del denominado alojamiento colaborativo. Por el momento han llegado al Tribunal Supremo varios recursos en casación contra normas autonómicas que regulaban esta modalidad de alojamiento turístico. De todos ellos ha conocido la Sección Tercera¹⁰ y en el futuro conocerá algu-

⁶ M. Vaquer Caballería (2011: 43); J. Ponce Solé (2017: 28).

⁷ L. Medina Alcoz (2016: 275).

⁸ M. Tushnet (2008: 264). Un argumento el del principio democrático que también defiende contra el «blindaje estatutario» de derechos sociales J. M. Rodríguez Santiago (2017).

⁹ G. Doménech Pascual (2017: 38).

¹⁰ STS 4084/2018, de 10 de diciembre, sobre el Decreto 79/2014 de la Comunidad de Madrid y STS 4210/2018, de 19 de diciembre sobre el mismo decreto; STS 4384/2018, de 12 de diciembre, sobre el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, de Canarias.

nos más que ya tienen un Auto de admisión en el que se asignan a esa Sección¹¹. Con ligeras variaciones básicamente todas las normas autonómicas regulaban esta cuestión con las herramientas clásicas del Derecho del Turismo (clasificación, registro, exigencia de unos requisitos de equipamiento, información al público) acompañados de condicionantes para preservar ese carácter de alojamiento no habitual relacionados con el número de pernoctas y el alquiler de la totalidad o no del alojamiento. La mala factura jurídica de estos Decretos que, innecesariamente, usan de forma mayoritaria argumentos de competencia desleal con el sector hotelero¹² ha provocado sucesivos recursos tanto de empresarios del sector como, fundamentalmente, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los que el Tribunal Supremo ha puesto principalmente el foco en la compatibilidad de estas previsiones con la Ley de Garantía de Unidad de mercado y las normas de aplicación de la Directiva de Servicios, correspondiendo, su conocimiento a la Sección tercera.

Sin embargo, en el caso del ATS 1827/2018¹³, el gobierno de Canarias usaba como principal argumento en casación que «la limitación de la actividad de vivienda vacacional se fundamenta en razones territoriales y ambientales, atendiendo a un uso racional del recurso natural del suelo (artículo 45 CE) y al principio de desarrollo sostenible» pese a lo cual también se envía a la Sección Tercera y no a la Quinta. La posterior STS 4384/2018 sobre este Decreto canario considera que dado que en el «procedimiento de elaboración no se explicita ninguna razón imperiosa de interés general de las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre», entonces «la invocación ulterior, en fase procesal, de razones imperiosas de interés general vinculadas a la ordenación del territorio y al urbanismo, resulta insuficiente, en la medida que no estimamos convincente la explicación ofrecida respecto que la prohibición contemplada referida a la comercialización de viviendas vacacionales en zonas turísticas tenga como finalidad preservar el uso racional de suelos reservados a desarrollos turísticos, según la planificación del territorio».

También puede ser discutible el encuadramiento en la Sección Tercera del recurso fallado en la STS 4210/2018 puesto que las cuestiones debatidas son en su mayoría de naturaleza urbanística (cédula de habitabilidad, plano de la vivienda firmado por técnico competente) y otra es una discusión relacionada con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

¹¹ ATS 10906/2018, de 15 de octubre, recurso de casación de la CNMV sobre el Decreto 12/2017, de 26 de enero, del Consello de Gobierno de la Xunta de Galicia; ATS 10908/2018, de 15 de octubre, en un recurso de casación de la CNMC sobre el Decreto 3/2017, de 16 de febrero, del Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León.

¹² A. Nogueira López (2018).

¹³ ATS 1827/2018, de 5 de marzo, recurso de casación del gobierno canario contra la STSJ sobre el Decreto 113/2015, de 22 de mayo.

En el futuro podrían llegar al TS impugnaciones de otras normas sobre alojamiento colaborativo que usan esencialmente técnicas urbanísticas (ej. Zonificación en Barcelona) con la finalidad de garantizar un medio ambiente urbano sostenible y el derecho a la vivienda. ¿Corresponderán estos asuntos a la Sección Quinta? ¿Si el recurrente es la CNMC prevalecería el criterio orgánico, residual, sobre el material (urbanismo y medio ambiente)? ¿Tiene sentido que asuntos de una misma naturaleza se conozcan por secciones diversas?

Pero, sobre todo, cabría hacer una reflexión sobre si la asignación a una u otra sección puede hacer más predecibles los resultados en una u otra dirección como consecuencia de una especialización que provoca que los magistrados se familiaricen preferentemente con sectores del ordenamiento siendo menos proclives a admitir argumentos que provengan de otros ámbitos del ordenamiento¹⁴. ¿El hábito hace al monje? Un examen de la jurisprudencia del TS nos indica, por ejemplo, que el principio de desarrollo sostenible se usa ahora como parámetro de enjuiciamiento de la planificación urbanística, pero no se ha usado (ni mencionado) por la Sección tercera, por ejemplo, en el asunto del alojamiento colaborativo de Canarias pese a haber sido alegado por los recurrentes.

En España no se realizan estudios sobre lo que los estadounidenses han denominado «judicial behaviour», pero las ciencias de la conducta aportan aproximaciones interesantes en relación con variables ideológicas, personales, de condiciones del entorno que influyen en la respuesta judicial¹⁵. Las herramientas de *big data* podrán multiplicar la explotación de esas variables de forma que las estrategias procesales podrían estar determinadas por la proclividad de los órganos judiciales a adoptar respuestas con un sesgo determinado.

En definitiva, aunque el TC haya señalado que esta es una cuestión gubernativa sin trascendencia para el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, podría argumentarse que el reparto de asuntos si que puede tener efectos en la decisión judicial que se obtiene y en la mayor o menor posibilidad de que determinados argumentos sean aceptados por los órganos jurisdiccionales. La inexistencia de estudios empíricos al respecto¹⁶ no permite plantearlo más que en términos de hipótesis, pero el uso del *big data* para extraer

¹⁴ Una reflexión al respecto de los efectos, sesgos o pérdida de diversidad que pueden derivarse de la especialización en G. Doménech Pascual, Juan S. Mora-Sanguinetti (2015)

¹⁵ Sirvan como ejemplo: Chen, D. L. (2018; Guthrie, C.s; Rachlinski, J. J.; and Wistrich, A. J. [2009; Baum, Lawrence (2009)].

¹⁶ Si existen ya, en cambio, algunas primeras aproximaciones desde nuestra disciplina a sus implicaciones. *Vid.* Amoedo Souto, C.-A.o (2018); Cerrillo i Martínez, A. y Xalabarder Plantada, R. (2018) o el completo número coordinado por A. Boix Palop y L. Cotino «Derecho Público, derechos y transparencia ante el uso de algoritmos, inteligencia artificial y big data» en el número 50/2019 de la Revista General de Derecho Administrativo.

patrones de conducta en sentencias ya empieza a ser objeto de comentario en publicaciones dirigidas a los despachos de abogados¹⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- Amoedo Souto, C.-A. (2018), «De las neurociencias al Neuroderecho: perspectivas de regulación jurídica del cerebro», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 78, pp. 42-51.
- Baum, L. (2009), «Probing the effects of judicial specialization», *58 Duke Law Journal*.
- Boix Palop, A. y Cotino, L. (coords.) (2019), «Derecho Público, derechos y transparencia ante el uso de algoritmos, inteligencia artificial y big data. Análisis Monográfico», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 50.
- Cerrillo i Martínez, A. y Xalabarder Plantada, R. (2018), «El impacto del derecho en el uso de las tecnologías del lenguaje en las administraciones públicas», *Revista de llengua i dret*, 70, pp. 17-30.
- Chen, D. L. (2018), «Judicial Analytics and the Great Transformation of American Law», nber.org/~dichen/papers/Judicial_Analytics_and_the_Great_Transformation_of_American_Law.pdf
- Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (2005), *Introducción al Derecho Procesal*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- Díez Sastre, S. (dir.) (2018), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018*, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid (CIJA-UAM).
- Doménech Pascual, G.I. «Las tasas judiciales a juicio. Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio», *InDret* 1/2017.
- Doménech Pascual, G. y Mora-Sanguinetti, J. S. (2015), «El mito de la especialización judicial», *InDret* 1/2015.
- Guthrie, C.; Rachlinski, J. J. and Wistrich, A. J. (2009), «The “Hidden Judiciary”: An Empirical Examination of Executive Branch Justice», *58 Duke Law Journal*.
- López Jiménez, R. y Arnaiz Serrano, A. (2008), «Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. El reparto de asuntos: Arts. 68 a 70 LEC», *Indret*, n.º 2.
- Medina Alcoz, L. (2016), *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons.

¹⁷ <https://retina.elpais.com/retina/2017/05/23/innovacion/1495559127_628083.html>.
<<https://www.icagr.es/noticias/detalle/2041>>.
<<https://confi legal.com/20170412-la-tecnologia-puede-predecir-el-resultado-de-las-sentencias-dependiendo-quien-sea-el-juez-o-tribunal/>>.

- Nogueira López, A. (2018), «Las competencias sobre el alojamiento colaborativo. Entre el “derecho a la ciudad”, la garantía de la vivienda y la *dura lex* económica», en Boix Palop, A. y De la Encarnación, A. M., *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*, Aranzadi.
- Ponce Solé, J. (dir.) (2017), *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Aranzadi.
- Rodríguez Santiago, J. M. (2017), «Ya no es lo que era. La euforia por declarar derechos en los Estatutos de Autonomía» (<<https://almacenederecho.org/ya-no-lo/>>).
- Tushnet, M. (2008), *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton University Press.
- Vaquero Caballería, M. (2011), *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Iustel.

EL IMPACTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ACCESO AL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL AMBIENTAL

Alexandre Peñalver i Cabré

SUMARIO: I. Introducción. II. El papel del legislador y de la jurisprudencia en la configuración del acceso a la justicia en medio ambiente. III. Fundamentos del acceso a la justicia en medio ambiente. IV. ¿Quién puede acceder a la justicia para proteger el medio ambiente? A) Capacidad de los grupos sin personalidad jurídica. B) Legitimación activa. D) Barreras económicas. Bibliografía.

RESUMEN: El derecho de la UE sobre acceso a la justicia en medio ambiente y la jurisprudencia del TJUE exigen al Estado español reformas legislativas y un mayor activismo de los tribunales para una visión más amplia de la capacidad, la legitimación y la superación de barreras económicas.

PALABRAS CLAVE: Derecho ambiental de la UE, Convenio de Aarhus, acceso a la justicia, legitimación, barreras económicas.

ABSTRACT: EU Law on Access to justice on environment matters and the jurisprudence of the TJUE demand legislative reforms and a greater activism from the courts in Spain to get a wider vision for capacity to sue, standing and to solve economic barriers.

KEYWORDS: Environment EU Law, Aarhus Convention, Access to justice, Standing, Economic barriers.

I. INTRODUCCIÓN¹

El derecho de la Unión Europea (UE) se ha preocupado del acceso a la justicia en medio ambiente y, especialmente, tras el Convenio internacional sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental de 25 de junio 1998 («Convenio de Aarhus»). A continuación, hago algunas reflexiones sobre las características más relevantes del derecho de la UE sobre esta temática y su impacto en el contencioso-administrativo español. Me centro en el rol del legislador y de los tribunales y en los fundamentos del acceso a la justicia en medio ambiente para determinar quién puede acceder a la justicia (capacidad, legitimación y barreras económicas). Dejo fuera otras cuestiones igual de relevantes como, por ejemplo, pretensiones, medidas cautelares, ejecución de sentencias y duración del proceso.

II. EL PAPEL DEL LEGISLADOR Y DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN MEDIO AMBIENTE

La normativa de la UE y la española sobre acceso a la justicia en medio ambiente tiene un punto en común que es el Convenio de Aarhus por cuanto la UE y España son partes del mismo². Su consideración de tratado internacional mixto, por referirse a una materia compartida entre la UE y los estados como es el medio ambiente (art. 4.2.e TFUE), comporta que, según la configuración de las competencias compartidas de la UE (art. 2.2 y protocolo 25 TFUE), su desarrollo normativo corresponda a la UE de forma muy amplia, siempre que se respeten los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Mientras los estados pueden aprobar normativa sobre el espacio que les reste.

A pesar del amplio ámbito que tiene la UE para desarrollar el Convenio de Aarhus, se ha limitado a aprobar algunas directivas ambientales³ que contienen

¹ Esta comunicación se ha realizado en el marco de la Cátedra Jean Monnet de Derecho ambiental de la UE y del Instituto Transjus de la Facultat de Dret de la UB.

² Decisión del Consejo de la Comunidad Europea 2005/370, de 17 de febrero, de ratificación del Convenio (DOCE L 124, de 17 de mayo de 2005) e Instrumento de ratificación del Estado español depositado el 29 de diciembre de 2004 (BOE 40, 16 de febrero de 2005).

³ Básicamente, Directiva 2003/4, de 28 de enero, relativa al acceso al público a la información ambiental (art. 6); Directiva 2010/75, de 24 de noviembre, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación (versión refundida) (art. 25); Directiva 2011/92, de 13 de diciembre, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (texto codificado) (art. 11) y Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad ambiental con relación a la prevención y reparación de daños ambientales (art. 12 y 13).

una mínima regulación sobre acceso a la justicia reproduciendo, básicamente, el Convenio⁴. La Comisión se empeñó en aprobar una normativa general sobre acceso a la justicia en medio ambiente presentando la propuesta de Directiva 2003/246, de 24 de octubre de 2003 sobre acceso a la justicia en materia de medio ambiente [COM (2003) 624final], si bien su tramitación quedó paralizada por la oposición de bastantes estados. Al cabo de una década, la Comisión redobló sus esfuerzos para desbloquearla encargando diversos estudios a académicos⁵, llegando a obtener la posición favorable del Parlamento Europeo y del Comité de las Regiones⁶. Pero la persistente posición contraria de algunos estados impidió que se aprobara. Finalmente, la Comisión retiró en 2014 esta propuesta de normativa y aprobó la Comunicación relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental de 28 de abril de 2017 (2017/C 275/01) cuya finalidad principal es recoger y sistematizar la jurisprudencia del TJUE que cuenta con aportaciones novedosas sobre la interpretación del Convenio de Aarhus y del derecho de la UE sobre acceso a la justicia en medio ambiente y, por tanto, se reconoce un papel principal al TJUE⁷.

En España, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, lamentablemente, se limitó a hacer una casi total remisión a la LJCA (art. 20)⁸. De esta manera, resulta de aplicación la normativa procesal general y del contencioso-administrativo que no siempre da respuesta a las necesidades que reclama la tutela ambiental. Vemos, pues, que tanto el derecho de la UE como el español han aprobado una normativa sobre acceso a la justicia ambiental muy limitada que no satisface las necesidades de desarrollo normativo que plantean el Convenio de Aarhus y los objetivos de la UE en medio ambiente. Ante esta dejadez del legislador europeo y español, planteo que la jurisprudencia española, como hace el TJUE, asuma un papel más relevante para perfilar el acceso a la justicia ambiental a través de su función interpretadora. Obviamente, soy consciente de las limitaciones que la misma conlleva y que no puede sustituir al legislador.

⁴ Sobre la normativa de la UE relativa al acceso a la justicia en medio ambiente y la influencia del Convenio de Aarhus, entre otros, A. García Ureta (2005: 63-88); A. M., Moreno Molina (2006: 239-244 y 258-263) y A. Peñalver i Cabré (2008: 352-374 y 2016: 207-244).

⁵ Estos estudios, fácilmente accesibles en la página web de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión, destacaron la gran diversidad de los derechos internos y la urgencia de dicha directiva para que, respetando el principio de subsidiariedad, estableciera unos criterios mínimos para cumplir con el Convenio de Aarhus.

⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de abril de 2012 [2011/2194(INI)] y Dictamen del Comité de las Regiones de 30 de noviembre de 2012 (2013/C 17/07).

⁷ Comunicación 2017/C 275/01 (ap. 9 y 10). Sobre la situación tras la fracasada propuesta de Directiva, L. Krämer (2018: 19-20) y L. Ruiz de Apodaca Espinosa (2018: 6-12).

⁸ Con la única novedad de establecer un nuevo supuesto de la legitimación por habilitación legal para determinadas entidades a las cuales se les otorga el derecho a la justicia gratuita (art. 22 y 23).

Cabe destacar tres niveles normativos de la UE sobre los cuales actúa la interpretación de la jurisprudencia del TJUE⁹. Primer nivel, el derecho originario de la UE en relación al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 19.1 TUE y art. 47.1 CDFUE) y al derecho al medio ambiente (art. 37 CDFUE). Segundo nivel, el Convenio de Aarhus en lo que concierne a principios generales como, por ejemplo, la efectividad de la tutela judicial y de amplio acceso a la justicia (art. 3.1 y 9.4) y el fomento de las ONG ambientales (art. 2.5, 3.4 y 9.2), así como también a aspectos específicos relativos a la legitimación (art. 2.5 y 9.1 a 9.3) y a las barreras económicas (art. 9.3 y 9.4)¹⁰. Y tercer nivel, el derecho derivado de la UE (en especial, las directivas ambientales antes mencionadas). Dichos tres niveles también tienen su correspondencia en el derecho español¹¹. Este enfoque conlleva dos consecuencias importantes para los tribunales españoles: a) deben conocer y aplicar las interpretaciones del TJUE, y b) deben asumir también su rol de juez europeo ordinario y atreverse a hacer interpretaciones conformes al derecho de la UE y, en caso de dudas, plantear cuestiones prejudiciales al TJUE, sin perjuicio, en virtud del principio de primacía, de inaplicar la legislación española que consideren contraria a preceptos del derecho de la UE que tengan efecto directo¹².

III. FUNDAMENTOS DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN MEDIO AMBIENTE

El acceso a la justicia ambiental en el derecho de la UE persigue dos finalidades principales que otorgan al público y a las ONG un papel básico en la protección del medio ambiente¹³: a) proteger el derecho humano al medio ambiente ya sea como situaciones jurídicas subjetivas (interés suficiente) u

⁹ Comunicación 2017/C 275/01 (ap. 17-30).

¹⁰ Sobre el Convenio de Aarhus como parámetro de interpretación de la legislación ambiental, J. A. Razquín Lizarraga y A. L. Ruíz de Apodaca Espinosa (2007: 53-54); E. Alonso García (2008: 78); E. Salazar Ortuño y F. Sanchis Moreno (2007: 90) y A. Peñalver i Cabré (2016: 208-210).

¹¹ Primero, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), los derechos constitucionales al medio ambiente (art. 45 CE), el principio de igualdad material (no solamente formal) y de participación real y efectiva (art. 9.2), el control judicial pleno de la actuación administrativa (art. 103.1 y 106.1 CE) y la gratuidad de la justicia cuando esté previsto en una Ley o cuando no se disponga de suficientes recursos (art. 119 CE). Segundo, el Convenio de Aarhus porque España es parte del mismo. Y tercero, la legislación ambiental y procesal española.

¹² En este sentido, la Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01 (ap. 17 y 94). Sobre los tribunales estatales como jueces ordinarios para aplicar el derecho ambiental de la UE, entre otros, L. Krämer (2012: 396-398 y 2014: 247-248).

¹³ Según la STJUE 11 de abril de 2013 (C-260/11, Edwards y Pallikaropoulos), «los particulares y las asociaciones deben desde luego desempeñar un papel activo en la defensa del medio ambiente» (ap. 40).

objetivas (interés público con participación pública) (art. 37 CDFUE), y b) se pone especial énfasis en garantizar la aplicación de la legislación ambiental siendo uno de los nueve objetivos prioritarios de la UE para el 2020¹⁴ y, así, impedir que el medio ambiente continúe siendo el sector con más procedimientos de infracción¹⁵. Esta doble finalidad la recoge también el Convenio de Aarhus¹⁶. En cambio, en el derecho español prevalece la finalidad de protección del derecho humano al medio ambiente en su vertiente subjetiva (interés legítimo colectivo) y objetiva (interés público con participación pública). A pesar de reconocer esta vertiente objetiva, se presta menos atención a la otra finalidad de aplicación de la legislación ambiental¹⁷. Quizá por ello España suele tener el lamentable honor de subir al pódium de los estados más incumplidores del derecho ambiental de la UE¹⁸. Se demuestra que todavía seguimos anclados en una cultura jurídica más centrada en la aprobación de las normas que en su aplicación. Por tanto, el derecho ambiental de la UE obliga a España a reforzar el acceso a la justicia como mecanismo de garantía de la aplicación de la legislación ambiental.

Para conseguir estas finalidades, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión (art. 19.1 TUE y 47 CDFUE) exige que el acceso a la justicia ambiental sea efectivo y real. De ahí el TJUE ha derivado los siguientes principios que modulan la autonomía procesal de los Estados miembros: efectividad (no hacer, en la práctica, imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión); equivalencia (tanto los titula-

¹⁴ Decisión 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013 relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020. Su objetivo 4 es «maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la Unión mejorando la aplicación» exigiendo que «los ciudadanos de la Unión tendrán un acceso efectivo a la justicia en asuntos ambientales y a una tutela judicial efectiva, de acuerdo con el Convenio de Aarhus y las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa y la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». También la Comunicación de la Comisión «Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación» 2017/C 18/02 y, la ya citada, Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01 (ap. 2, 12, 16, 18 y 31 a 57).

¹⁵ Informe de la Comisión: «Control de la aplicación del Derecho de la Unión Europea —Informe Anual de 2016—», de 6 de julio de 2017 [COM(2017) 370 final (p. 31)].

¹⁶ La exposición de motivos exige que «el público, incluidas las organizaciones, tengan acceso a mecanismos judiciales eficaces para que los intereses legítimos estén protegidos y para que se respete la ley».

¹⁷ Siendo una buena muestra de ello que no figure ninguna referencia explícita en la Ley 27/2006 ni se elabore ningún informe sobre el estado de aplicación de la legislación ambiental.

¹⁸ Según el citado Informe de la Comisión de 6 de julio de 2017, España era el estado con más procedimientos de infracción del derecho de la UE abiertos a finales de 2016 con un total de 91 (p. 30). Aumentando a 93 a finales de 2017 y siendo el medio ambiente el sector con más nuevos procedimientos de infracción («Monitoring of Application of Union Law 2017, Annual Report —Part III: Member States—», p. 59)

res de derechos individuales como de intereses colectivos deben poder acceder a la justicia) y amplio acceso a la justicia¹⁹. También la efectividad es uno de los elementos centrales del Convenio de Aarhus en los tres recursos previstos (art. 9.4) y de nuestro marco constitucional²⁰. Pero falta que la normativa española se acomode al mismo y que la jurisprudencia sea más atrevida a su favor²¹.

IV. ¿QUIÉN PUEDE ACCEDER A LA JUSTICIA PARA PROTEGER EL MEDIO AMBIENTE?

A) CAPACIDAD DE LOS GRUPOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

A menudo los actores que intervienen en los conflictos ambientales no son personas físicas o jurídicas, sino grupos sin personalidad jurídica. Siguiendo el art. 2.4 del Convenio de Aarhus, las directivas ambientales mencionan dichos grupos, pero se remiten al derecho interno para el reconocimiento de su capacidad²². En cambio, dicha capacidad se ha admitido en los recursos ante el TJUE contra los actos administrativos de las instituciones u organismos de la UE²³ y, en ocasiones, por la jurisprudencia del TJUE haciendo interpretaciones amplias de la noción persona jurídica²⁴. En todo caso los fundamentos del acceso a la justicia en medio ambiente son de utilidad también para que los estados adopten una posición favorable a estos grupos²⁵. En particular, son importantes en el contencioso-administrativo español porque el art. 18 LJCA sigue la concepción tradicional de limitar la capacidad para ser parte a los sujetos que tengan personalidad jurídica y admitirla, de forma excepcional y previo reconocimiento per una Ley, a entes sin personalidad jurídica. Como la Ley 27/2006 obvió esta cuestión, sería deseable una reforma de la misma para que reconociera la capacidad de los grupos sin personalidad jurídica en medio

¹⁹ Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01 (ap. 21, 22, 155 y 156).

²⁰ La efectividad de la tutela judicial tiene su fundamento claro en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y en el control judicial pleno de la actuación administrativa (art. 103.1 y 106.1 CE)

²¹ Entre otros, J. Jordano Fraga (2007: 137-139) y A. Peñalver i Cabré (2016: 106-110 y 203-204).

²² Directiva 2003/4 (art. 2.6), Directiva 2010/75 (art. 3.16) y Directiva 2011/92 (art. 1.d).

²³ Art. 2.2 del Reglamento 1367/2006 del Parlamento y del Consejo de 6 de septiembre relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

²⁴ Conforme a esta normativa y a la jurisprudencia del TJUE, el Código ReNEUAL propone el reconocimiento de los grupos sin personalidad jurídica a partir de la definición de persona en el art. I.4.6 (O. Mir, H, Hofmann, H, JP. Schneider, J. Ziller, J *et al.*, 2015).

²⁵ Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01 (ap. 84) y UNECE (2014: 55).

ambiente. Mientras tanto planteo que, en base al derecho de la UE, a nuestros postulados constitucionales (art. 9.2 y 24.1 CE) y a la aplicación supletoria de la LEC en el proceso contencioso-administrativo (DF 1.^a LJCA y art. 4 LEC), sería posible admitir en sede contencioso-administrativa los grupos sin personalidad jurídica previstos directamente en el art. 6 de la LEC y hacer una interpretación favorable de los mismos para garantizar el acceso a la justicia ambiental²⁶.

B) LEGITIMACIÓN ACTIVA

Como hemos visto, son pocas las directivas ambientales que contemplan la legitimación activa e, incluso, en estos casos, contienen remisiones importantes al derecho interno. Pero del derecho de la UE se pueden extraer tres ideas clave que limitan la autonomía procesal de los estados: a) los fundamentos del derecho de la UE sobre el acceso a la justicia en medio ambiente deben ser tenidos en cuenta por los estados para determinar la legitimación activa en cualquier sector ambiental²⁷ e, incluso, en determinados casos los tribunales deben admitirla aun cuando no esté prevista por la normativa interna²⁸; b) cualquiera de los criterios internos debe ser coherente con los principios de efectividad, equivalencia y amplio acceso a la justicia²⁹, y c) las ONG tienen un rol principal para exigir la protección del medio ambiente ante los tribunales³⁰. A continuación, examinamos los diversos aspectos de legitimación.

La legitimación activa por interés legítimo colectivo ambiental está prevista por las directivas ambientales que, siguiendo los art. 2.5 y 9.2 del Convenio

²⁶ A. Peñalver i Cabré (2016: 546-549 y 2017: 154-166).

²⁷ Según la Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01, «la mayor parte del Derecho derivado de la UE en materia medioambiental carece de disposiciones expresas sobre acceso a la justicia, incluida la legitimación activa. Sin embargo, a pesar de dicha carencia de disposiciones legislativas expresas, los requisitos relacionados con la legitimación activa deben ser interpretados a la luz de los principios establecidos en la jurisprudencia del TJUE» (ap. 39). Más concretamente, se refiere a «los requisitos establecidos en el artículo 9, apartado 3, del Convenio de Aarhus, el artículo 19, apartado 1, del TUE, y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales» (ap. 90).

²⁸ La citada Comunicación de la Comisión afirma que «los Estados miembros están obligados a ofrecer legitimación activa para garantizar el acceso a un recurso efectivo para la protección de los derechos procesales y sustantivos conferidos por la legislación medioambiental de la UE incluso en los casos en que esta no contenga disposiciones específicas sobre la materia» (ap. 93).

²⁹ Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01 (ap. 103-105).

³⁰ La Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01 reconoce que «Las ONG de protección del medio ambiente desempeñan un papel importante a la hora de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la legislación medioambiental de la UE y disfrutan de amplios derechos para proteger el medio ambiente que los órganos jurisdiccionales nacionales deben defender» (ap. 37).

de Aarhus, exigen alegar un interés suficiente o la lesión de un derecho remitiéndose al derecho interno su definición³¹. Pero fijan dos criterios muy importantes que el derecho interno debe respetar: a) hacer una interpretación amplia del acceso a la justicia y, por tanto, de lo que sea derecho e interés suficiente, y b) son titulares de un interés suficiente al medio ambiente las ONGs que tengan por finalidad la protección del medio ambiente y cumplan con los eventuales requisitos previstos por el derecho estatal³². También esta legitimación ha sido interpretada de forma favorable al acceso a la justicia por el TJUE³³. Ello permite reforzar la legitimación, bien arraigada en la jurisprudencia española, de las ONGs por interés legítimo colectivo para evitar interpretaciones restrictivas de la relación entre los fines estatutarios y el objeto del proceso³⁴. Además, impide algunas interpretaciones jurisprudenciales aisladas y doctrinales minoritarias que restringen la legitimación activa ambiental sólo por habilitación legal³⁵. Con más motivo, neutraliza otras recientes posiciones doctrinales, aún más minoritarias, que abogan por admitir sólo la tutela de derechos o intereses legítimos individuales³⁶. Frente a estas posiciones doctrinales y alguna vacilante sentencia jurisprudencia, el TS se ha hecho eco del derecho de la UE para dejar bien claro que la legitimación por interés legítimo colectivo ambiental no queda excluida por la legitimación por habilitación legal³⁷ o es aplicable también en materia sancionadora³⁸.

³¹ Directiva 2010/75 (art. 3.17 y 25.1 y 3), Directiva 2011/92 (art. 1.e y 11.1 y 3) y Directiva 2004/35 (art. 12.1 y 13).

³² Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01 (ap. 37-40).

³³ La STJUE 8 de marzo de 2011 (C-240/09, *Slovak Brown Bear*) afirma que «corresponde al órgano jurisdiccional remitente interpretar, en la medida de lo posible, el régimen procesal de los requisitos necesarios para interponer un recurso administrativo o judicial de manera conforme tanto a los objetivos del artículo 9, apartado 3, de dicho Convenio como al objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, a fin de permitir a una organización de defensa del medio ambiente, como Lesoochránárske zoskupenie, impugnar ante los tribunales una decisión adoptada mediante un procedimiento administrativo que pudiera ser contrario al Derecho medioambiental de la Unión». O la STJUE de 12 de mayo de 2011 (C-115/09, *Trianel*) manifiesta que una normativa interna que restringe la legitimación sólo a derechos individuales y no admite intereses ambientales como los de una asociación ambiental es contraria a la Directiva de evaluación de impacto ambiental, a los principios de equivalencia, efectividad y amplio acceso a la justicia.

³⁴ Un ejemplo de dicha interpretación restrictiva es la STS de 16 de junio de 2016 (RCA 2572/2014) que niega la condición de legitimada a una asociación ambientalista para solicitar la caducidad de unas concesiones mineras.

³⁵ STS 29 de abril de 2016 (RC 359/2013). También E. Carbonell Porras (2014: 49-50, 54 y 66-67) y A. M. Ruiz de Apodaca Espinosa (2018: 15-17).

³⁶ A. B. Gómez Díaz (2014: 212-219, 250-253 y 321-323).

³⁷ Entre otras, SSTS 25 de junio de 2008 (RCA 905/2007); 31 de marzo de 2009 (RCA 5119/2006); 1 de diciembre de 2009 (RCA 55/2007); 23 de marzo de 2010 (RC 512/2007), 25 de mayo de 2010 (RCA 2185/2006) y 7 de julio de 2017 (RCA 1783/2015).

³⁸ STS 7 de julio de 2017 (RCA 1783/2015).

A pesar de que las directivas ambientales no recogen la legitimación activa por habilitación legal³⁹, el TJUE ha exigido que los requisitos establecidos por la legislación de los estados deben cumplir con el derecho de la UE⁴⁰. Ello puede ser de gran utilidad para evitar interpretaciones restrictivas de los requisitos de la legitimación por habilitación legal previstos por los art. 22 y 23 de la Ley 27/2006⁴¹.

Tampoco ninguna de las directivas ambientales reconoce la acción popular. Como en el caso anterior, no han incorporado la vertiente objetiva del recurso del art. 9.3 del Convenio de Aarhus, ignorando que es el más novedoso porque su finalidad directa es la aplicación de la legislación ambiental y la legitimación activa del público evoca la acción popular⁴². Ahora bien, los fundamentos del acceso a la justicia en medio ambiente del derecho de la UE son de gran utilidad para hacer interpretaciones favorables a la acción popular en aquellas leyes ambientales españolas que la recojan. Permite asegurar la interpretación restrictiva del ejercicio abusivo de la acción popular⁴³, la interpretación amplia del ámbito material⁴⁴, la admisión de su ejercicio por extranjeros⁴⁵ o cuestionar la reciente jurisprudencia del TC que declara inconstitucionales las acciones populares en sede contencioso-administrativa previstas en leyes autonómicas⁴⁶.

³⁹ El art. 11 del Reglamento 1367/2006 sí la prevé en los recursos al TJUE contra actuaciones de las instituciones u organismos de la UE.

⁴⁰ Según la STJUE 15 de octubre de 2009 (asunto C-263/08, *Djurgården*, ap. 46 y 47), la protección ambiental debe ser la finalidad predominante, pero no exclusiva, y no se puede exigir un elevado número de socios que cumplan sólo las ONGs nacionales y excluya las ONGs locales. También la Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01 ha recordado que, en base al principio de prohibición de la discriminación, «las condiciones que deben cumplir las ONG a fin de obtener legitimación activa de lege no debe ser menos favorable para las ONG extranjeras que para las nacionales» (ap. 82-83).

⁴¹ A. Peñalver i Cabré (2008: 362-362, 372-374 y 380-383 y 2016: 466-471); J. Jordano Fraga (2008: 122 y 132); J. A. Razquín Lizarraga y A. M. Ruíz de Apodaca Espinosa (2007: 380-381, 385-386 y 397); A. M. Ruíz de Apodaca Espinosa (2007: 52-58, 2010: 194-214 y 2018: 17-26) y E. Salazar Ortuño (2010: 200-202). La STS 16 de junio de 2016 (RCA 2572/2014) realiza una interpretación amplia sobre las materias incluidas y la STS de 7 de julio de 2017 (RCA 1783/2015) afirma que se aplica a cualquier tipo de norma y no solo a las de acceso a la información y participación.

⁴² Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01 (ap. 72, 92 y 106). El art. 3 de la propuesta de Directiva 2003/246 se limitaba a reproducir el art. 9.3 del Convenio de Aarhus, pero sin hacer ningún desarrollo por entender que se trataba de un asunto de competencia estatal. Además, su falta de reconocimiento en muchos estados fue uno de los motivos de las cautelas formuladas por la UE al art. 9.3 en su declaración específica a la ratificación del Convenio.

⁴³ En este sentido, SSTS 22 de enero de 1998 (RA 130/1992) y 4 de diciembre de 2007 (RCA 5658/2005).

⁴⁴ La STS 11 de noviembre de 2016 (RCA 3106/2015) realiza una interpretación amplia del ámbito objetivo de la acción popular urbanística en temas mineros.

⁴⁵ ATC 20 de octubre de 2017 (RCA 3335/2017).

⁴⁶ SSTC 80/2018, de 5 de julio (FJ 5) y 97/2018, 19 de septiembre (FJ 6), respectivamente, sobre las Leyes valenciana y vasca de vivienda.

Finalmente, la legitimación por derecho e interés legítimo individual en la protección ambiental recibe un gran impulso del derecho ambiental de la UE. Hemos visto que siguiendo los art. 2.5 y 9.2 del Convenio de Aarhus, las directivas ambientales admiten que pueda alegarse un interés suficiente o la lesión de un derecho (pudiendo ser individual) y que debe hacerse una interpretación amplia. No prevé la legitimación de las personas físicas como titulares de intereses ambientales, pero sí exige una interpretación amplia de la legitimación por derechos o intereses legítimos individuales afectados por la contaminación ambiental⁴⁷. De esta manera, afianza la interpretación amplia del TS sobre la afectación a derechos o intereses legítimos individuales de los vecinos⁴⁸.

D) BARRERAS ECONÓMICAS

Siguiendo el art. 9.4 del Convenio de Aarhus, las directivas ambientales exigen que los procedimientos de recurso sean justos y equitativos y no excesivamente onerosos⁴⁹. Además, la asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE). En base a estos postulados, la jurisprudencia del TJUE ha hecho una definición de «coste no sea excesivamente oneroso», ha fijado unos límites a la libertad de los estados para establecer los diversos mecanismos para conseguirlo y ha prohibido que la exigencia de que el coste no sea prohibitivo esté prevista de forma distinta en primera instancia y en otras instancias⁵⁰. También ha añadido una previsibilidad razonable de las

⁴⁷ Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01 (ap. 37, 42, 48 y 73). Un ejemplo es la STJUE 25 de julio de 2008 (caso 237/07, *Janecek*, ap. 36) que admite la legitimación de un vecino para exigir el deber de las autoridades públicas de aprobar un plan de acción de calidad del aire en base a la eficacia directa de dicho deber por ser incondicional y preciso.

⁴⁸ Basta con acreditar la incidencia al medio ambiente en un ámbito territorial determinado y la condición de vecino en dicho ámbito. Entre otras, SSTS 25 de abril de 1989 (sentencia núm. 547/1989), 12 de febrero de 1990 (RCA 1165/1990), 3 de diciembre de 2001 (RCA 5349/1997), 21 de enero de 2011 (RCA 238/2010), 7 de mayo de 2011 (RC 104/2010) y 18 de octubre de 2016 (RCA 2440/2013).

⁴⁹ A pesar de que no lo mencionan, es importante tener presente el art. 9.5 del Convenio de Aarhus porque contiene un mandato positivo al exigir el «establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia».

⁵⁰ STJUE 1 de abril de 2013 (C-260/11, Edwards y Pallikaropoulos, ap. 25-47). Sobre esta sentencia, entre otros, A. García Ureta (2013: 217-232) y Embid Irujo, Antonio (2014: 1223-1225). Posteriormente, la STJUE de 15 de marzo de 2018 (asunto C-470-16, *Maura Sheehy*, ap. 62-65) ha insistido en que la regla de coste no excesivamente oneroso también debe aplicarse cuando se ha apreciado mala fe o temeridad.

costas y de su cuantía⁵¹. Y ha concluido que es ineludible un régimen especial de condena en costas que compense los gastos de quien actúa en defensa del medio ambiente, tanto si es vencedor como perdedor, y que se reduzca la discrecionalidad judicial⁵².

Estos postulados del derecho ambiental de la UE y de la jurisprudencia del TJUE exigen superar la visión formal del acceso a la justicia ambiental en España⁵³. Buena muestra de ella es la Ley 26/2007 al mencionar sólo la asistencia jurídica gratuita y con una visión limitada a favor de determinadas ONGs. Sería deseable que el impulso de la UE activará el marco constitucional (art. 9.2, 24.1, 45.1, 103.1 y 119 CE) que reclama, desde hace 40 años, pasar a una visión material del acceso a la justicia. Ello conlleva una reforma legislativa y también una interpretación judicial más favorable al acceso a la justicia en medio ambiente de los siguientes instrumentos: ampliación de la asistencia jurídica gratuita, régimen especial de condena en costas, reembolso de los gastos judiciales, eliminación de las tasas y depósitos judiciales y replanteamiento de las fianzas⁵⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, E. (2008): «La Ley de responsabilidad ambiental a vista de pájaro, desde el prisma de la comparación del sistema europeo con el norteamericano», en B. Lozano Cutanda (coord.), *Comentarios a la Ley de responsabilidad ambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*, Madrid, Thomson-Civitas.
- Carbonell Porras, E. (2014): «Los intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa», en E. Carbonell Porras (dir.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- Cierco Seira, C. (2014): «Los costes procesales y las tasas judiciales», en A. Ezquerro Huerva y J. Oliván del Cacho (dirs.), *Estudio de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, València, Tirant lo Blanch.
- Embid Irujo, A. (2014): «El acceso a la justicia en materia ambiental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *RVAP*, núm. 99/100.

⁵¹ STJUE 13 de febrero de 2014 (CE c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, C-530/2011, ap. 58).

⁵² Comunicación de la Comisión 2017/C 275/01 (ap. 191 y 192).

⁵³ Así lo exige el documento de la Comisión «Revisión de la aplicación de la normativa medioambiental de la UE (Informe sobre España)» de 3 de febrero de 2017 SWD(2017) 42 final (p. 36).

⁵⁴ C. Cierco Seira (2014), A. Peñalver i Cabré (2016: 495-544) y A. L. Ruiz de Apodaca Espinosa (2018: 35, 43).

- García Ureta, A. (2005): «Aspectos sobre el acceso a la justicia en el Convenio de Aarhus y su incidencia sobre el Derecho Comunitario», *IeZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea/Ambiente y Derecho*, núm. 3.
- (2013): «Acceso a la justicia y costes procesales: Comentario a la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 11 de abril de 2013 (Asunto C-260/11, the Queen, a instancias de: David Edwards, Lilian Pallikaropoulos v. Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment)», *REDA*, núm. 160
- Gómez Díaz, A. B. (2014): *La legitimación en el contencioso-administrativo*, Madrid, Iustel.
- Jordano Fraga, J. (2007): «La Administración en el Estado ambiental de Derecho», *RAP*, núm. 173.
- (2008): «Análisis de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la justicia, en especial, el principio de legitimación en los contenciosos ambientales», B. Lozano Cutanda (dir.), *Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 137, Madrid, CGPJ.
- Krämer, L. (2012): *EU Environmental Law*, 7.^a ed., London, Thomson Reuters.
- (2014): «EU Enforcement of Environmental Laws: From Great Principles to Daily Practice — Improving Citizen Involvement», *Environmental Policy and Law*, 44.
- (2018): «Citizen's rights and administration duties in environmental matters: 20 years of the Aarhus Convention», en *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, vol. IX, número 1.
- Mir, O.; Hofmann, H; Schneider, J. P.; Ziller, J. et al. (dir.) (2015): *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, Madrid, INAP.
- Moreno Molina, A.-M. (2006): *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Madrid, Marcial Pons.
- Peñalver i Cabré, A. (2008): «Novedades en el acceso a la justicia y la tutela administrativa en asuntos medioambientales», a Pigrau, A. (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Barcelona, Atelier.
- (2016): *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso-administrativo: legitimación y limitaciones económicas*, Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi.
- (2017): «Capacidad e interesados en el procedimiento administrativo», en J. Tornos (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 de procedimiento común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Barcelona, Atelier.

- Razquín Lizarraga, J. A. y Ruíz de Apodaca Espinosa, Á. M.^a (2007): *Información, Participación y Justicia en materia de medio ambiente (Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio)*, Pamplona, Thomson Aranzadi.
- Ruiz de Apodaca Espinosa, Á. M.^a (2007): «La acción pública ambiental: una necesidad satisfecha parcialmente por la Ley 27/2006, de 18 de julio», *RDA*, 11.
- (2010): «Nuevas perspectiva del acceso a la justicia en materia de medio ambiente», A. Pigrau Solé y L. Casado Casado (dirs.), *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*, Barcelona, Atelier.
- (2018): «El acceso a la justicia ambiental a nivel comunitario y en España veinte años después del Convenio de Aarhus», *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, vol. IX, número 1.
- Salazar Ortuño, E. y Sanchis Moreno, F. (2007): «El acceso a la justicia ambiental a partir del “Convenio de Aarhus”», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 12.
- Salazar Ortuño, E. (2010): «El desarrollo del Convenio de Aarhus y la progresiva desaparición de obstáculos para el acceso a la justicia ambiental: reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la legitimación activa a las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección del ambiente», *RADA*, núm. 17.
- United Nations Economic Commission for Europe (UNECE) (2014): «The Aarhus Convention: an implementation guide», United Nations, 2nd edition, New York and Geneva.

LA ILICITUD Y LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

María Lidón Lara Ortiz

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La exclusión de la prueba innecesaria. 3. La exclusión de la prueba ilícita. A) La prueba ilícita: cuestiones generales y aplicación de la regla de la exclusión en el orden contencioso-administrativo. B) Alcance de la regla de la exclusión. C) La exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales incorporada al expediente administrativo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

RESUMEN: La prueba en el proceso contencioso-administrativo no recibe una regulación integral y sistemática, quedando remitida parcialmente a la regulación de la jurisdicción civil. Las especialidades de la materia tratada en el orden contencioso-administrativo ponen de manifiesto la necesidad de que la prueba, en esta sede, sea objeto de actualización y reforma con la finalidad de tomar en consideración las peculiaridades del Derecho Administrativo. En este trabajo se evidencia tal necesidad, sobre el análisis de los motivos por los que la prueba puede ser excluida de la valoración judicial en el orden contencioso-administrativo.

PALABRAS CLAVE: Prueba procesal, orden contencioso-administrativo, exclusión, Derecho Administrativo.

ABSTRACT: Probative issues in the administrative judicial process do not have an integral and systematic regulation. The specialties of the matter dealt within the contentious-administrative jurisdiction lead to the need of the updating and the amending of the process rules in order to offer a regulation in accordance with the matters of the Administrative Law. In this paper we highlight this need

through the analysis of the causes of exclusion of the proof in the administrative contentious scope.

KEYWORDS: Procedural proof, administrative contentious order, exclusion, Administrative Law.

1. INTRODUCCIÓN

La prueba en el proceso contencioso-administrativo no recibe una regulación integral y sistemática para su práctica y valoración en este orden procesal. La misma la encontramos a caballo entre la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Sin embargo, las especialidades de la materia tratada en el orden contencioso-administrativo ponen de manifiesto la necesidad de que la prueba, en esta sede, sea objeto de actualización y reforma, para que sean consideradas las peculiaridades del Derecho Administrativo que, desde el punto de vista sustantivo y procedimental, va a ser dirimido como cuestión de fondo de la controversia en litigio. Cabe destacar, de entrada, que las cuestiones probatorias son esenciales para la adecuada defensa de los derechos e intereses de las partes ya que la verdad procesal determinará el contenido de la sentencia, y no siempre aquella es coincidente con la verdad material o de la realidad, por lo que la posibilidad de la exclusión de la práctica y de la valoración de las pruebas tiene una relevancia extraordinaria para lograr que las sentencias puedan ser lo más justas posibles.

En el orden contencioso-administrativo, la regulación de la prueba no es una cuestión simple a pesar de la inexistencia de una regulación sistemática, y tal complejidad no puede ser bien atendida desde la remisión a las normas de la regulación de la prueba de Ley de Enjuiciamiento Civil contenida en el artículo 60.4 LJCA que dispone que: «La prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil». La principal cuestión que debe ser considerada es que, en el proceso, las partes son tratadas en un plano de igualdad, pero no se puede olvidar que, una de ellas, la Administración, viene condicionada por la defensa de los intereses generales, y al mismo tiempo, y por ese motivo, viene de una situación previa, la que se desarrolla en el marco del procedimiento administrativo, en la que disfruta de una serie de prerrogativas y potestades que integran la autotutela administrativa¹, y que, en ocasiones, la han situado en una posición privilegiada para recabar pruebas que han integrado el expediente administrativo, las cuales también se regulan en cuanto a su valoración por la LEC, por aplicación del artículo 77.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administracio-

¹ E. García de Enterría y T. R. Fernández (2011: 533 y ss.).

nes Públicas, pudiéndose utilizar cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Todo ello incide en las reglas sobre la exclusión y valoración de la prueba en el ámbito contencioso-administrativo, siendo dos las cuestiones en las que merece la pena realizar un somero análisis para ver la trascendencia de la regulación de la exclusión de la prueba en esta sede.

2. LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA INNECESARIA

La prueba en el proceso debe ser admitida por el Juez que conozca del asunto, quien puede inadmitirla. En principio, la prueba debe tener como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, de conformidad con el artículo 281.1 de la LEC, pero, debido a que el artículo 283 de la LEC, en sus dos primeros párrafos, determina que no deberá admitirse ninguna prueba que, «por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente», y tampoco «deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos», no todas las pruebas propuestas por las partes serán siempre admitidas.

En ambos casos, tanto las pruebas impertinentes como las inútiles, en definitiva, son consideradas innecesarias por el Juez, en base a una decisión discrecional, que es previa a la práctica de la prueba, por lo que, no son pocos los casos en los que se inadmiten pruebas que la parte que las propone considera relevantes. En este caso, lo que entra en juego directamente es la posible afectación o no del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte. Al respecto la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2011, entre otras muchas, recoge la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, debiendo destacar que la tutela judicial efectiva es un derecho «no absoluto que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales», según las SSTC 1/1996, de 15 de enero, y 246/2000, de 16 de octubre, menoscabo que sólo ocurre cuando conduce a una efectiva indefensión, de conformidad con las SSTC 246/2000, de 16 de octubre, y 35/2001, de 12 de febrero. En la práctica, esa lesión al derecho de tutela judicial efectiva, al igual que la lesión del derecho de defensa, que realmente es la otra cara de la misma moneda, se deberá poner de relieve en fase de recurso, e implica que la parte que se haya visto perjudicada por la inadmisión, acredite la relevancia de la prueba denegada, demostrando, como destacó la STC 181/2009, de 23 de julio, en su fundamento jurídico sexto, la relación de la prueba con los hechos que se querían probar y no pudieron ser probados, dada su inadmisión, y argumentando cuál hubiera sido la incidencia de dichas pruebas si se hubieran admitido y practicado.

Las pruebas que se encuentran en esta tesitura, en la que se dirime sobre su admisión o no, según su pertinencia y utilidad, son las interesadas por las partes conforme al artículo 60.1 y 2 de la LJCA, en sus escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias, o excepcionalmente, en un momento posterior a la demanda y contestación, en los que se pueden admitir también pruebas documentales, por aplicación del artículo 56.4 LJCA en los casos previstos en el artículo 270 y 271 de la LEC. Estos son los supuestos en los que se solicitan pruebas referentes a hechos posteriores, o referidas a hechos que siendo anteriores a la presentación de la demanda o contestación sean conocidos posteriormente, o cuya obtención no fue posible antes por la parte que los quiera introducir en el juicio, o que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos, haciéndolo, en este caso, antes de la citación de vista o conclusiones.

Indiscutiblemente, serán admitidas directamente, sin valoración de su utilidad y pertinencia, las pruebas que formaron parte del expediente administrativo que debe remitirse por la Administración conforme al artículo 38 LJCA, como elementos probatorios considerados para la emisión de la resolución o acto administrativo que se está impugnando, pero que incluirá todas las obtenidas por la Administración o aportadas por el interesado en el procedimiento administrativo. Estas pruebas, sin embargo, podrían también ser excluidas de forma excepcional si son ilícitas, debiendo ser esta circunstancia alegada y acreditada por la parte (generalmente, el ciudadano), pudiendo también ser suscitada de oficio conforme prevé el artículo 287.1, párrafo segundo, de la LEC.

3. LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

A) LA PRUEBA ILÍCITA: CUESTIONES GENERALES Y APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Cuando hablamos de prueba ilícita se pueden diferenciar dos planos distintos: el de la ilicitud constitucional, y el de ilegalidad ordinaria. Dentro de este último grupo podríamos incluir el supuesto previsto en el artículo 283.3 de la LEC que prohíbe la admisión como prueba de cualquier actividad prohibida por la ley. Su exclusión del procedimiento está mucho más clara que la exclusión de aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, dados los matices que se han introducido por la jurisprudencia para determinar cuándo la vulneración de tales derechos se ha producido y no debe quedar subordinada a otros intereses con los que queda en conflicto, que suelen ser intereses generales.

Toda la configuración de la posibilidad de excluir pruebas ilícitas por haberse obtenido vulnerando derechos fundamentales parte del artículo 11 LOPJ, que introduce una regla común a todas las jurisdicciones: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». En el ámbito contencioso-administrativo, esta regla también deriva de la remisión que sobre la prueba contiene la LJCA a la LEC, en la que conforme al artículo 287 de la LEC, «Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes», esta cuestión también puede ser suscitada de oficio y debe ser resuelta en el acto de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba.

Esta norma debe ser puesta en relación con la llamada regla de exclusión —*the exclusionary rule*—, derivada de la doctrina del fruto del árbol envenenado —*fruit of the poisonous tree*—, originada en el Derecho estadounidense, que fue asumida en España por la STC n.º 114/1984, de 29 de noviembre, y que siempre ha estado relacionada con las pruebas obtenidas respecto de la investigación de delitos y en el orden penal. Sin embargo, la misma regla es aplicable en otras jurisdicciones, y es especialmente relevante en el orden contencioso-administrativo, debido a que la posibilidad de excluir pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, debe ser aplicada del mismo modo que en el orden penal en los casos en los que los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizan la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, conforme al artículo 8.6 de la LJCA², y se extendería a las posibles pruebas que pudieran haberse obtenido con ocasión de la entrada en dichos lugares, cuando la entrada no tenía por objeto recabar esas pruebas.

A la vista de la posibilidad de que se aplique, como consecuencia de todo lo anterior, a las pruebas obtenidas ilícitamente con vulneración de derechos fundamentales, en casos de entradas en domicilios de particulares para ejecutar forzosamente actos de la Administración, nada impide que, igualmente, por aplicación de lo previsto en el artículo 11 LOPJ y 287 LEC, se extienda a cualquier prueba ilícita que se pudiera obtener con vulneración de derechos fundamentales de otro modo, por cualquier diligencia que pudiese acordarse en el proceso contencioso-administrativo. En todos los casos, será necesario que se tengan en cuenta los límites para aplicar la regla de la exclusión que han sido especialmente analizados en el orden penal y que deberían permitir que tal exclusión se configure de igual modo en el orden contencioso-administrativo.

² F. A. Cadena Serrano (2016: 11).

B) ALCANCE DE LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN

La ilicitud constitucional se extiende no sólo a las pruebas que directamente se hayan obtenido con vulneración de derechos fundamentales, sino también a las pruebas derivadas o reflejas de estas si existe una conexión natural o causal entre ellas. En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental se halla también incurso en la prohibición de valoración. En supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas sean jurídicamente independientes de dicha vulneración. Ello depende de si existe o no una conexión de antijuridicidad entre la prueba originaria y las derivadas. La valoración de la inexistencia de tal conexión de antijuridicidad permite diferenciar: 1. Supuestos en los que los datos obtenidos violentando el derecho fundamental se combinan con otros cuya procedencia es independiente. Se hace así referencia, entre otros, a los casos de hallazgo casual o de descubrimiento inevitable, circunstancias que requieren que el Tribunal realice un juicio de ponderación. 2. Supuestos de conexión especialmente atenuada por la escasa significación del dato obtenido o por otras razones atendibles, de acuerdo con la STS 73/2014, de 12 de marzo. 3. Supuestos de desconexión de antijuridicidad por independencia jurídica, que son valorados desde un punto de vista natural o jurídico, según recoge la STC 320/2011 que diferencia una perspectiva natural y otra jurídica para apreciar la independencia del elemento de prueba.

Así, la desconexión de antijuridicidad se reconoce en base a los criterios considerados por la jurisprudencia como idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad³, y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas, que son: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoinculpación del interesado (lo que puede darse en el ámbito contencioso-administrativo en supuestos de carácter sancionador o disciplinario). En todos los casos anteriores, además, se requiere que la obtención de la prueba se haya realizado de buena fe, lo que se identifica con la excepción de *good faith*, como recoge la STC n.º 81/1998, de 2 de abril, cuando valora especialmente la intencionalidad anímica de quien o quienes fueran causantes de la vulneración.

³ A. González i Jiménez (2014: 372-386).

C) LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA OBTENIDA CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES INCORPORADA AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Como se ha indicado antes, en el ámbito contencioso-administrativo, la obtención de pruebas ilícitas, que da lugar a la aplicación de toda la doctrina de la prueba ilícita obtenida con vulneración de derechos fundamentales, funciona de la misma forma que en otros órdenes jurisdiccionales, de ahí que se aplique la doctrina de la ilicitud de la prueba penal cuando se trate de casos en los que se discute es materia sancionadora o disciplinaria, y en cualquier otro caso cuando se ha producido una entrada en un domicilio⁴ para ejecutar actos administrativos de forma cautelar, si se obtiene con esa ocasión una prueba sin ser este el objeto de la autorización de la entrada en ese domicilio o lugar cerrado.

Sin embargo, la cuestión de poder excluir del proceso pruebas ilícitas que formen parte del expediente administrativo no se contempla directamente en la Ley 39/2015, pero no podemos rechazarla de plano, por la remisión que el artículo 77.1 de la misma hace a la LEC en lo referente a la valoración de la prueba, por lo que deberían entenderse excluidas las pruebas ilícitas y las conexas o derivadas de otras que lo sean que se hayan obtenido de ese modo en el ámbito del procedimiento administrativo, lo que puede ser posible cuando en las mismas se obtienen con ocasión de la realización de diligencias de investigación o de inspección por las autoridades de control que tienen este tipo de funciones, ganando especial relevancia esta cuestión, cuando se trata de autoridades independientes, dada la discrecionalidad que las mismas tienen para adoptar sus resoluciones⁵, ya que en consecuencia, el control de su actividad recae, en gran medida, en la revisión de la concurrencia de los hechos determinantes de la decisión administrativa⁶.

⁴ El concepto de domicilio a estos efectos es amplio, se considera como tal «un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, de modo que no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado sino lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada» (STC 22/1984, de 17 de febrero). En el mismo sentido se pronuncian la STC 10/2002, de 17 de enero, y la STS de 14 de mayo de 2004 (RJ 2005, 5213). *Vid.* M. Ortiz Pintor (2012: 1440). A tal efecto, debe ser destacado, y esta línea jurisprudencial es muy relevante dentro del Derecho Administrativo, que la STS de 11 de junio de 2004 (RJ 2004, 5625) ha considerado que las mesas de trabajo de los funcionarios no son lugares donde éstos desarrollen su privacidad, considerando lícita la prueba obtenida en un registro de los cajones de la mesa de trabajo de un funcionario sin autorización judicial, mientras el interesado estaba ausente por considerar que en dicho puesto de trabajo los elementos que debían encontrarse allí se relacionan con los intereses generales y no con los particulares del funcionario.

⁵ E. Maralet i Garcia (2012: 760).

⁶ J. González Pérez (2008: 2639).

La cuestión más problemática en estos casos radica en la posibilidad de obtener la exclusión de una prueba integrada en el expediente administrativo, que haya sido valorado para resolver en vía administrativa, y que se pueda considerar ilícita de conformidad con lo expuesto, ya que el expediente administrativo se remite íntegramente para su incorporación al proceso, y el mismo es esencial en la delimitación de la controversia judicial⁷, no siendo técnicamente prueba en sí mismo, pero sí integrando pruebas que fundamentan el acto administrativo. En la vía administrativa previa, es difícil que la propia Administración excluya pruebas obtenidas por ella misma en el ejercicio de sus funciones y potestades, pues las mismas se conceden en defensa de los intereses generales y por motivos de autotutela, siendo más probable que tal hipotética ilicitud de los elementos probatorios, no se valore en el procedimiento administrativo, pero por razones de justicia y para hacer efectivo el control judicial de los actos administrativos al que se refiere el artículo 106.1 de la Constitución española, sí debería poder ser alegada esta ilicitud en el proceso contencioso-administrativo respecto a las pruebas integradas en el expediente. Ello supondría no limitar la doctrina de la prueba ilícita únicamente a las obtenidas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo por la práctica de diligencias o actuaciones judiciales, ya que sólo si se extiende a la prueba integrada en el expediente administrativo se puede garantizar el derecho a un proceso judicial equitativo, puesto que la aplicación del artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales al procedimiento administrativo, que sí debe observarse en el proceso contencioso-administrativo⁸, no se considera exigible durante la tramitación del procedimiento administrativo previo, como indicó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (así en STEDH de 19 de diciembre de 1997, en el caso *Helle contra Finlandia*, pronunciamiento 46; y en STEDH de 20 de noviembre de 1995, en el caso *British-American Tobacco Company Ltd. Contra Holanda*, pronunciamiento 48)⁹. La posibilidad de aplicarlo respecto de las pruebas incorporadas al expediente permitiría un mejor control judicial de los actos administrativos.

El mayor impedimento para poderlo hacer radica en la consideración de la naturaleza de la Administración como parte del proceso contencioso-administrativo en un plano de igualdad respecto al ciudadano, igualdad que no existe en el procedimiento administrativo. Esto es relevante, porque la teoría de la prueba ilícita, la del fruto del árbol envenenado y la de la exclusión, están ideadas como mecanismos limitativos del poder público. Esto sin embargo, las pruebas ilícitas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, lo son igualmente cuando se trata de pruebas obtenidas por particulares, como puso de

⁷ L. Cosculluela Montaner (2003: 400).

⁸ L. Martín-Retortillo Baquer (2003: 31).

⁹ F. J. Rodríguez Potón (2003: 114).

relieve, recientemente, la STS 489/2018, de 23 de octubre, cuestión que se hace destacar ya que en el proceso contencioso-administrativo, tanto el ciudadano como la Administración deben encontrarse en un plano de igualdad, aunque en la vía administrativa no lo hayan estado. Ello permite fundamentar que en sede judicial se pueda aplicar la doctrina de la prueba ilícita y su exclusión, respecto a las pruebas que se han incorporado al expediente administrativo, cuyo contenido será valorado en la sentencia. Esta situación debería preverse en la LJCA, para la prueba del procedimiento ordinario y abreviado, al margen de que se regule un proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en los artículos 114 y ss. de la LJCA, que sería de aplicación para dirimir la afectación de los derechos fundamentales del ciudadano como principal pretensión del mismo, y no como una cuestión más de las que han incidido en la validez del acto administrativo en cuestión.

4. CONCLUSIONES

La prueba en el proceso contencioso-administrativo no tiene una regulación integral en la LJCA sino que existe en ella una remisión a la LEC en relación con la práctica y la valoración de la prueba. Por aplicación del artículo 287 de la LEC y de conformidad con el artículo 11 LOPJ, las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales son ilícitas y también las que deriven de ellas o tengan con las mismas una conexión de antijuridicidad. Sin embargo, esto es claramente aplicable a las pruebas obtenidas por actuaciones acordadas en sede jurisdiccional, mientras que esta posibilidad podría ser discutida cuando se trata de pruebas integradas en el expediente administrativo y que pudieran haber sido obtenidas de manera discutible en la vía administrativa previa, ya que el expediente está ya formado cuando se remite al juzgado, ha sido valorado como tal en vía administrativa, y no existen reglas sobre la exclusión de pruebas ilícitas en el procedimiento administrativo, más allá de la regla de la remisión a la LEC en relación con la valoración de la prueba del artículo 77.1 de la Ley 39/2015, ya que la regla de la ilicitud de la prueba del artículo 287 LEC no forma parte de las reglas de la valoración probatoria sino de las de su admisión. La mayor dificultad para que la ilicitud de la prueba se extienda a las pruebas integradas en el expediente administrativo radica en que, en su caso, se habrían obtenido ilícitamente antes de iniciarse el proceso judicial, en una fase en la que no rigen las mismas reglas para garantizar el derecho a un proceso con todas las garantías, como ha puesto de relieve el TEDH, que lo considera referido a los procesos judiciales. Sin embargo, el hecho de que la Administración sea quien ha formado el expediente administrativo que se incorpora íntegramente al proceso, permite proponer que la LJCA recoja alguna especialidad sobre la admisión y valoración de la prueba, para extender la regla de la ilicitud de la prueba, la teoría del fruto del árbol envenenado y la regla de la exclusión, a las pruebas integradas en el expediente administrativo

que serán apreciadas en el proceso contencioso-administrativo, revisando así completamente la actividad administrativa.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Cadena Serrano, F. Á. (2016): ponencia «Vulneración de derechos fundamentales y registro domiciliario», en *La prueba en el proceso penal. Especial referencia a la segunda instancia y al recurso de revisión*, Madrid, Fiscalía General del Estado, 51 pp. Disponible en <<https://www.fiscal.es>>.
- Coscolluela Montaner, L. (2003): «Reflexiones sobre la prueba en el proceso contencioso-administrativo. Acerca de la aplicación al proceso contencioso-administrativo ordinario de las normas reguladoras de la prueba de la Ley 1/2000 (LEC)», en *La justicia administrativa, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, pp. 399-412.
- García de Enterría, E. y Fernández, T.-R. (2011): *Curso de Derecho Administrativo I*, 15.^a edición, Navarra, Civitas-Thomson Reuters.
- González i Jiménez, A. (2014): *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Barcelona, Ed. Bosch.
- González Pérez, J. (2008): *Código de la Justicia Administrativa, Volumen II*, 2.^a edición, Navarra, Ed. Aranzadi.
- Maralet i Garcia, E. (2012): «Autoridades independientes y justicia administrativa», en *La justicia administrativa, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, pp. 745-768.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (2003): «La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración», en *La justicia administrativa, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, pp. 23-46.
- Ortiz Pintor, M. (2012): «Registro domiciliario», en Rives Seva, Antonio Pablo (dir.), *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del TS*, Navarra, ed. Aranzadi, pp. 1433-1595.
- Rodríguez Potón, F. J. (2003): «La aplicación de las garantías del proceso administrativo: elementos de la garantía europea para el debate», en *La justicia administrativa, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, pp. 9-115.

EVALUACIÓN DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA Y POSJUSTICIA: CONTRA LA *REFORMATIO IN PEIUS*

Aurelio de Prada García

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Una *reformatio in peius* de consecuencias indeseables. 3. Posjusticia. 4. A modo de conclusión: contra la *reformatio in peius*. Bibliografía.

RESUMEN: La *reformatio in peius* en la evaluación de la actividad investigadora resulta difícilmente justificable por las implicaciones negativas que, desde un punto de vista científico, conlleva. Sin embargo y al parecer, estaría plenamente vigente en nuestro modelo universitario. En esta comunicación, a partir del análisis de un caso concreto, especialmente ilustrativo de esas consecuencias negativas hasta el punto de generar lo que proponemos denominar «posjusticia», se aboga expresamente por su prohibición.

PALABRAS CLAVE: «*reformatio in peius*», actividad investigadora, posjusticia.

ABSTRACT: It is not easy to justify the «reformatio in peius» in the research activity assessment, due to the negative consequences it implies from a scientific point of view. Nevertheless, it is actually permitted in our current university model. In this work, taking into account a case in which those negative consequences are so evident that even it is possible to talk about what we call «post-justice», we defend expressly its prohibition.

KEYWORDS: «reformatio in peius», research activity, post-justice.

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, los docentes universitarios y algunos científicos pueden someter a evaluación su actividad investigadora presentando cinco aportaciones ante la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI), obteniendo, en su caso, el reconocimiento de lo que habitualmente se denomina un «sexenio». Un reconocimiento que, como también es sobradamente conocido, comporta no sólo un complemento económico sino también méritos para habilitarse como catedrático y asimismo, desde el año 2012, un «premio» en forma de menor carga docente.

Como también es bien sabido, si no se obtiene el reconocimiento del sexenio y al margen del correspondiente «castigo» en forma de mayor carga docente, cabe la posibilidad —de acuerdo con la Resolución de 5 de diciembre de 1994 y posteriormente con el RD 74/2000 que modificó el RD 1806/1989—, de volver a presentar hasta tres aportaciones de las incluidas en un tramo que hubiese sido evaluado desfavorablemente.

Así las cosas, dada esa posibilidad legalmente establecida, parecería seguirse necesariamente que los Comités asesores de la CNEAI que vuelven a evaluar esas aportaciones reiteradas quedarían vinculados a la calificación previa, pudiendo sólo modificarla al alza. En otros términos, no cabría *reformatio in peius* de las aportaciones previamente aprobadas y que, por ello mismo, por estar aprobadas, se habrían vuelto a presentar a evaluación al no haberse obtenido el tramo correspondiente.

Ni que decir tiene que esta interpretación de dicha Resolución y de dicho RD podría reforzarse a la vista de las consecuencias negativas que la admisión de una *reformatio in peius* conlleva de cara al Comité asesor que actuó en primer término, aprobando las aportaciones que se vuelven a presentar a evaluación. Y es que ciertamente ese Comité se vería descalificado, de un modo u otro, en su actuación evaluadora si sus calificaciones fueran modificadas a la baja.

Con todo y pese a esas consecuencias negativas no ha sido esa, a lo que parece, la interpretación que se ha dado a dicha reglamentación de modo que la *reformatio in peius* estaría plenamente vigente en nuestro modelo de evaluación de la actividad investigadora¹. Algo que puede seguirse, sin ir más lejos y por ejemplo, de la respuesta dada a una petición de información —formulada en febrero de 2017, al amparo de la Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno (LTAIBG)—, sobre los criterios de la

¹ Sobre la pervivencia de la *reformatio in peius* en nuestro sistema jurídico puede verse I. Sanz Rubiales (2016: 265 y ss.). *Vid.*, también, L. Salameró Teixidó (2012: 203 y ss.).

CNEAI al respecto. Respuesta en la que el secretario general de la CNEAI comunicaba literalmente:

«Siendo una petición nueva y distinta, sometida a convocatoria diferente, con criterios específicos publicados al efecto y comités asesores de composición total o al menos parcialmente diferente, éstos no están vinculados por la decisión valorativa de un comité actuante previamente en una convocatoria diferente.

Los comités suelen, no obstante, mantener las puntuaciones otorgadas si bien, es de reiterar, no les vincula una puntuación anterior.

Por lo mismo y en los supuestos doctrinal y jurisprudencialmente contemplados cabría la reformatio in peius. En sentido contrario, podrían teóricamente incrementar las puntuaciones en su día otorgadas».

La *reformatio in peius* estaría vigente en nuestro sistema universitario «a lo que parece» decíamos y decíamos mal. Y es que la cosa no resulta tan clara habida cuenta de que la respuesta de la CNEAI que acaba de transcribirse fue matizada poco después, dando pábulo a la interpretación contraria: la de que la *reformatio in peius* no cabría en nuestro sistema de evaluación de la actividad investigadora.

En efecto, ante una reiteración de la petición de información antes aludida —al amparo de nuevo en la LTAIBG y basada en que en la respuesta anterior se especificaban los criterios de los Comités asesores pero no los de la CNEAI, por los que se preguntaba—, el secretario general de la CNEAI respondió en los términos siguientes:

«... por parte de la CNEAI no hay criterio genérico específico estando en principio, y salvo razón suficiente, a lo que los comités asesores concluyan e informen».

Así las cosas, no estaría tan claro que la *reformatio in peius* esté vigente en nuestro sistema de evaluación de la actividad investigadora pues cabría pensar, con fundamento, que la CNEAI podría considerar las implicaciones negativas desde el punto de vista científico de la *reformatio in peius* como *razón suficiente* para no aceptar una propuesta en ese sentido por parte de algún Comité asesor.

Ahora bien, esta última consideración no resulta pertinente habida cuenta de la respuesta de la CNEAI a una ulterior petición de aclaración referida esta vez a qué entiende por «*razón suficiente*» la CNEAI. Petición formulada de nuevo al amparo de la LTAIBG que, por cierto, no fue contestada directamente sino tras un requerimiento por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y que se concretó en los términos siguientes:

«... no hay una normativa específica que regule la aplicación o no del principio de reformatio in peius en las evaluaciones de la CNEAI respecto a la forma en la que han de valorarse aportaciones ya presentadas previa-

mente. La aplicación de los criterios de evaluación se realiza a través de comités asesores y expertos especialistas, quienes los interpretan y ajustan a cada caso en función de su discrecionalidad técnica...».

Así las cosas y pese a estas presuntas variaciones de criterio, ha de seguirse que, hoy por hoy, la *reformatio in peius* a la hora de evaluar la actividad investigadora sigue siendo plenamente posible dependiendo de la discrecionalidad técnica de los Comités asesores o, mejor, de los Comités «evaluadores» pues, como acaba de verse, la CNEAI se atiene a lo que dispongan dichos Comités de modo que parece que no tiene sentido seguir denominándolos «asesores».

Sea de ello como fuere y en conclusión, el principio de *reformatio in peius* —por decirlo con los términos de la CNEAI—, estaría, pues, plenamente vigente pese a las implicaciones negativas que, desde un punto de vista científico, se siguen en relación al primer Comité evaluador, al Comité que calificó favorablemente las aportaciones que se reiteran. Más aún, cabría la *reformatio in peius* incluso cuando los dos Comités evaluadores involucrados sean idénticos en cuanto a la mayoría de sus miembros (especialista incluido), tal y como se sigue del caso que pasamos a analizar sucintamente a continuación. Un caso en el que, sin embargo y sorprendentemente, las consecuencias negativas desde un punto de vista científico parecen haber provocado una limitación de la validez de dicho principio de *reformatio in peius*.

2. UNA REFORMATIO IN PEIUS DE CONSECUENCIAS INDESEABLES

El caso en concreto se generó a raíz de que dos aportaciones científicas previamente aprobadas con un 6 y que, en virtud de las disposiciones arriba aludidas, se presentaron a la convocatoria del año siguiente, siendo suspendidas en esa segunda convocatoria con un 4,5. Ahora bien y tal y como comprobó el solicitante, la composición de los dos Comités asesores/evaluadores involucrados era materialmente idéntica en cuanto a la mayoría de sus miembros (especialista incluido). Y en efecto, de los siete miembros del primer Comité se mantenían en el segundo cinco (la mayoría: el presidente y cuatro vocales, especialista incluido) y cesaban dos vocales, incorporándose tres nuevos, ninguno de ellos especialista en relación a las aportaciones que nos ocupan.

Así las cosas, el solicitante recurrió la resolución denegatoria de sexenio por arbitraria y por ir contra el principio *nemo contra factum proprium venire potest*. Recurso que fue examinado por el segundo Comité asesor/evaluador llegando a la conclusión de que no procedía corregir los suspensos y mantener el aprobado previo de tales aportaciones dado que había variado la composición

del Comité en relación al de la convocatoria del año anterior. Motivación ésta plenamente avalada por la CNEAI.

No parece preciso señalar que, desde un punto de vista técnico jurídico estricto, esta *reformatio in peius* podría defenderse ya que se trata de dos Comités asesores diferentes habida cuenta de que algunos de sus miembros habían variado, de modo que, en pura técnica jurídica, al ser dos Comités distintos la nota era susceptible de modificación. Ahora bien, tampoco parece preciso señalar que la motivación del cambio de aprobado a suspenso basada en esa mera variación en la composición del Comité resulta insostenible desde un punto de vista estrictamente científico.

Y en efecto, en cuanto a la mayoría presente en ambas convocatorias (especialista incluido), defender que tal *reformatio in peius* se justifica en esos términos equivale a auto-descalificarse científicamente al argumentarse implícitamente que no se precisa de motivación racional alguna a la hora de calificar: basta la mera presencia de una minoría no especialista para suspender aportaciones previamente aprobadas por la mayoría (especialista incluido).

En cuanto a la minoría entrante —los tres nuevos vocales no especialistas—, sostener que tal *reformatio in peius* se justifica de ese modo equivale también a auto-descalificarse científicamente pues supone afirmar implícitamente que basta su mera presencia —sin motivación ulterior alguna—, para suspender aportaciones previamente aprobadas por el Comité anterior en el que figuraba la misma mayoría de miembros —cinco, especialista incluido—, que en el que dicha minoría se integra.

No parece necesario resaltar que todo ello lleva a una doble pendiente resbaladiza de dudas razonables respecto a las calificaciones otorgadas por ambos Comités. Y así, en cuanto a la mayoría presente en ambos Comités (especialista incluido) se siguen lógicamente dudas razonables tanto sobre las calificaciones otorgadas a todas las aportaciones científicas del solicitante en cuestión cuanto sobre las de todos los solicitantes que se presentaron a su evaluación en las dos convocatorias concernidas y ello con todos los corolarios consiguientes.

Una pendiente resbaladiza se abre también en relación a los tres nuevos vocales no especialistas y así cabría dudar razonablemente no sólo de las calificaciones dadas al solicitante en cuestión sino de las dadas a todos los demás solicitantes con todos los corolarios consiguientes. A ello habría de añadirse, por lo demás, el hecho de que dos de esos tres nuevos vocales fueron designados por la CNEAI como presidentes de los Comités asesores que actuaron en las dos convocatorias siguientes a aquélla en la que se sitúa el caso que analizamos. Con lo cual, cabría dudar razonablemente de las calificaciones dadas por Comités presididos por ellos con todos los corolarios consiguientes.

Por lo demás, a esas dos pendientes resbaladizas de dudas razonables habría de sumarse la que se sigue de la actitud de la CNEAI al respecto, aceptando tal *reformatio in peius*. Y en efecto, ni que decir tiene que, desde una perspectiva estrictamente científica, en ningún caso debió la CNEAI aceptar el cambio de aprobado a suspenso de esas dos aportaciones habida cuenta de que estaban siendo evaluadas por Comités materialmente idénticos en cuanto a su presidente y a la mayoría de sus vocales (especialista incluido).

En otras palabras y desde el mismo punto de vista científico, resulta evidente que la CNEAI tendría que haber considerado «razón suficiente» —por decirlo en los términos de la segunda de las respuestas transcritas más arriba—, para no aceptar tal *reformatio in peius*, el hecho de que los dos Comités asesores involucrados fueran materialmente idénticos en los términos vistos.

Así las cosas, con semejante actitud por parte de la CNEAI, aceptando sin limitación alguna las propuestas de los Comités asesores, la credibilidad de todo el sistema de evaluación de la actividad investigadora quedaría en cuestión. Falta de credibilidad que, obviamente, habría de extenderse a todo el sistema de educación superior basado en los sexenios, como es bien sabido, y con él a todo nuestro sistema educativo que, también obviamente, depende de la calidad de nuestro sistema de educación superior.

Ahora bien y paradójicamente, estas consecuencias indeseables parecen haber llevado —tal y como se anticipaba más arriba—, a una limitación *de facto* del principio de *reformatio in peius*, por decirlo una vez más en los términos de la CNEAI. Limitación que, de un modo u otro, habría provocado lo que proponemos denominar «posjusticia», tal y como se sigue del decurso posterior del caso que exponemos sucintamente a continuación.

3. POSJUSTICIA

Y es que, tras algunos avatares en los que, por limitación de espacio, no podemos detenernos aquí², si bien haremos después alusión a alguno de ellos³, el caso llegó a la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional como un recurso contencioso-administrativo (PO 439/2012). En él, el recurrente alegaba no sólo arbitrariedad y violación del principio *nemo contra factum proprium venire potest*, sino también discriminación en relación a terceros dado que había tenido conocimiento de un cambio en el *modus operandi* de los Comités asesores según el cual dicha *reformatio in peius* y cualquier otra ya no sería posibles. Al parecer, cuando

² Para una exposición detallada del caso, con excepción de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, *vid.* A. de Prada García (2016: 1 y ss.).

³ *Vid. infra* nota 8.

los Comités tenían que evaluar aportaciones científicas ya previamente evaluadas, se les hacía llegar la calificación previa y no podían modificarla sino al alza.

Como el recurrente había obtenido esta información de manera no oficial pues no constaba en parte alguna, trató de demostrarla así como la consiguiente discriminación en relación a terceros, proponiendo la práctica de cuatro pruebas testificales. Las dos primeras, dirigidas a la Secretaria de Estado de Universidades y al Coordinador General de la CNEAI, para conseguir información de la fecha y el autor de la decisión de dicha modificación del *modus operandi* así como de los casos concretos en los que se había aplicado desde entonces.

Dado que era la parte demandada la que tenía que facilitar esta información, las otras dos peticiones de prueba se dirigían a los presidentes y a los especialistas del mismo área de conocimiento de los Comités asesores posteriores para conocer tanto si efectivamente se les habían trasladado las calificaciones previas de las aportaciones científicas que se volvían a evaluar, cuanto los casos concretos a los que se había aplicado este presunto nuevo *modus operandi*.

La Sección admitió dichas peticiones (excepto la referida a los especialistas) y se practicaron en los términos que se relatan a continuación. En lo que se refiere a la Secretaria de Estado de Universidades, pese a la obligación constitucional de colaborar con jueces y tribunales⁴, no contestó ni una sola palabra sin dar además justificación alguna de ello. Por lo que toca al Coordinador General de la CNEAI, no contestó la primera pregunta aduciendo que acababa de ser nombrado en el cargo y en cuanto a la segunda tampoco la contestó, aduciendo que ello implicaría el cese del servicio público prestado por la CNEAI. Finalmente, en lo que respecta a la tercera prueba admitida, la dirigida a los presidentes de los Comités científicos asesores, la primera pregunta fue respondida afirmativamente mientras que la segunda aparecía modificada, habiéndose introducido un «no» en la pregunta que la hacía ininteligible.

A la vista de lo anterior y al amparo de la legislación vigente, el recurrente realizó una doble petición. Primariamente, solicitó a la Sección la práctica de la prueba no realizada, la dirigida a la Secretaria de Estado de Universidades, y la repetición de la prueba en la que se había modificado el tenor de la segunda pregunta dirigida a los Presidentes de los Comités posteriores. Subsidiariamente, para el caso de no admitirse la primera petición, y a la luz del resultado de la práctica de la prueba, el recurrente solicitaba se tuviese por probada la discriminación en relación a terceros a los que el nuevo *modus operandi* se estaría aplicando.

⁴ Artículo 118.1 CE.

La Sección, sin embargo, no atendió estas peticiones, declaró conclusas las actuaciones, dictó sentencia desestimatoria del recurso considerando que «*no se había demostrado la discriminación alegada*» y condenó al recurrente al pago de las costas. Por lo demás, en la Sentencia la única mención a la práctica de la prueba era la fórmula, «*practicadas las pruebas consideradas pertinentes*», sin la menor referencia al comportamiento de la Secretaria de Estado de Universidades, del Coordinador General de la CNEAI o a la modificación de la segunda de las preguntas dirigidas a los presidentes de los Comités científicos asesores que acabamos de relatar.

Finalmente, los hechos que dieron lugar al caso no aparecían en la Sentencia tal y como se habían producido. No había mención alguna al hecho de que los dos Comités asesores de la CNEAI que aprobaron primero con un 6 y luego, al año siguiente, suspendieron con un 4,5 dos aportaciones científicas eran idénticos en cuanto al presidente y a la mayoría de sus vocales (especialista incluido). Según la sentencia, los hechos eran literalmente:

«... la controversia se presenta en relación a la valoración dada por el Comité Asesor del Campo, al valorar dos de las cinco aportaciones con un 4.5, cuando el año anterior se había valorado con un 6...»⁵.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la práctica de la prueba no se incluía en la sentencia y que los datos originales habían sido de-construidos en la forma que acabamos de ver, resulta obligado concluir que estaríamos ante lo que proponemos denominar un caso de posjusticia. Esto es, un caso en el que no cabe hablar de justicia aplicada a los hechos probados «auténticos», verdaderos sino a hechos posverdaderos, por así decirlo, deconstruidos del modo que se ha visto.

Dicho en otros términos, las consecuencias indeseables a las que más arriba nos referíamos, habrían dado lugar, presuntamente, a una deconstrucción de los hechos y de la prueba practicada de modo que resultara una «versión», por así decirlo, mucho más defendible desde un punto de vista científico. Y en efecto, no parece preciso resaltar que la «*controversia*» tal y como se relata en la sentencia no permite llegar a las consecuencias indeseables a las que la *reformatio in peius* objeto real de controversia obligaba a llegar y a las que nos referimos más arriba.

A todo esto, quizás se objete que nuestra propuesta del término «*posjusticia*» para describir el comportamiento de dicha Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional carece de sentido pues, a lo sumo, estaríamos, presuntamente, ante el incumplimiento de preceptos procesales básicos y, en concreto, de los relativos a los hechos probados y a la

⁵ Omitimos, por irrelevante en este contexto, la identificación del Comité asesor.

inclusión de la prueba practicada en la motivación del fallo⁶. Preceptos sobre los que, por lo demás, parece haber pleno acuerdo doctrinal⁷.

Pero esta posible objeción puede rebatirse fácilmente dado que esos mismos hechos —esa misma *reformatio in peius* que venimos analizando—, sufrieron la misma deconstrucción por parte de otra Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en este caso la Sección Quinta. Y en efecto, como se apuntó más arriba⁸, el caso pasó por diferentes avatares y, más en concreto, en un primer momento fue planteado como recurso contencioso-administrativo (P.O. 1160/2009) ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Pues bien, la Sección Quinta también dictó sentencia contra el recurrente (sin condena en costas) pero la deconstrucción de los hechos fue exactamente la misma. En parte alguna de la sentencia se hacía mención al hecho de que los dos Comités científicos asesores de la CNEAI que primero aprobaron con un 6 dos aportaciones científicas y luego las suspendieron con un 4,5 eran idénticos en lo que respecta a su presidente y a la mayoría de los vocales (especialista incluido)⁹.

Todavía más, esa posible objeción contra la propuesta que aquí hacemos del término «*posjusticia*», podría rebatirse también teniendo en cuenta que la sentencia de la Sección Sexta fue plenamente avalada tanto por el Tribunal Constitucional (TC) cuanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órganos a los que el solicitante de sexenio recurrió a continuación.

Y en efecto, el recurrente —tras un incidente de nulidad de actuaciones basado en la presunta violación del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, y rechazado, sin condena en costas ni multa, por dicha Sección Sexta—, planteó recurso de amparo ante el TC (R.A. 5497-2014). En dicho recurso se solicitaba amparo frente a la presunta violación del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, argumentándose que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en la sentencia había modificado los hechos objeto de controversia y omitido la práctica de la prueba en los términos vistos, actuaciones presuntamente incompatibles con la tutela judicial efectiva.

En consecuencia, se invertían los términos de la petición final realizada en el trámite de conclusiones antes referido, de modo que, primariamente se solicitaba se tuviese por probada la discriminación alegada en virtud del principio «*quien debiendo hablar calla, otorga*», y, subsidiariamente, se solicitaba se

⁶ Artículos 209.2 y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC).

⁷ C. Palao Taboada, C. (2014: 87) y M. Taruffo (2016: 75 y ss.).

⁸ *Vid. supra* nota 3.

⁹ A. de Prada García (2016: 17 y ss.).

declarase nula de pleno derecho dicha sentencia y se retrotrajesen las actuaciones dictándose nueva sentencia de acuerdo con lo legalmente establecido. Un año y tres meses después de presentado, el recurso fue inadmitido por la Sección 1.^a de la Sala 1.^a del TC argumentando literalmente «*manifiesta inexistencia de violación de derecho tutelable en amparo*».

Finalmente, el recurrente llevó el caso ante el TEDH y planteó demanda contra el Reino de España (D. 32.905/16), argumentado presunta violación del «*derecho a un recurso efectivo*» establecido en el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En concreto, se argumentaba que no tenía sentido alguno hablar de «*recurso efectivo*» si un órgano jurisdiccional podía modificar los hechos y omitir la práctica de la prueba en la sentencia. Pocos meses después, una formación de juez único decidió inadmitir la demanda al «*no cumplirse los requisitos de admisibilidad*». La notificación de esta decisión especificaba que no se daría ninguna explicación adicional al respecto y que el expediente sería destruido al cabo de un año.

Desde luego no es el momento de analizar en detalle estas decisiones del TC y del TEDH. No tiene mayor sentido criticar, aquí y ahora, la decisión del TC argumentando que la deconstrucción de los hechos y la exclusión de la práctica de la prueba en la sentencia serían manifiestas violaciones del artículo 24.1 CE. Tampoco procede señalar que el recurrente estaba plenamente convencido de que cumplía los requisitos de admisibilidad establecidos en los artículos 34 y 35 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Lo que aquí importa es que con sus decisiones tanto el TC como el TEDH vinieron a validar la decisión de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. En otras palabras, validaron la deconstrucción de los hechos realizada en la sentencia analizada y que, como vimos, reducía la *reformatio in peius* inicial a una versión en la que no se seguían las indeseables consecuencias, desde un punto de vista científico, en relación tanto al sistema de evaluación de la actividad investigadora, cuanto, en consecuencia, al sistema universitario español y a todo nuestro modelo educativo.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: CONTRA LA *REFORMATIO IN PEIUS*

Así cosas parece demostrado que la *reformatio in peius* sigue siendo plenamente posible en nuestro sistema de evaluación de la actividad investigadora. Asimismo parece demostrado que, paradójicamente, quedaría limitada a los supuestos con consecuencias asumibles, por así decirlo, y ello hasta el punto de que, como se ha visto, dos órganos jurisdiccionales (Secciones Quinta y Sexta de la Sala de Contencioso de la Audiencia Nacional) deconstruyeron la

reformatio in peius inicial en los términos vistos en un ejercicio que hemos propuesto llamar de *posjusticia*. Ejercicio que, como también se ha visto, fue validado por las instancias jurisdiccionales superiores: el TC y el TEDH.

Ahora bien, esa misma actuación «*posjusta*», si es que así puede hablarse, parece ser argumento más que suficiente para la completa prohibición de la *reformatio in peius* en nuestro sistema de evaluación de la actividad investigadora. Una prohibición que consistiría simplemente en considerar «razón suficiente» para no admitir una propuesta de *reformatio in peius* por parte de un Comité asesor el hecho de que las aportaciones reiteradas hayan sido aprobadas previamente. Una prohibición que, por lo demás, devolvería a los Comités la consideración de meros «asesores» que tienen legalmente atribuida, privándoles de la actual de «evaluadores» que, como se ha visto, se sigue de la ausencia de cualquier control sobre ellos por parte de la CNEAI.

BIBLIOGRAFIA

- Palao Taboada, C. (2014): «La prueba en el proceso contencioso-administrativo», en *Revista española de derecho administrativo*, n.º 163, abril-junio 2014, p. 49-108.
- Prada García, A. de (2016): *Por una reforma del derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. A propósito de dos sentencias de la Audiencia Nacional y una providencia de inadmisión del Tribunal Constitucional*. Boletín de Ministerio de Justicia. Año LXX, n.º 2193, noviembre de 2016, <www.mjusticia.es/bmj>, pp. 1-16.
- Salameró Teixidó, L. (2012): «Principio de congruencia, prohibición de la *reformatio in peius* y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5680/2007)», en *Revista de Administración Pública*, n.º 189, pp. 203-243.
- Sanz Rubiales, I. (2013): «Contenido y alcance de la prohibición de “*reformatio in peius*” en el procedimiento administrativo», en *Revista de Administración Pública*, n.º 190, p. 241-276.
- Taruffo, M. (2016): «Apuntes sobre las funciones de la motivación», en Priori Posada, G. (coord.): *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*, Palestra, Lima 2016, pp. 75-84.

LAS COSTAS DEL ABOGADO DEL ESTADO EN EL ÁMBITO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Agustín Manuel Muñoz Carmona

SUMARIO: 1. La naturaleza jurídica y retribución del Abogado del Estado. 2. La tasación de costas por el Abogado del Estado. A) La determinación del importe de las costas en el ámbito contencioso-administrativo. B) La inclusión de los derechos de procuraduría. C) Igualdad de armas: ¿en todos los casos?. 3. Los honorarios del Abogado del Estado: ¿un posible enriquecimiento injusto de la Administración Pública?. 4. Bibliografía.

RESUMEN: El presente trabajo realiza un análisis de los pormenores relativos a las costas cuyo pago corresponde a la contraparte de una Administración Pública defendida y representada por la Abogacía del Estado en el marco de un proceso judicial. A este respecto, se estudia la peculiar situación de privilegio que ostentan las instituciones públicas cuya dirección letrada es asumida por su propio cuerpo jurídico frente a los particulares; situación que, a la vista de la regulación existente, puede llegar a suponer una quiebra del principio de igualdad de las partes y un enriquecimiento injusto para la Administración acreedora de las costas.

PALABRAS CLAVE: costas, Abogado del Estado, Administración Pública.

ABSTRACT: This paper focuses on the analysis of the procedural costs whose payment is owed by the counterpart of a Public Administration defended and represented by the State's Attorney in a judicial process. In this regard, this work deals with the privileged situation of the public institutions whose legal direction is assumed by their own legal body; situation that, in view of the existing regulation, can lead to a breach of the principle of equality of the parties and unjust enrichment for the Public Administration.

KEYWORDS: procedural costs, State's Attorney, Public Administration.

1. LA NATURALEZA JURÍDICA Y RETRIBUCIÓN DEL ABOGADO DEL ESTADO

La Administración, al igual que cualquier administrado, requiere, para una adecuada defensa en sede judicial de sus derechos e intereses, de la pertinente asistencia letrada. Para ello, el Estado dispone de su propio cuerpo jurídico (regulado en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado), aglutinando cada uno de sus miembros las funciones de dirección letrada y procuraduría, de manera que esta última labor deba ser asumida por un profesional retribuido de conformidad con los derechos arancelarios legalmente establecidos.

Así pues, al contrario de lo que sucede con los particulares, como regla general, la representación y defensa de las Administraciones Públicas es asumida por cuerpos de letrados adscritos a las mismas con una retribución mensual fija con cargo a los presupuestos públicos y que, a diferencia de lo que sucede cuando un abogado asume la dirección letrada de un particular o de una mercantil para la defensa de sus derechos e intereses, la relación existente no viene constituida por un arrendamiento de servicios en el sentido de la figura regulada en el artículo 1544 del Código Civil.

Desde el punto de vista legal y en lo atinente a su ámbito de actuación y funciones, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 52/1997, corresponde a los Abogados del Estado «*la asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos autónomos, así como la representación y defensa de los Órganos Constitucionales*». Asimismo, podrán representar, defender y asesorar a las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales en los términos que se establezcan reglamentariamente y mediante la celebración de los oportunos convenios de colaboración (apartados 3 y 4 del artículo 1 de la Ley 52/1997).

Asimismo, en relación a su vinculación con la Administración General del Estado, el Abogado del Estado se haya ligado por una relación funcional regida por el Derecho Administrativo —de conformidad con el artículo 4 de la ya citada Ley 52/1997 en relación con el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público—, teniendo unos derechos retributivos regulados por la normativa general y con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, por lo que en sus emolumentos no influirá en modo alguno el número de pleitos en que intervenga o de asuntos en los que realice funciones de asesoramiento, ni tampoco la calidad o complejidad de la actuación desplegada en los mismos.

2. LA TASACIÓN DE COSTAS POR EL ABOGADO DEL ESTADO

Comenzando por la función de las costas en el ámbito procesal, el artículo 241 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil las define como la parte de los gastos del proceso (aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso) que se refieran al pago de conceptos tales como los honorarios de defensa, los derechos de peritos o la publicación de anuncios.

A este respecto, acudiendo a la doctrina sentada, entre otros, por Martín Contreras, cabe señalar que *«los gastos que se incluyen dentro del concepto de costas procesales serán aquellos que tienen su origen dentro del propio proceso y que se producen de manera ineludible, sin que sean opcionales para los litigantes»*, añadiendo que *«la tasación de costas se erige en la forma ordinaria de reintegro por parte del litigante vencedor de aquellos gastos que, teniendo origen en el propio proceso, ha debido anticipar para hacer frente a los mismos y a cuyo reintegro tiene derecho como consecuencia de su reconocimiento expreso en la sentencia mediante la condena en costas de otro litigante»*¹.

Por su parte, la jurisprudencia aboga por considerar la condena en costas como el medio para resarcir a la parte vencedora por el sacrificio patrimonial padecido sin que ello revierta directamente en los profesionales intervinientes. En este sentido, conviene traer a colación a título ilustrativo la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 2000 (RJ 2000\2491), que establece lo siguiente:

«El litigante vencedor en costas está legitimado para que le sean resarcidos los gastos originarios directa o indirectamente (costas en sentido estricto) por el pleito, sin excluir la minuta de su Letrado (Sentencia de 4-11-1991). Es un derecho a su favor y no propio de los profesionales que han intervenido en el pleito en su nombre y por razón del encargo que les ha sido otorgado, por lo que el importe de las costas debe pasar a su propio patrimonio para restablecer el desequilibrio económico sufrido por consecuencia del proceso que hubo de entablar o que tuvo que soportar, de ser parte demandada».

Teniendo en cuenta lo anterior y entrando en las costas generadas a favor de la Administración cuando la representación y dirección letrada es asumida por la Abogacía del Estado, el artículo 13 de la Ley 52/1997 dispone que: *«La tasación de las costas en que fuere condenada la parte que actúe en el proceso en contra del Estado, sus organismos públicos, los órganos constitucionales o personas representadas y defendidas por el Abogado del Estado, se regirá,*

¹ L. Martín Contreras (2015: 36).

en cuanto a sus conceptos e importe, por las normas generales» y añade que «en estos conceptos se incluirán, en todo caso, los correspondientes a las funciones de representación del Abogado del Estado».

Así pues, el precepto citado contempla una remisión a las normas generales en materia de tasación de costas cuando las mismas deban ser percibidas por la Administración Pública defendida por el Abogado del Estado, no estableciéndose distinción alguna con los justiciables que actúan en sede procesal cuya defensa es asumida por letrados con los que la relación contractual viene constituida por un arrendamiento de servicios.

En cuanto a la representación, pese a que el Abogado del Estado ejerce simultáneamente las funciones de representación y defensa de las Administraciones Públicas, el citado artículo 13 de la Ley 52/1997 establece que, en las tasaciones de las costas generadas a favor de la Administración, se incluirán, en todo caso, los conceptos relativos a la actuación como procurador por el Abogado del Estado.

No obstante lo anterior, y a pesar de la regulación legal existente, existen una serie de peculiaridades en torno a la determinación de las costas y a la especial posición de la Administración Pública frente a los administrados que deben ser objeto de consideración a los efectos de comprender la necesaria moderación de las costas de que resulte beneficiaria la Administración cuando actúe representada por su propio cuerpo jurídico integrado por empleados públicos.

A) LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LAS COSTAS EN EL ÁMBITO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Como se ha indicado con carácter previo, las costas tienen un carácter eminentemente indemnizatorio, teniendo como objetivo primordial dejar a la parte vencedora con una situación idéntica a la existente de no haberse tenido que someter a un proceso judicial para una adecuada y efectiva defensa de sus derechos e intereses. No obstante lo anterior, dicho objetivo queda atemperado por lo dispuesto en el artículo 139.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando establece que *«la imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima».*

De este modo, en el ámbito contencioso-administrativo el importe correspondiente a las costas no debe cubrir necesariamente todas las generadas a instancia de la parte vencedora por cuanto pueden existir motivos para su limitación, bien a una parte de las mismas o bien hasta una cifra máxima.

Asimismo, a la hora de determinar las costas, jurisprudencialmente se han establecido una serie de criterios que deben seguirse para la imposición de una cuantía adecuada de conformidad con las circunstancias concurrentes en cada asunto y que sirven para modular la aplicación automática y estricta del criterio de la cuantía económica del pleito para el cálculo de las costas generadas por la parte que ha visto satisfechas todas sus pretensiones en el procedimiento judicial. A título meramente ilustrativo, conviene citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2010 (RJ 2011\194) que, en relación a los criterios moduladores de las costas, establece que:

«La evaluación del trabajo profesional que se realizó por los Abogados, y entre ellos el Abogado del Estado, ha de guardar objetiva concordancia con los servicios realmente prestados con adaptación a su naturaleza, teniendo en cuenta para su reconocimiento no un módulo cuantitativo fijo que opere automáticamente, sino una serie de factores o circunstancias tales como el trabajo profesional realizado, su mayor o menor complejidad en relación con el interés y cuantía económica del pleito, tiempo que requirió normalmente emplear, resultados obtenidos, alcance y efectos posteriores».

Así pues, la tasación de costas no se produce de una forma automática en función de un criterio meramente económico, sino que cuestiones tales como la complejidad del asunto, o el trabajo profesional realizado deben ser tenidas en cuenta para que la parte vencida en el proceso no se vea doblemente perjudicada como consecuencia de la desestimación de sus pretensiones y, además, de una condena en costas prohibitiva desde el punto de vista económico y que pueda tener incluso carácter disuasorio a la hora de valorar la posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa a intentar conseguir la salvaguarda de sus derechos e intereses en un escenario incierto.

B) LA INCLUSIÓN DE LOS DERECHOS DE PROCURADURÍA

Como hemos señalado previamente, el artículo 13 de la Ley 52/1997 establece expresamente que, cuando la parte vencedora sea una Administración representada por un Abogado del Estado, en la tasación de costas que se efectúe deberán incluirse los conceptos relativos a las funciones de representación —de *«funciones de procuraduría»* hablaba la norma con carácter previo a la reforma operada por la Ley 3/2017, de 27 de junio, en el apartado 1 del mencionado artículo 13—.

Dicha redacción legal supone atribuir a la Administración el privilegio de aunar en la Abogacía del Estado las funciones de dirección letrada y representación, sin necesidad de acudir, en beneficio del erario público puesto que se evita el pago de los derechos arancelarios, a un procurador para que asuma la representación en sede judicial de la Administración Pública.

En efecto, del mismo modo que los derechos del procurador que interviene en representación de una Administración Pública no pueden incluirse en una eventual tasación de costas de esa Administración dado el carácter puramente voluntario de dicha decisión, cabe excluir los honorarios que por el Abogado del Estado se reclamen por la realización de funciones de procuraduría cuando la posibilidad de aunar en un mismo profesional la dirección letrada y la representación procesal es un privilegio de que goza la Administración que, en ningún caso, puede emplearse para obtener un enriquecimiento injusto por su parte. En relación a esta cuestión resulta especialmente tajante, entre otros, el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 19 de junio de 2012 (JUR 2012\252235).

De este modo, de conformidad con el criterio jurisprudencial seguido en el citado auto, resulta palmario que no asiste derecho alguno de la Abogacía del Estado de imputar a la parte vencida la carga de sufragar los costes asociados al ejercicio de la procuraduría. Ello es así por cuanto, al igual que sucede en los casos en que la representación por procurador no resulta preceptiva legalmente, el empleo por parte de la Administración del privilegio de que goza, en todos y cada uno de los procedimientos en que interviene de poder aunar en una misma persona las funciones de dirección letrada y representación procesal, no puede ser imputado a la parte vencida en el proceso y, por consiguiente, no procede su inclusión en la tasación de costas, pues lo contrario podría suponer un enriquecimiento injusto para la Administración demandada².

Así pues, si bien el artículo 13 de la Ley 52/1997, tras la modificación operada por la Ley 3/2017, incluye «*en todo caso*» los conceptos relativos a las funciones de procuraduría, resulta menos gravosa para la parte vencida en un pleito frente a la Administración que se valore caso por caso la actuación desplegada por el Abogado del Estado a los efectos de determinar si los gastos generados como consecuencia del desempeño de la función de representación merece, por su relevancia o entidad propia, ser incluida en la tasación de costas como si en el proceso hubiere intervenido un profesional distinto de aquel que asume la dirección letrada del asunto³.

² En este sentido se pronuncia Ques Mena, que defiende que «*atendiendo a la función resarcitoria que tienen las costas procesales, resulta razonable entender que la inclusión de partidas de procuraduría quede limitada a actuaciones de mera representación procesal, que no lleven aparejadas otras de defensa*» [L. Ques Mena (2009)].

³ Esta es la interpretación que, de la anterior redacción del artículo 13 de la Ley 52/1997 (que habla de inclusión, «*en su caso*», de los derechos de gastos correspondientes a las funciones de representación), realizaba la jurisprudencia, que abogaba por analizar caso a caso si debían incluirse o no los derechos de procuraduría. Es el caso de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero de 2002 (La Ley 41314/2002).

C) IGUALDAD DE ARMAS: ¿EN TODOS LOS CASOS?

Uno de los motivos a los que recurrentemente se acude por la doctrina para defender que las costas generadas a favor de la Administración Pública cuando se encuentra defendida por la Abogacía del Estado deben regirse por las normas generales tiene su fundamento en la necesidad de disuadir a los administrados de acudir temerariamente a la vía contencioso-administrativa para lograr la satisfacción de sus intereses⁴.

Asimismo, se señala por la doctrina que la legalidad de los honorarios minutados por el Abogado del Estado reside en el necesario mantenimiento de la igualdad de las partes, la cual se vería violentada si los particulares pudieran acudir a sede judicial demandando a la Administración sin que ello les suponga coste alguno, lo que, sin duda, redundaría en un incremento de la litigiosidad que con las costas se pretende disuadir⁵.

Sin embargo, parece obviarse que, en determinadas ocasiones, esa igualdad de armas no es tal por cuanto los administrados acuden a sede contencioso-administrativa con una manifiesta posición de inferioridad frente a una Administración Pública que, siendo juez y parte en el procedimiento administrativo previo a la sede judicial, cuenta con unas «armas» en el seno del proceso inalcanzables para los particulares.

Así, a título ilustrativo, en los casos en que la Administración Pública no cumple con su obligación de resolver y notificar en plazo y el silencio tiene sentido desestimatorio, los administrados, para conseguir la satisfacción de sus derechos e intereses, se ven obligados a solicitar la tutela judicial en un escenario en el que, además de la incertidumbre propia de todo proceso con intereses contrapuestos, se parte de una situación de desigualdad por cuanto no se dispone de información alguna sobre el criterio seguido por la Administración Pública demandada en ese concreto asunto y se plantearán una serie de pretensiones sin conocer exactamente cuál es la posición mantenida por la otra parte más allá de una simple ficción de resolución desestimatoria que habilita la interposición de un recurso contencioso-administrativo.

De esta forma, no puede hablarse con carácter general de una igualdad entre las partes cuando, con ocasión de la interposición de un recurso contencioso-administrativo, una Administración Pública interviene como demandada

⁴ En este sentido, la Sentencia n.º 146/1991, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional, las costas tienen como función *«prevenir los resultados distorsionadores del entero sistema judicial que se derivaría de una excesiva litigiosidad y en restituir a la parte contraria los gastos que, en menoscabo de la satisfacción de sus pretensiones, le ocasiona la defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a quienes les promuevan acciones o recursos legalmente merecidos de la imposición de costas»*.

⁵ A. Brezmes Martínez de Villarreal (2005).

en sede judicial eludiendo su obligación de resolver y notificar su resolución en el plazo legalmente determinado y, como consecuencia de lo anterior, sin expresar en la vía administrativa previa los argumentos en que basará su defensa, colocando de esta manera al administrado en una manifiesta posición de inferioridad frente a una Administración que ha incurrido en inactividad formal.

A mayor abundamiento, en caso de ganar el pleito y que la otra parte sea condenada y ante la evidente ventaja fáctica y legal de que parte en determinados procesos en el ámbito contencioso-administrativo, cabe poner de manifiesto que, de conformidad con el artículo 13.1, último párrafo, de la Ley 52/1997 y 139.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para el cobro de dichas costas, la Administración podrá exigir su pago a través del correspondiente procedimiento de apremio, eludiendo el control judicial y asumiendo la condición de juez y parte que ostenta en todo procedimiento administrativo, lo que quebranta de forma manifiesta el principio de igualdad entre las partes cuando se imponen las costas al litigante vencido por la Administración.

3. LOS HONORARIOS DEL ABOGADO DEL ESTADO: ¿UN POSIBLE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

Si partimos del carácter eminentemente indemnizatorio de las costas, cuando la parte vencedora es una Administración Pública cuya representación y defensa en sede judicial ha sido asumida por la Abogacía del Estado, parece obvio que los costes generados como consecuencia del proceso en cuestión no guardan relación, en ningún caso, con la cuantía económica del procedimiento y ni siquiera con los criterios jurisprudencialmente establecidos para modular el importe de las costas.

Ello es así por cuanto, cuestiones tales como la complejidad del asunto, el número de horas dedicadas y otros criterios moduladores de las costas de conformidad con la jurisprudencia citada, no inciden en modo alguno en la retribución percibida por el Abogado del Estado interviniente, dado que, por su cualidad de empleado público, recibe una remuneración mensual fija con independencia de los concretos asuntos en que haya intervenido asumiendo la representación y la dirección letrada en defensa de la Administración.

Además, el hecho de que normativamente se le haya atribuido el privilegio de aunar en un mismo profesional las funciones de defensa y procuraduría constituye una prerrogativa que, no solo la diferencia de los administrados en una importante proporción de los procesos sustanciados en vía contencioso-administrativa, sino que, además, permite al erario público ahorrar los derechos

arancelarios de los procuradores, los cuales constituyen una parte destacada de los costes asociados a la intervención de cualquier ciudadano en un proceso judicial. A este respecto, sería preciso que, a efectos de moderar el impacto de la inclusión de los gastos por representación en todos los supuestos, analizar caso por caso si la función de procuraduría desplegada por la Abogacía del Estado merece ser retribuida como si en el marco del proceso hubieran actuado independientemente un procurador y un letrado, cada uno ejerciendo sus propias competencias.

En el caso de la desestimación presunta de los procedimientos iniciados a instancia de los interesados o de los recursos administrativos interpuestos por estos, no solo se permite a la Administración eludir su obligación de resolver y notificar, sino que se obliga a los administrados a interponer un recurso contencioso-administrativo y formular demanda sin conocer mínimamente los argumentos que se esgrimirán por la Administración demandada, lo cual evidentemente les coloca en una posición de inferioridad y de desigualdad de armas que debería ser mitigada necesariamente a través de mecanismos con la modulación de las costas.

En virtud de lo anterior, el hecho de que las costas generadas a favor de la Administración Pública en cuya defensa y representación actúa la Abogacía del Estado se tramiten en virtud de las normas generales y, además, se incluya la función de procuraduría, dotando a la Administración de una situación especialmente beneficiosa en un contexto en el que no cuenta con más que prerrogativas y privilegios, puede llevar a la conclusión de que cuando la parte vencedora es una Administración Pública, se esté produciendo un enriquecimiento injusto dado que los costes asociados a su intervención en procesos judiciales se encuentran constituidos básicamente por la retribución que, con cargo a los presupuestos públicos, reciben los Abogados del Estado por las funciones de defensa, representación y asesoramiento que tienen legalmente atribuidas, no dependiendo en ningún caso de otros criterios moduladores como los establecidos jurisprudencialmente.

De esta manera, además del enriquecimiento injusto que puede producirse, el criterio del vencimiento para la imposición de las costas procesales resulta especialmente beneficioso para la Administración Pública por cuanto, pese a que sus gastos en los procesos judiciales por las funciones de representación y defensa son fijos y no dependen de otras circunstancias, las costas impuestas a favor de la Administración se determinan conforme a las reglas generales, pensadas para profesionales en cuya retribución normalmente influye la cuantía del pleito, la complejidad del asunto o el número de horas dedicado.

Así pues, resulta recomendable que, a efectos de evitar los perniciosos efectos que puede provocar la quiebra del principio de igualdad entre las partes, las costas de las que resulta acreedora una Administración Pública defendida por la Abogacía del Estado sean limitadas hasta una cuantía máxima (de

acuerdo con el artículo 139 de la Ley 29/1998) o se contemplen excepciones en la aplicación de las normas generales dada la privilegiada posición de la Administración en el marco de un proceso contencioso-administrativo.

4. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (1999). *La asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Estudios en Homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*. 1.^a ed., Pamplona, Aranzadi, 825 pp.

Brezmes Martínez de Villarreal, A. (2005). «“Tasación de costas en el recurso contencioso-administrativo y honorarios del Abogado del Estado”: réplica necesaria a una tesis insostenible», en *Actualidad Administrativa*, núm. 11, pp. 1284-1293.

Gallardo Castillo, M. J. (2012). «La Abogacía del Estado en España: antecedentes, regulación y funciones», en *Actualidad Administrativa*, núm. 1, p. 6.

Gilabert Cervera, M. Á. (2016). *La formación histórica del cuerpo de Abogados del Estado*. 1.^a ed., Sevilla, Global Law Press, 346 pp.

Martín Contreras, L. (2015). *Las costas procesales. Tasación de costas en todos los órdenes jurisdiccionales, provisión de fondos y jura de cuentas*. 1.^a ed., Barcelona, Bosch, 642 pp.

Ques Mena, L. (2009). «Costas procesales», en *Diario La Ley*, n.º 7153.

Salàs Darrocha, J. T. (2005). «Tasación de costas en el recurso contencioso-administrativo y honorarios del Abogado del Estado», en *Actualidad Administrativa*, núm. 3, pp. 260-269.

LOS CRITERIOS DE ADMISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN TORNO A LAS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL EN EL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN

Susana E. Castillo Ramos-Bossini

SUMARIO: 1. Introducción: algunas cuestiones previas. 2. El supuesto del artículo 88.2.g) LJCA: que la sentencia impugnada resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general. 3. La presunción establecida en el artículo 88.3 c) LJCA: la sentencia recurrida declara nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente. 4. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: La presente comunicación analiza los criterios que la Sección de Admisión ha establecido para la apreciación de la existencia de interés casacional objetivo a propósito de las disposiciones de carácter general.

PALABRAS CLAVE: criterios de admisión, disposiciones de carácter general, relevancia, presunciones, discrecionalidad.

SUMMARY: The present communication analyzes the criteria that the Admission Section has established for the assessment of the existence of objective casational interest in relation to the general norms.

KEYWORDS: admission criteria, general norms, relevance, presumptions, discretion.

1. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, como es conocido contemplaba, hasta su reforma en 2015, cinco tipos de recursos de casación. El que se denominaba ordinario, el recurso de casación para la unificación de doctrina estatal y autonómico y los recursos de casación en interés de la Ley, asimismo y como en el caso anterior, en sus dos variantes de estatal y autonómico. Esos cinco recursos se reconducen en la actual regulación a solo dos: una casación estatal y otra autonómica¹.

La reforma del recurso de casación, como se ha puesto de manifiesto suficientemente, obedeció a dos tipos de razones. De un lado, la imposibilidad de formación de jurisprudencia que surgía sobre todo al impedir el acceso a la Sala Tercera de muchas e importantes cuestiones jurídicas por el tipo de resoluciones jurisdiccionales que permitían el acceso a éste, la cuantía que exigía acceder al mismo y las propias materias excluidas de éste (por ejemplo las cuestiones de personal al servicio de las Administraciones públicas, salvo que afectaran al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera). De otro lado, la intención del legislador, que la propia ley denomina interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia², de que este recurso sirviera para esclarecer cuestiones jurídicas de las que dependía la decisión del litigio y, así, crear, reforzar, precisar, matizar o inclusive sustituir, en suma lo que se denomina formar, la jurisprudencia que le encomienda como función el artículo 1.6 del Código Civil³.

¹ En relación al balance de su aplicación es preciso remitirnos, *in totum*, a la Sección Debates del número 207, septiembre-diciembre 2018, de la Revista de Administración Pública, que dedica monográficamente distintos estudios al nuevo recurso de casación. De especial interés, a modo de reflexión sobre el acierto de esta reforma, resultan los trabajos de F. López Menudo (2018) y Tomás-Ramón Fernández (2018). Más específicamente, y en relación al objeto del presente trabajo, I. Huerta Garicano (2018).

² Entre otros, F. Velasco Caballero (2017) ha puesto de relieve cómo la incorporación de aquella idea en la Ley Orgánica 7/2015 ha de entenderse en un contexto más general de «objetivación» de los recursos judiciales ante órganos jurisdiccionales máximos o últimos.

³ Una medida que trataba de incidir en el objetivo de evitación de litigios, y que el «Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» justificaba en que «La jurisprudencia tiene un doble efecto sobre la litigiosidad: en primer lugar, evita el surgimiento del conflicto jurídico (porque la Administración y los particulares tienen claro cómo se aplica el Derecho); y en segundo lugar, disuade del planteamiento o sostenimiento del litigio, porque la jurisprudencia —cuando está consolidada— hace previsible cuál será el resultado final del proceso».

Y es que como ha puesto de manifiesto M. A. Ruiz López (2017: 169): «Lo primordial no es ahora la tutela de derechos o intereses legítimos, sino convertir la casación en un instrumento al servicio de la “formación de jurisprudencia” por parte del tribunal de casación, que a través de sus autos de admisión —y en algunos supuestos en los de inadmisión—, debe dejar sentada una interpretación del interés casacional según resulte del examen del propio ordenamiento jurídico».

El artículo 88, en su apartado segundo, establece los supuestos en que el Tribunal podrá apreciar interés casacional objetivo, con carácter abierto e indicativo, y en su apartado tercero establece una serie de presunciones en las que ese interés casacional objetivo se estima que concurre a modo de presunción. Las disposiciones de carácter general aparecen en ambos párrafos: por un lado, y en el de los supuestos que ameritan el juicio casacional, el apartado g) prevé como una de las circunstancias a tener en cuenta para apreciar un interés casacional objetivo que se resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general; de otro, y como una presunción de que éste concurre, cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente. La mejor doctrina ya ha puesto de relieve, y a la vista de las resoluciones dictadas es acertado ese parecer, lo innecesario de dos previsiones en tal sentido⁴.

Ahora bien, como ha explicado en distintos Autos la Sala de Admisiones la regla del artículo 88.3.c) LJCA es más específica que la del 88.2.g) LJCA de forma tal que cuando se anula la disposición, aún cuando se tratara de una impugnación directa o indirecta de ésta, ha de acudir a la presunción legal prevista en el primero de los artículos citados (AATS de 3 de mayo de 2017, rec. 189/2017, 25 de octubre de 2017, rec. 2668/2017 y 9 de marzo de 2018, rec. 6541/2017). Lo que hemos de añadir, en la práctica, no salva esa tacha de doble previsión innecesaria.

Ha de hacerse notar por la incidencia que ello pueda representar en el sentido de los criterios de admisión hasta ahora establecidos en la materia que se analiza en la presente comunicación que, en el tiempo transcurrido, la mayoría de las cuestiones suscitadas lo han sido con referencia a planes urbanísticos, al tratarse de disposiciones de carácter general a estos efectos, ya se tratara de la omisión de informes previos (a título de ejemplo la omisión de la memoria de sostenibilidad económica como resulta del ATS 15 de noviembre de 2018, rec. 4268/2017), ya fuese de la aplicación constitucional de la regla de supletoriedad, definiendo a su vez el contorno de la potestad jurisdiccional, mediante el establecimiento de los límites de la aplicación supletoria del Derecho del Estado para la regulación de materias que, como la ordenación urbanística, son de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (ATS de 15 de noviembre de 2018, rec. 5919/2017) u otras semejantes a propósito fundamentalmente como decimos de la impugnación de instrumentos de ordenación urbanística.

Lo cierto es que de las previsiones legislativas se deriva una consecuencia necesaria en ambos supuestos, a saber: que el recurrente tiene el deber de

⁴ J. A. Santamaría Pastor (2018: 52).

fundamentar en el escrito de preparación, con singular referencia al caso, la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que invoca como determinantes de la presencia del interés casacional objetivo, así como la conveniencia de un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo (artículo 89.2.f) LJCA), siendo preciso, además, que la parte recurrente cumpla con el resto de los requisitos exigidos en el artículo 89.2 LJCA⁵.

Ahora bien, cuando se invocan conjuntamente supuestos acreditativos del interés casacional previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, como suele ser habitual en los supuestos que se analizan, la Sección de Admisiones puede integrar razonamientos sobre cada uno de los supuestos invocados en el auto que admita o inadmita el recurso de casación, en lógica interpretación del artículo 90.3 LJCA.

Es preciso advertir, sin embargo que el hecho de que concurra un supuesto de presunción de interés casacional no conlleva, de forma automática, la admisión del recurso de casación sino que se ha de justificar la trascendencia de la norma o la relevancia de la cuestión jurídica suscitada lo que se ha denominado «juicio de relevancia». Y es que, en cualquier caso, debe ponerse de manifiesto que la presunciones recogida en el meritado precepto no son absolutas pues el propio artículo 88.3, in fine, permite inadmitir, mediante auto motivado, los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando el Tribunal Supremo «aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia»⁶. Bien es cierto que se viene admitiendo la diferencia existente entre las presunciones de las letras a), d) y e) del párrafo tercero, calificadas de presunciones *iuris tantum*, frente a las previstas en las letras b) y c), tildadas de presunciones *iuris et de iure* (ATS de 21 de junio de 2017, recurso de casación n.º 1800/2017). Siendo, además, que en el supuesto previsto en la letra c) el legislador admite la «contrapresunción» consistente en que la disposición anulada carezca manifiestamente de trascendencia suficiente⁷.

⁵ En torno a este escrito son de sumo interés los trabajos publicados en el último año de A. González López (2018a), (2018b) y (2018c). Asimismo cabe reseñar aquí el estudio inicial de J. R. Rodríguez Carbajo (2017).

⁶ La eventual inadmisión procede cuando el Tribunal estime que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo, en base a dos circunstancias: la primera, ha de entenderse no tanto por el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación; y, en segundo lugar, la inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (ATS de 6 de marzo de 2017, rec.150/2016).

⁷ Como indica el ATS de 13 de diciembre de 2018 (rec. 2695/2018) «Si bien, estamos en presencia de una disposición reglamentaria, carece, a efectos de la formación de jurisprudencia, de trascendencia suficiente, tal como exige el precepto, para que opere la presunción que el art. 88.3.c LJCA) incorpora, pues (...) aun en casos como este en que se invoca el artículo 88.3.c)

Y este último matiz marca una notable diferencia dado que a diferencia de los otros supuestos, concretamente los establecidos en sus letras a), d) y e), en que cabe inadmitir el recurso por la inexistencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, desvirtuando de este modo la presunción inicialmente establecida ante la falta (manifiesta) de dicho interés, en el que establece la letra c) del artículo 88.3 únicamente cabe enervar la presunción inicialmente prevista con base a lo asimismo establecido a continuación en dicha letra c) del referido precepto, esto es, si la disposición anulada, con toda evidencia, carece de trascendencia suficiente.

2. EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 88.2.G) LJCA: QUE LA SENTENCIA IMPUGNADA RESUELVA UN PROCESO EN QUE SE IMPUGNÓ, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL

Es preciso reseñar, en primer término, que la procedencia de la norma impugnada, directa o indirectamente⁸, resulta indiferente y puede provenir de cualquier entidad territorial ya se trate del Estado, de una Comunidad Autónoma o de una entidad local o, inclusive, de una norma de la Unión Europea pues, como puso de manifiesto el ATS de 12 de diciembre de 2017 (rec. 4535/2017), *«no es exigible que el Tribunal tenga competencia para anular el precepto indirectamente impugnado, pues ni lo exige la norma ni forma parte de su “ratio legis”. Basta con que en el litigio se cuestione la validez de una disposición de carácter general, directa o indirectamente, ya que en los supuestos en los que el Tribunal anula la disposición general, por disponer de competencia para ello, nos encontramos ante una presunción de interés casacional distinta, recogida en el art. 88.3.c) de la LJ, y en el caso de que el tribunal de instancia no tuviera competencia para declararla tendría que haber hecho uso*

sigue siendo necesario que la recurrente fundamente, con especial referencia al caso, por qué considera que en el caso concreto existe interés casacional objetivo que exija un pronunciamiento por parte de este Tribunal Supremo. Pues bien, el recurrente se limita a alegar lacónicamente que en el proceso se ha declarado la nulidad de una disposición general, pero nada explica sobre su trascendencia ni sobre la relevancia social y jurídica de los aspectos de dicho Decreto que se ha declarado nulo (...).»

⁸ J. A. Santamaría Pastor (2018: 52) ha puesto de relieve lo equívoco que resulta esa previsión de impugnación indirecta. Razona el autor que: «Si en el proceso de instancia, la sentencia estima un recurso indirecto contra un reglamento dictado por alguno de los órganos enumerados en el art. 12.1 (p. ej., por el Gobierno), la vía a seguir no es el recurso de casación, sino la cuestión de ilegalidad prevista en el artículo 27.1; la casación solo procedería si la sentencia hubiera declarado válido el reglamento indirectamente impugnado (y también, por supuesto, en los supuestos en que el tribunal de instancia hubiera anulado *erga omnes* el reglamento por tener competencia para conocer del recurso directo)».

de la cuestión de ilegalidad prevista en el art. 27 de la LJ y desarrollada en los artículos 123 y ss. de dicha norma».

Y aclara el Auto referenciado más arriba que *«lo que se pretende con este supuesto de interés casacional es que puedan tener acceso al recurso de casacional litigios en los que la validez de una disposición general ha sido cuestionada, siendo indiferente que se trate de una disposición nacional o de la Unión Europea, por entender que en ellos la cuestión trasciende del caso en concreto, planteando una duda de legalidad de una norma con vocación de permanencia y aplicable a otros supuestos distintos del enjuiciado».*

Es, por tanto, la infracción que se imputa a la sentencia recurrida la que si exige una característica: que se trate de una infracción de normas de derecho estatal y/o de la Unión Europea o de la jurisprudencia que las interpreta, bien es cierto que la sola infracción normativa y jurisprudencial no abre ya la puerta a la casación y resulta necesario precisar la cuestión o cuestiones que presentan interés casacional (ATS de 2 de noviembre de 2018, rec. 5419/2017), pero las alegaciones de la parte recurrente han de ser puestas en conexión con la concreta fundamentación jurídica de la sentencia que se pretende recurrir ya que no se puede obviar que son los razonamientos expuestos por el tribunal los que han de ser objeto de estudio y crítica en el recurso de casación (ATS de 31 de octubre de 2018, rec. 2949/2018).

De otro lado, la circunstancia de que se haya enjuiciado, directa o indirectamente, una disposición de carácter general permite apreciar el interés casacional objetivo, pero no necesariamente transforma las pretensiones ejercitadas en una defensa de la norma discutida a diferencia de lo que ocurre con la presunción del artículo 88.3.c) LJCA. La finalidad del recurso interpuesto al amparo de este motivo sigue siendo la interpretación de las normas del Derecho Estatal o de la Unión Europea que han sido manejadas para resolver el litigio, en el que, de forma directa o indirecta, se discutía la validez de la disposición reglamentaria con lo que no alcanza, por tanto, a una pieza separada, como pueda ser la de medidas cautelares, relacionada con ese proceso (ATS de 23 de abril de 2018, rec. 4266/2017).

Además de justificar el interés casacional de forma concurrente con otras circunstancias, lo que resulta harto frecuente y sin duda facilita la admisión del recurso interpuesto (puede verse a este respecto el ATS de 10 de octubre de 2018, rec. 4346/2018 o el de 5 de noviembre de 2018, rec. 5571/2017), la invocación del artículo 88.2.g) LJCA exige una mínima justificación de las razones por la que se considera que la disposición de carácter general impugnada en el proceso —directa o indirectamente—, tiene trascendencia suficiente lo que no concurre cuando es notorio el carácter casuístico de la cuestión que se plantea y, por tanto, no es susceptible de seguir proyectándose sobre litigios futuros lo que pone de manifiesto la inexistencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (ATS de 26 de noviembre de 2018,

rec. 2929/2018)⁹, o si ya existe una jurisprudencia consolidada al respecto a la que no aportaría nada otro pronunciamiento (ATS de 5 de diciembre de 2018, rec. 5363/2017).

3. LA PRESUNCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 88.3 C) LJCA: LA SENTENCIA RECURRIDA DECLARA NULA UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL, SALVO QUE ESTA, CON TODA EVIDENCIA, CAREZCA DE TRASCENDENCIA SUFICIENTE

Como ya se puso de manifiesto, el artículo 88.3.c) LJCA hace bascular el juego de la presunción legal en una contrapresunción que resulta ser un concepto jurídico indeterminado, a saber: la trascendencia de la norma. En principio, y de esta forma, no parece que hubiese de ser relevante la cuestión jurídica controvertida en casación. Bien es cierto, que el examen de los distintos autos de la Sala de Admisión revela que la importancia de la cuestión controvertida, o el número de sujetos a que afecta ésta, no es ajena a la resolución de admisión o inadmisión. (AATS de 16 de mayo de 2017, rec. 692/2017 o de 21 de junio de 2017, rec.1800/2017).

El criterio seguido se centra, más bien, no en que con evidencia se constate la trascendencia de la norma declarada nula, sino que, más acorde con la dicción del precepto, se planteen dudas sobre que resulte o no evidente que la disposición carezca de la trascendencia suficiente ya que no están previstas otras excepciones a la admisión del recurso que la ya indicada en este supuesto (AATS de 16 de mayo de 2017, rec. 692/2017, 15 de septiembre de 2017, rec. 1294/2017 o 19 de enero de 2018, rec. 3965/2017), si bien no puede pretenderse al socaire del planteamiento de este motivo eludir la firmeza de otros fallos ya firmes del Tribunal Supremo ya que iría en contradicción con la propia función del recurso de crear jurisprudencia (ATS 18 de septiembre de 2017, rec. 2647/2017 o de 5 de diciembre de 2017, rec. 3013/2017).

Con arreglo a ello la determinación de los supuestos en que procede o no la admisión es, en la práctica, enormemente casuística, y con una importante

⁹ A título de ejemplo se pueden citar las siguientes circunstancias que pueden ser acreditativas de la trascendencia casacional: por reproducirse sus previsiones en otras disposiciones generales de distintas Comunidades Autónomas o municipios (ATS de 12 de julio de 2017, rec. 1917/2017); al tratarse de una aplicación indebida por la disposición general (ATS de 21 de junio de 2017, rec. 1800/2017); por tener un alcance y repercusión suficientes (a sensu contrario, ATS de 9 de junio de 2017, rec. 495/2017); o, por último, por abordar la conexión entre el derecho estatal y autonómico y la cláusula de supletoriedad (ATS de 15 de noviembre de 2018, rec. 5919/2017) u omitir informes preceptivos en la tramitación de la norma (AATS de 15 de noviembre de 2018, rec. 4268/2017 y de 5 de diciembre de 2018, rec. 3606/2018).

discrecionalidad en su apreciación, sin que quepa extraer con toda certeza una regla de carácter general.

De esta forma, en unos supuestos dicha trascendencia se valora en relación al limitado alcance de la norma sobre todo en lo que se refiere a asuntos suscitados con ocasión de la declaración de nulidad de alguna disposición de planeamiento urbanístico en la que ha de tenerse en cuenta que el grado de relevancia debe proyectarse sobre el conjunto del municipio por lo que alteraciones que en un pequeño municipio podrían afectar a la estructura urbanística general, no tienen la misma consideración que en un municipio de una extensión y densidad poblacional superior (ATS de 2 de noviembre de 2017, rec. 3356/2017), o en los que se afecta tan solo a la finca del recurrente (AATS de 13 de marzo de 2017, rec. 315/2016 y 18 de julio de 2018, rec. 6050/2017) o a dos locales (ATS de 22 de septiembre de 2017, rec. 1593/2017), o en que lo que se valora es su nula incidencia financiera (ATS de 3 de mayo de 2017, rec.189/2017). A sensu contrario, en otros supuestos, los criterios de admisión se basan en la trascendencia deriva de que el asunto tiene un alcance y repercusión suficientes por la trascendencia de la cuestión debatida (ATS de 21 de junio de 2017, rec. 1800/2017), o la relevancia social y jurídica de los aspectos de la disposición que se han declarado nulos (ATS de 2 de noviembre de 2017, rec. 2911/2017) o el importante número de afectados por la ordenación que recoge la disposición de carácter general (ATS de 8 de marzo de 2017, recurso de queja n.º75/2017) o al agravio comparativo que supone en el sistema de reconocimiento de la cualificación profesional para el ejercicio de una profesión en España (ATS de 8 de mayor de 2017, rec. 364/2017).

En cualquier caso, de este análisis resulta que es preciso al recurrente en casación, a pesar de que como se ha dicho únicamente en principio debería atenderse a la contrapresunción citada, argumentar la trascendencia de la norma conectándola con las cuestiones jurídicas que suscita su anulación y por conexión con la concurrencia de otras circunstancias que pueden determinar la existencia de interés casacional (efecto expansivo de la resolución en otros supuestos, reproducción de la norma en otros ámbitos, repercusión social y jurídica de la norma, etc.) sin que quepa darse por supuesto por ser notorio la concurrencia de estas circunstancias a juicio de la parte recurrente (ATS 2 de abril de 2018, rec. 5956/2017)¹⁰. Y es que esta presunción de interés casacional (ATS de 8 de marzo de 2017, rec.75/2017), no enerva que la parte recurrente cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 89.2 LJCA, exigiéndose, por tanto, que esa misma parte recurrente fundamente, con especial referencia al

¹⁰ Bien es cierto que, en ocasiones, la evidencia de la importancia de la norma es determinante para la admisión (puede verse, a este respecto, el ATS de 22 de octubre de 2018, rec. 4878/2017) o aquellos supuestos en que la materia sobre la que versa y la conveniencia de mantener un criterio uniforme de interpretación es determinante para su admisión (ATS de 29 de octubre de 2018, rec. 3339/2018).

caso, por qué considera que en el caso concreto existe interés casacional objetivo que exija un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo (AATS de 2 de noviembre de 2017 rec. 2911/2017 y 12 de febrero de 2018, rec. 1814/2017) ya que si bien es cierto que la apreciación de dicha trascendencia es algo que, finalmente, compete al Tribunal Supremo en esta fase de admisión, también lo es que el recurrente tiene la carga de argumentar sobre la trascendencia de la disposición anulada —esto es, su relevancia en el orden social y jurídico— en correcto ejercicio del deber de colaboración que le impone el nuevo artículo 89.2.f) LJCA en relación con el citado artículo 88. 3 LJCA (ATS de 16 de abril de 2018, rec. 572/2018).

4. CONCLUSIONES

Dejando a un lado la idoneidad de la regulación efectuada que, una vez analizadas las resoluciones hasta ahora recaídas, pone en cuestión la necesidad de este doble motivo en el apartado 2.º y 3.º del artículo 88, si puede afirmarse que, a pesar del breve lapsus de tiempo transcurrido desde la reforma de la casación ya se puede entrever, respecto de los motivos objeto de análisis aunque sin duda acontece con carácter general en el resto de los supuestos, la importancia de dos cuestiones respecto de la admisión de este nuevo recurso de casación: de un lado, la relevancia de las cuestiones de tipo formal configurados como una carga del recurrente en el escrito de preparación; de otro, la importancia del juicio de relevancia para la apreciación de la existencia del interés objetivo casacional.

Específicamente, y respecto de los motivos analizados, es complejo extraer reglas de validez general más allá de las apuntadas debido, asimismo, a dos tipos de razones: la primera, la amplia discrecionalidad con que la Sección de Admisión ha operado, lo que se justifica en la propia dicción del texto legal, para estimar la concurrencia o no de dichos motivos; la segunda, que dado que una amplia mayoría de las cuestiones suscitadas hasta el momento lo han sido a propósito de la aprobación de instrumentos de ordenación urbanísticos con la peculiaridades propias de los mismos, me temo que será preciso aguardar, a estos efectos, para extraer conclusiones más definitivas sobre los criterios utilizados.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández, T.-R. (2018), «Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta», *Revista de Administración Pública*, núm. 207.

- González López, A. (2018a), «El escrito de preparación del recurso de casación en el nuevo modelo de casación contencioso-administrativo: comentario del artículo 89 LJCA», *Actualidad Administrativa*, n.º 3.
- (2018b), «El trámite de admisión del recurso de casación», *Actualidad Administrativa*, n.º 6.
- (2018c), *Manual práctico del recurso de casación contencioso-administrativo*, IVAP, Oñati.
- Huerta Garicano, I. (2018), «Los criterios de la Sección de Admisión en orden a la admisión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 207.
- López Menudo, F. (2018), «El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?», *Revista de Administración Pública*, núm. 207.
- Rodríguez Carbajo, J. R. (2017), «Las primeras resoluciones judiciales sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», *Actualidad Administrativa*, n.º 4.
- Ruiz López, M. Á. (2017) «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo: primeras resoluciones, balance y perspectivas», *Revista de Administración Pública*, núm. 204.
- Santamaría Pastor, J. A. (2018) «La orientación legal acerca del interés casacional: excesos y defectos del artículo 88», *Revista de Administración Pública*, núm. 204.
- Velasco Caballero, F. (2017) «Poderes del Tribunal Supremo en la casación contencioso-administrativa», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 182.

LAS CIUDADES COMO GARANTES DE LA LEGALIDAD EUROPEA EN MATERIA DE CALIDAD DEL AIRE

Beltrán Puentes Cociña

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes del litigio. 3. Resolución sobre el fondo. 4. Resolución sobre la admisibilidad del recurso. 5. Acciones emprendidas por el Ayuntamiento de Madrid y marco competencial. 6. El papel de las entidades locales en la protección del aire. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

RESUMEN: La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2018 supone una importante novedad en términos de acceso a la justicia en materia ambiental para las entidades locales. La sentencia admite la legitimación de los ayuntamientos de París, Madrid y Bruselas para impugnar el Reglamento 2016/646 de la Comisión, sobre emisiones de vehículos diésel, considerando que se trata de un acto reglamentario que les afecta directamente y limita sus potestades para restringir la circulación en el marco de los planes de calidad del aire. La resolución sienta un precedente interesante en el papel cada vez más decisivo que deben ocupar las ciudades en la protección de la calidad del aire, el medio ambiente y la salud de las personas.

PALABRAS CLAVE: acceso a la justicia, ciudades, calidad del aire, emisiones, legitimación activa.

ABSTRACT: The judgement of the General Court of the European Union of 13 December 2018 represents an important novelty in terms of access to justice in the field of environmental for local authorities. The judgment admits the locus standi of the city councils of Paris, Madrid and Brussels to take legal action against the Commission Regulation 2016/646 on diesel vehicle emissions, considering that it is a regulatory act that directly affects them and limits their powers to restrict traffic within the framework of air quality plans. The resolution

sets an interesting precedent in the increasingly decisive role that cities must play in protecting air quality, the environment and people's health.

KEYWORDS: access to justice, cities, air quality, emissions, standing.

1. INTRODUCCIÓN

A finales del año 2018, la prensa se hacía eco de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 13 diciembre de 2018. Los titulares anunciaban que «[l]a justicia europea da un varapalo a la Comisión por autorizar emisiones de diésel “demasiado elevadas”. El Tribunal General de la UE da la razón a París, Madrid y Bruselas y anula los nuevos límites de emisiones establecidos por el brazo ejecutivo de la Unión» (*El País*, 2018).

Entre las reacciones con mayor repercusión destacaba la de Anne Hidalgo, alcaldesa de París, quien consideraba el fallo una victoria para el medioambiente (*a*), los consumidores (*b*) y la democracia europea (*c*). Analicemos esta afirmación.

- a) Parece evidente que podemos hablar de victoria en términos ambientales. El Tribunal General considera insuficientes los límites de emisiones de NO_x fijados por el Reglamento 2016/646¹, acto que queda anulado, y emplaza a la Comisión para la aprobación de un nuevo documento en los próximos 12 meses.
- b) La cuestión es más compleja en términos de protección del consumidor. Este tipo de restricciones a las emisiones contaminantes se debe entender en el marco más amplio de las limitaciones a los vehículos de motor en los centros de las ciudades, las prohibiciones anunciadas para la producción y venta de vehículos diésel en el medio y largo plazo, la subida de los impuestos a los carburantes, etc. Las restricciones a vehículos contaminantes y el alza de los precios del diésel plantean un debate complejo en términos de transición ecológica justa. La revuelta de los chalecos amarillos es una muestra de la conflictividad y perjuicios que estas medidas pueden generar para los consumidores, especialmente para los más vulnerables económicamente que, por razones obvias, encuentran más dificultades para renovar su vehículo particular y sufren con mayor intensidad la subida de los precios, o los

¹ Reglamento (UE) 2016/646 de la Comisión, de 20 de abril de 2016, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 692/2008 en lo que concierne a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 6).

habitantes de zonas rurales o periurbanas, que dependen en mayor medida del vehículo particular en sus desplazamientos.

- c) No obstante, el objeto de esta comunicación se centra en el tercero de los aspectos señalados por la alcaldesa Hidalgo, esto es, los efectos que la nueva jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea supone para la democracia europea y, más concretamente, el avance en términos de acceso a la justicia en materia ambiental, que se revela como una pata fundamental de la configuración democrática de la Unión Europea.

El supuesto plantea una cuestión interesante con respecto al acceso a la justicia: ¿se constituyen las Administraciones locales como actores legitimados activamente para controlar la normativa europea materia de emisiones? ¿Podemos afirmar que la mencionada sentencia del TJUE abre una nueva puerta de la justicia en materia ambiental para las ciudades europeas?

2. ANTECEDENTES DEL LITIGIO

El objeto de esta comunicación se centra, pues, en analizar las consecuencias que pueda tener el fallo del TJUE sobre la legitimidad de las entidades locales para controlar la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión Europea, a propósito de la sentencia de 13.12.2018. Ahora bien, para comprender la verdadera dimensión del asunto es interesante comenzar por hacer un resumen de los antecedentes del litigio. En concreto, conviene echar un vistazo a la normativa aprobada por la Unión en materia de emisiones de vehículos de motor, con el fin de conocer la naturaleza del acto cuya nulidad se solicita, el Reglamento 2016/646, así como el contexto en el que se adopta.

Los orígenes de la normativa sobre emisiones de vehículos de la Unión Europea se remontan a la aprobación de la Directiva 70/156/CEE del Consejo, de 6 de febrero de 1970², norma que fue substituida por la vigente Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de septiembre de 2007³. Esta última funciona, desde su entrada en vigor, como Directiva marco de homologación de los vehículos a motor, obligando a que todos los vehículos que se ponen en el mercado en la Unión Europea sean sometidos a un proceso de homologación previo a su comercialización, con el fin de certificar

² Directiva 70/156/CEE del Consejo, de 6 de febrero de 1970, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre la homologación de vehículos a motor y de sus remolques.

³ Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de septiembre de 2007, por la que se crea un marco para la homologación de los vehículos a motor y de los remolques, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos.

su adecuación a una serie de requisitos técnicos que se determinan por «actos reglamentarios».

Uno de los aspectos técnicos que se valoran en los procesos de homologación de vehículos son las partículas contaminantes que emiten durante la circulación, aspecto que, en el caso de los turismos y vehículos comerciales ligeros, se regula en el Reglamento 715/2007⁴. Entre los objetivos prioritarios que guiaron la elaboración de este acto estaban la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la homologación de vehículos a motor en materia de emisiones y la aplicación del programa «Aire puro para Europa», lanzado por la Comisión en 2001⁵.

El Reglamento estableció dos fases de aplicación, que se corresponden con las normas Euro 5 y Euro 6 de valores límite de emisiones. El cuadro 2 del anexo I fijaba el límite de las emisiones de óxidos de nitrógeno (NO_x) de la norma Euro 6 (aplicable desde el 1 de septiembre de 2014 para la homologación de tipo) para los vehículos diésel particulares o de transporte de personas en 80 mg/km. De esta manera se pretendía reducir el nivel de partículas contaminantes emitidas por los vehículos diésel y mejorar la calidad del aire.

Sin embargo, la aplicación de esta normativa ha adolecido de una grave deficiencia. Las pruebas de homologación previas a la puesta en circulación de los vehículos no medían las emisiones en condiciones reales de conducción, sino en bancos de pruebas cuyas condiciones hacían que fuese relativamente sencillo cumplir con la ley sin que se reflejase lo que contaminan una vez que circulan con normalidad. En la práctica, buena parte de las pruebas de homologación que se realizaban estaban siendo falseadas.

En septiembre de 2015 se descubrió el escándalo de emisiones contaminantes en la compañía de vehículos Volkswagen (conocido popularmente como *dieselgate*). La compañía alemana empleaba un programa informático que, *grosso modo*, «reconocía» cuando el vehículo estaba siendo sometido a las pruebas oficiales, reduciendo las emisiones contaminantes sólo en ese momento y permitiendo que emitiese un mayor número de partículas durante la circulación en condiciones normales. Los estudios realizados evidenciaron que

⁴ Reglamento (CE) n.º 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos.

⁵ Comunicación de la Comisión, de 4 de mayo de 2001 — El programa Aire puro para Europa: hacia una estrategia temática en pro de la calidad del aire [Bruselas, 4.5.2001, COM (2001) 245 final].

Como resultado de este programa, se adoptó una estrategia temática contra la contaminación atmosférica, recogida en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 21 de septiembre de 2005 — Estrategia temática sobre la contaminación atmosférica [Bruselas, 21.9.2005, COM (2005) 446 final].

los ensayos de laboratorio no reflejaban el verdadero nivel de las emisiones en condiciones reales de conducción.

La Comisión reaccionó ante el escándalo de las emisiones en la gran empresa automovilística y, con el fin de poner freno al uso de programas que falseaban los resultados de los ensayos, aprobó la normativa impugnada en el supuesto que nos ocupa: el Reglamento 2016/646. Para ello se estableció un nuevo procedimiento de ensayo de emisiones en condiciones reales de conducción (RDE, *real driving emissions*) que, por otra parte, ya había sido introducido por el Reglamento 2016/427 de la Comisión, de 10 de marzo de 2016⁶.

El aspecto conflictivo del nuevo Reglamento tenía que ver, en particular, con los valores NTE (*not-to-exceed*) aplicables en los ensayos RDE con respecto a las emisiones de dióxido de nitrógeno que, a través una fórmula compleja (utilizando coeficientes de corrección y márgenes de error) modificaba sustancialmente de los límites de las emisiones fijados para la norma Euro 6. El nuevo Reglamento permitía que los modelos nuevos de coches diésel pudieran sobrepasar en un 110% el límite establecido en la norma Euro 6, esto es, que pudieran emitir hasta 168 mg/km en lugar de los 80 mg/km fijados en la Euro 6.

Las razones de esta reducción en la exigencia de las condiciones exigibles a los vehículos diésel habría que buscarlas, presumiblemente, en la voluntad de proteger los intereses de la industria automovilística. El Ejecutivo europeo quiso asegurar los intereses de un sector que, de aplicarse las exigencias de la norma Euro 6 con un sistema fiable de ensayos, se vería forzado a realizar un gran esfuerzo económico para introducir modificaciones sustanciales en sus vehículos.

En este contexto, los Ayuntamientos de París, Bruselas y Madrid (que habían adoptado medidas estratégicas contra la polución en el centro de las ciudades, hecho que es relevante a la hora de determinar su legitimación) solicitaron la anulación del Reglamento 2016/646. Consideraban que la Comisión Europea no era competente para adoptar valores NTE de emisiones de dióxido de nitrógeno superiores a los límites que se habían fijado en el Reglamento 715/2007 para la norma Euro 6.

⁶ Reglamento (UE) 2016/427 de la Comisión, de 10 de marzo de 2016, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 692/2008 en lo que concierne a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros.

3. RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO

El tribunal de Luxemburgo estimó parcialmente los recursos planteados, anulando los nuevos niveles fijados por el Reglamento impugnado y emplazando a la Comisión para su modificación en un período máximo de 12 meses. El tribunal considera que la Comisión no era competente para cambiar los valores NTE de la norma Euro 6 que habían sido establecidos en el Reglamento 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, por ser un elemento esencial de este último.

4. RESOLUCIÓN SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

La legitimación de los municipios recurrentes para solicitar la anulación de un reglamento de la Comisión ante la justicia europea fue puesta en duda por la Comisión Europea.

Los entes locales no pertenecen al grupo de demandantes privilegiados (Estados miembros, Comisión, Parlamento Europeo y Consejo), que pueden interponer recurso sin demostrar interés en el ejercicio de la acción, ni tampoco al grupo de demandantes que pueden interponer recursos específicos para la defensa de sus prerrogativas (Tribunal de Cuentas, Banco Central Europeo y Comité de las Regiones), todos ellos mencionados de forma expresa en el art. 263 TFUE.

Por lo tanto, la legitimación de los entes locales habrá de radicar, en todo caso, en la previsión general del párrafo cuarto del mismo art. 263, que dispone: «Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso [...] contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución».

Podemos diferenciar, por tanto, dos requisitos. En primer lugar, que la impugnación se dirija contra un acto reglamentario que no necesite de ninguna medida de ejecución para ser aplicable a los demandantes. Todas las partes convenían en que el Reglamento 2016/646 se trataba de un acto reglamentario que no incluye medidas de ejecución. Así lo manifestó el Tribunal General, recordando que el Reglamento impugnado fue adoptado por la Comisión conforme al procedimiento de comitología de «reglamentación con control» previsto en el artículo en el artículo 5 *bis* de la Decisión 1999/468.

En segundo lugar, también se requiere que exista afectación directa en la esfera jurídica de los demandantes. Los recurrentes sostenían, en contra del criterio de la Comisión, que el Reglamento limitaba sus potestades en materia de la circulación de vehículos, en el marco de las medidas de lucha contra la contaminación del aire. Finalmente, el Tribunal General declaró la admisibili-

dad del recurso, basándose en la doctrina por la que si un acto de la Unión impide a una persona pública ejercer como considere oportuno sus competencias propias, se considera que el acto produce efectos directos en su posición jurídica. En este caso, el Tribunal considera que los ayuntamientos demandantes habían adoptado medidas contra la contaminación del aire en base a los baremos europeos, por lo que cualquier cambio en los parámetros exigibles los convierte en afectados.

5. ACCIONES EMPRENDIDAS POR EL AYUNTAMIENTO DE MADRID Y MARCO COMPETENCIAL

Un elemento esencial para justificar la legitimación de los demandantes para impugnar el Reglamento es la trayectoria de medidas ejecutivas que los ayuntamientos recurrentes acumulan en materia de calidad del aire. La propia sentencia del Tribunal General recuerda (apartado 82) que el Ayuntamiento de Madrid adoptó en 2015 y en 2016 diversas restricciones del tráfico durante episodios de alta contaminación, conforme a lo previsto en el Plan de Calidad del Aire 2011-2015 (aprobado por la Junta de Gobierno local el 16 de abril de 2012⁷) y el Protocolo de medidas a adoptar durante episodios de alta contaminación por dióxido de nitrógeno.

El marco legal y competencial en el que se inscriben estas actuaciones de carácter ejecutivo tienen su base en la Directiva 2008/50/CE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa. La Directiva prevé la elaboración de planes y programas dirigidos a reducir los valores límites de los contaminantes presentes en las zonas o aglomeraciones urbanas, afirmando que «es particularmente importante combatir las emisiones de contaminantes en la fuente y determinar y aplicar medidas de reducción de emisiones más eficaces a nivel local, nacional y comunitario».

La Directiva ha sido incorporada al ordenamiento estatal mediante el Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire, cuyo artículo 24 prevé la elaboración de planes de mejora de la calidad del aire. El artículo 25.1 dispone que, cuando en una zona o aglomeración determinada exista el riesgo de que el nivel de contaminantes supera los umbrales de alerta, las comunidades autónomas o, en su caso, las entidades locales elaborarán planes de acción que indicarán las medidas a adoptar en el corto plazo para reducir el riesgo de superación.

⁷ Este plan ha sido sustituido por el Plan A de Calidad del Aire y Cambio Climático, aprobado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid el 21 de septiembre de 2017.

Por su parte, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, prevé que las entidades locales ejercerán las competencias en materia de calidad del aire y protección de la atmósfera que tengan atribuidas en el ámbito de su legislación específica. El artículo 16, apartado 4, dispone que podrán elaborar planes y programas propios, así como medidas de restricción total o parcial de tráfico. Además, los municipios de más de 100.000 habitantes y las aglomeraciones tienen la obligación de elaborar planes y programas para el cumplimiento de los objetivos de calidad del aire, en el marco de la legislación sobre seguridad vial y de la planificación autonómica.

La legislación específica de la administración local también contempla previsiones en esta dirección, atribuyendo a los municipios algunas competencias propias relevantes. En este sentido, el artículo 25, apartado 2, de la Ley de Bases del Régimen Local dispone que el Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.

g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.

Además, el artículo 26 del mismo cuerpo normativo, apartado 1, dispone que los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.

También el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, atribuye a los municipios la competencia para establecer restricciones de circulación a determinados vehículos en vías urbanas por motivos ambientales.

6. EL PAPEL DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA PROTECCIÓN DEL AIRE

El conjunto de medidas ejecutivas que hemos descrito y el marco competencial en el que las entidades locales ejercen sus potestades sobre restricción del tráfico en fases de contaminación configuran un panorama en el que las ciudades se revelan como actores fundamentales en la lucha contra la contaminación atmosférica.

El papel que las entidades locales desempeñan en materia de calidad del aire se destaca en un reciente trabajo del Consejero de Medio Ambiente en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea. En referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, M. Castroviejo Bolívar (2018: 12) señala que, «[a]unque estas normas y sentencias puedan parecer lejanas, en la práctica están muy próximas a la vida diaria de los ciudadanos, no solo porque van dirigidas a mejorar su calidad de vida y su salud, sino también porque están determinando toda una serie de medidas en ciudades como París, Londres, Frankfurt, Barcelona o Madrid, en las que se apunta a limitaciones del tráfico rodado, en particular vehículos antiguos y diésel, o al fomento de transporte urbano y la movilidad eléctrica, entre otras».

Sin embargo, todavía existen algunas limitaciones que impiden a los entes locales desarrollar todo su potencial en materia de contaminación atmosférica y calidad del aire. En primer lugar, destaca el escaso margen que deja a las entidades locales la distribución competencial en materia de medio ambiente operada por la Constitución. En este sentido, I. Sanz Rubiales (2018: 5) afirma que las competencias se reparten entre el Estado y las comunidades autónomas, dejando los «restos» para las Administraciones locales, es decir, aquellas competencias que no quieren las Administraciones superiores y las que el artículo 2 LBRL les obliga a prestar como núcleo esencial de la autonomía local. Además, continúa el autor, «ni el Estado ni las comunidades autónomas han sido generosos en la atribución de competencias a las Administraciones locales. El principio de subsidiariedad territorial, que lleva a que las decisiones públicas se adopten, en la medida de lo posible, por las instituciones más cercanas a los ciudadanos, se ha quedado corto en muchas ocasiones en la materia ambiental». Con respecto al ámbito sectorial que aquí interesa, el propio I. Sanz Rubiales (2018: 8) destaca que la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, «atribuye a la Administración autonómica la parte del león de las competencias de policía sobre la calidad del aire [...] y solo deja a los ayuntamientos (especialmente los de grandes municipios) competencias residuales».

Por otra parte, la crisis económica ha sido el telón de fondo bajo el que se ha producido un fuerte menoscabo de la autonomía financiera de las entidades locales, menoscabo que también ha afectado al ejercicio de las competencias propias en materia de medio ambiente⁸. La reforma constitucional operada en el año 2011 y la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, han limitado de forma considerable las potestades de la administración local para el desarrollo de políticas propias en materia de clima, medio ambiente y calidad del aire. En

⁸ Sobre esta materia, para mayor profundidad, véanse los trabajos de L. Casado Casado (2015) y R. J. Santamaría Arinas (2014).

este sentido, A. Nogueira López (2018: 46) considera que «existe un cierto margen de acción local para hacer frente a estas políticas con las herramientas competenciales actuales, pero también es posible apreciar que hay medidas que encuentran obstáculos complejos de salvar si no existe una sintonía entre los distintos niveles de legislación y gobierno».

7. CONCLUSIONES

A pesar de las limitaciones existentes en el plano competencial y financiero de las Administraciones locales, consideramos que existe un impulso decisivo por parte del legislador europeo para involucrar al conjunto de administraciones territoriales (nacionales, regionales y locales) en la lucha contra la contaminación atmosférica. La normativa comunitaria en materia de calidad del aire que hemos analizado en esta comunicación y sentencias como la del Tribunal General, de 13 de diciembre de 2018, confirman la voluntad por parte de las instituciones de la Unión Europea de hacer partícipes al conjunto de Administraciones públicas, en todos los niveles de gobierno y legislación, de la protección del medio ambiente y la calidad del aire.

En este sentido, el impulso que el legislador y el Tribunal de Justicia europeos han conferido a los planes de calidad del aire ha sido decisivo para fortalecer el papel de los entes locales como actores responsables de la elaboración de políticas propias contra la contaminación atmosférica. M. Castroviejo Bolívar (2018: 12) considera que «[r]esulta, obviamente, muy difícil pensar que en España se estuviesen tomando igualmente todas estas medidas en ausencia de las normas de la Unión», para más adelante añadir que «la pertenencia a la Unión en general nos hizo avanzar más rápido de lo que lo hubiéramos hecho de forma natural. Esto se puede ver en la forma de incorporar la política de medio ambiente de la Unión Europea al derecho y a la práctica nacional, autonómica o local». Podemos concluir que la legislación y jurisprudencia de la Unión Europea provocan un efecto de arrastre en la normativa nacional, autonómica y local.

La resolución que ha sido objeto de análisis en esta comunicación constituye una buena prueba de la posición cada más relevante que deben ocupar las Administraciones locales en materia de calidad del aire. Al admitir la legitimación de los ayuntamientos recurrentes para interponer un recurso de anulación contra un Reglamento de la Comisión que modificaba los límites máximos de emisiones permitidas, el Tribunal General admite la potestad de las entidades locales para controlar la legalidad de la normativa de la Unión sobre calidad del aire. El Tribunal considera que la normativa aprobada por la Comisión limita las potestades de las entidades locales en materia de restricción del tráfico y calidad del aire, motivo por el que, concluye, existe una afectación directa en su esfera jurídica.

En última instancia, podemos observar que en algunas ocasiones las Administraciones locales actúan con mayor diligencia a la hora de incorporar la normativa comunitaria, incluso a través de las limitadas competencias propias de carácter ejecutivo con las que cuenta en el ámbito de la contaminación atmosférica. Por este motivo, nos parece un acierto que las entidades locales puedan ejercer tareas de control de la legalidad de la normativa comunitaria sobre emisiones y calidad del aire, planteando recursos de anulación ante la justicia europea. Por otra parte, esta resolución también debiera contribuir a una reflexión más profunda en torno a las reformas que se necesitan para actualizar el deteriorado marco legal, competencial y financiero de la administración local en materia de medio ambiente.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Casado Casado, L. (2015): «Las competencias ambientales de las entidades locales: luces y sombras tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 32, pp. 201-283.
- Castroviejo Bolívar, M. (2018): «Destellos de la política medioambiental en los primeros 40 años de Constitución», en *Revista Ambiental*, núm. 124: *El medio ambiente 1978-2018*, pp. 4-25.
- El País (2018): «La justicia europea da un varapalo a la Comisión por autorizar emisiones de diésel demasiado elevadas», edición del 13.12.2018.
- Nogueira López, A. (2018): «Desarrollo urbano sostenible: ¿Actuar localmente sin cambio global?», en *Cuadernos de derecho local*, núm. 46, pp. 32-67.
- Sanz Rubiales, Í. (2014): «Medio ambiente y Administración local: competencias limitadas y sostenibilidad económica», en *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 25: *El medio ambiente local*, pp. 5-12.
- Santamaría Arinas, R. J. (2014): «¿Hacia la economía circular europea sin los municipios? Una crítica sectorial de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, pp. 2671-2701.

UNA PROPUESTA DE REFORMA DEL RECURSO INDIRECTO CONTRA DISPOSICIONES GENERALES

Juan J. Guardia Hernández

SUMARIO: 1. Estado de la cuestión: evolución histórica. 2. Consideraciones críticas. A) Recurso indirecto contra Normas Forales Fiscales Vascas. B) Propuesta de *lege ferendae*. Bibliografía.

RESUMEN: El recurso indirecto para la impugnación de disposiciones generales recogido en el art. 26 de la LJCA merece ser reformado. La jurisprudencia ha aquilatado su alcance con respecto a los defectos formales y a la impugnación indirecta de un reglamento con ocasión de la impugnación directa de otro que mantiene una relación de jerarquía o dependencia con el primero. Se propone una nueva redacción del art. 26 LJCA que recoja las novedades al respecto en el Tribunal Supremo español.

PALABRAS CLAVE: recurso directo contra reglamentos, recurso indirecto contra reglamentos, vicios de procedimiento, Normas Forales Fiscales Vascas.

ABSTRACT: The indirect appeal for the objection of general provisions set forth in art. 26 of the Contentious-Administrative Jurisdiction Act (LJCA) deserves to be reformed. Jurisprudence has limited its scope regarding formal defects and the indirect objection of one regulation upon the direct objection of another. We propose a rewriting of art. 26 LJCA which sets forth the related updates in the Spanish Supreme Court.

KEY WOKS: direct appeal against decrees, indirect appeal against decrees, procedural errors, Basque Provincial Tax decrees.

El denominado recurso indirecto contra disposiciones generales tiene ya una larga vida en nuestro Derecho administrativo. El precedente inmediato lo encontramos en el art. 39.2 de la LJCA de 1956¹. En la actualidad su régimen jurídico se haya en el art. 26 de la LJCA 1998, precepto que supuso, sin duda, un avance. Mucho se ha escrito al respecto, y no hay espacio suficiente para describir todas las distintas controversias doctrinales, sus matices y las críticas que se han vertido a la exégesis que ha hecho el TS de este precepto.

En este trabajo proponemos una reforma del citado art. 26 LJCA. De alguna manera asumimos todo el esfuerzo realizado al respecto en el pasado por lo mejor de la doctrina iusadministrativa española, y la plasmamos en una suerte de enmienda de adición al texto vigente. Entre todas las cuestiones posibles, nos centramos en tres puntos: la posibilidad de esgrimir defectos de forma y procedimiento del reglamento, el recurso indirecto con ocasión de la impugnación directa de una disposición general y, por último, en la incidencia o falta de incidencia de la reforma relativa a las Normas Fiscales Vascas.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La lectura de la jurisprudencia del TS en lo relativo a la impugnación indirecta de disposiciones generales desde 1956 hasta la actualidad, nos depara, de alguna manera, tres etapas².

Una *primera etapa* bajo la LJCA de 1956 en la que el TS sí estimaba defectos de forma y procedimiento en la impugnación indirecta de reglamentos. Esta etapa estaba presidida por la denominada *doctrina de los vicios de orden público*³. En pocas palabras, la normativa reguladora de los aspectos procedimentales de los reglamentos constituía un criterio para el control de la potestad reglada de la administración pública.

En una *segunda etapa*, que se inicia también bajo la LJCA 1956 pero que continúa después de la LJCA 1998, el TS excluye de los motivos impugnatorios los vicios de las disposiciones generales atinentes a la forma y el procedimiento de ejercicio de la potestad reglamentaria. Simplificando las cosas, los vicios formales ya no se califican como infracciones de orden público, sino que, con

¹ Como es conocido, el control judicial y purgativo de la jurisdicción contencioso-administrativa en la LJCA 1956 era limitado, pues solo surtía efectos en el acto administrativo objeto del recurso, y no en el reglamento del que traía causa: cfr. F. Hernández (2016:17): «Todo lo cual producía una manifiesta distorsión jurídica por virtud de la cual, pese a dictarse Sentencias anulando actos por evidente ilegalidad de la norma reglamentaria aplicada, ésta seguía amparando nuevos actos administrativos».

² Siempre en el bien entendido que no se trata de períodos temporales claramente diferenciados, sino una manera práctica de articular la evolución histórica del recurso indirecto.

³ Cfr. G. Díaz González (2014: 1162).

carácter general, constituyen vicios no determinantes de nulidad de pleno derecho⁴.

De algún modo, podemos distinguir una suerte de una *tercera etapa*, más reciente. En síntesis, se sigue manteniendo por el Alto Tribunal que no cabe apreciar en sede de recurso indirecto la vulneración de normas de procedimiento y competencia de una disposición general. Ahora bien, el TS se ha permitido en contadas ocasiones separarse de su constante jurisprudencia y estimar algunos recursos indirectos que llegan a su conocimiento por vicios formales en los reglamentos. Esto acaece cuando se presenta una omisión o infracción formal grave. Por ejemplo, la manifiesta incompetencia del órgano que aprueba definitivamente un instrumento de planeamiento urbanístico⁵ o su modificación⁶, la ausencia de una preceptiva comunicación a la Administración General del Estado en su tramitación⁷. También el incumplimiento de las reglas de competencia y procedimiento para una alteración del planeamiento en lo relativo a las zonas verdes⁸, falta de una notificación preceptiva al titular dominical afectado durante el procedimiento de aprobación de un plan urbanístico⁹, prestaciones patrimoniales fijadas por unas bases normalizadas de cotización¹⁰.

⁴ Cfr. G. Díaz González (2014: 1163): «el Tribunal Supremo estima que su invocación, con carácter general, dada la necesaria interpretación restrictiva de las causas de nulidad de los actos, no procede ya cuando se plantea un recurso indirecto, sino tan sólo cuando se impugna directamente la norma reglamentaria».

⁵ STS de 17 de junio de 2003 (2003\4573).

⁶ A modo de ejemplo, la STS 4270/2010, 6 de julio (RJ 2010\6068) que admite un recurso indirecto contra la modificación de un Plan Especial de Reforma Interior que cambia de ubicación una zona verde, y ello porque la competente no era la Comisión de Urbanismo sino el Gobierno de la Generalitat de Catalunya previo dictamen favorable de la Comisión Jurídica Asesora. Véase la sentencia de instancia: STSJC de 9 marzo de 2006 (JUR 2006\255328). En ese sentido, G. Díaz González (2014:1168): «Sin embargo, el carácter extraordinariamente grave de los trámites omitidos o de las irregularidades formales en que se había incurrido durante la elaboración del reglamento ha traído consigo la declaración de nulidad del mismo como consecuencia de la estimación de un recurso indirecto, basada, claro está, en la apreciación de incursión en alguna de las causas de nulidad por defecto de forma previstas *ex* artículo 62.1 LPC».

⁷ STS de 25 octubre 2007 (RJ 2008\1418): «el Ministerio de Defensa no fue informado de la inicial tramitación del Plan [Plan Especial de Protección del Medio Físico y del Paisaje del Espacio Natural del Garraf] (...) pese a ubicarse los terrenos que tiene arrendados en el ámbito del mismo y —lo que resulta más significativo— pese a que el Plan, a partir de una determinada fecha, iba a implicar la desaparición de la actividad desarrollada por la Administración militar».

⁸ STS de 20 julio de 2016 (RJ 2016\4818).

⁹ STS de 26 diciembre 2007 (RJ 2008\673).

¹⁰ STS de 23 febrero 2010 (RJ 2010\1553). En este supuesto el TS arguye que en realidad no es una infracción formal, sino constitucional. Y ello porque cualquier norma que cree una prestación patrimonial fijando su cuantía debe tener rango legal *ex* art. 31.3 CE.

Por otra parte, se observa que la jurisprudencia sigue en evolución. Sirva de botón de muestra la admisión a trámite de casación en el 2019 de una cuestión relativa a la admisibilidad en la impugnación indirecta de una ordenanza fiscal por la ausencia absoluta de motivación en la modificación de un elemento de cuantificación de la cuota¹¹. De todo lo anterior se colige que queda abierto qué ha de entenderse como una infracción formal grave y grosera. Al final de este trabajo proponemos un *numerus clausus* al respecto.

Se podría añadir, quizás, a esta tercera etapa un rasgo novedoso más. No son pocas las ocasiones en que el TS se ha tenido que enfrentar a recurso que argumenta la ilegalidad de una disposición general a causa de un vicio formal de otra disposición general de la cual trae causa la primera¹². Estos supuestos no son raros, si observamos con atención los innumerables recursos en materia urbanística. Y tienen plena cobertura legal, pues, como es conocido, el 47.2 de la LPAC establece la nulidad de pleno derecho de las disposiciones generales que vulneren —entre otros supuestos— la Constitución, las leyes y las «disposiciones administrativas de rango superior»¹³.

Como es conocido, se suele distinguir en ese sector de nuestro ordenamiento jurídico-urbanístico entre *planeamiento urbanístico derivado*¹⁴ y *planeamiento urbanístico general*. Los instrumentos urbanísticos que las diferentes leyes del suelo autonómicas prevén al respecto, tienen todos rango reglamentario, pero existe una dependencia y jerarquía clara de los primeros con respecto a los segundos¹⁵. Lo cierto es que al menos desde el año 2001 existen

¹¹ ATS de 25 enero 2019 (RJ 2019\224): «Determinar si, con ocasión de la impugnación indirecta de una ordenanza fiscal (...) cabe alegar la ausencia absoluta de motivación o de justificación de las razones en que se sustenta la modificación del coeficiente de situación en dicho impuesto, como elemento de cuantificación de la cuota, al entenderse que se trata del incumplimiento de un requisito determinante de un elemento esencial del tributo; o, si por el contrario, no cabe tal invocación por tratarse de un mero vicio formal del procedimiento y, como tal, no susceptible de alegación en la impugnación indirecta de una disposición general».

¹² Es decir, con ocasión de una impugnación directa de un reglamento, se alega la ilegalidad de éste por derivar de otro reglamento del que depende de alguna manera y del que se afirma alguna infracción del ordenamiento jurídico.

¹³ En ese sentido, cfr. STS de 7 junio de 2017 (RJ 2017\2819): «Es cierto que tras la entrada en vigor de la Ley 29/1998 (...) dichos planteamientos se han flexibilizado, más sin llegar a alterar la esencia del recurso indirecto que examinamos, que solo resulta posible en supuestos de impugnación directa de actos de aplicación, o —como novedad— en el ámbito de planeamiento, cuando la impugnación directa que se realiza es de un instrumento de desarrollo de un *planeamiento general*». Cursiva añadida.

¹⁴ También denominado planeamiento de desarrollo.

¹⁵ Así, sin afán de exhaustividad entre los primeros podemos incluir, con las diferentes denominaciones autonómicas, a los Planes Parciales, Programas de Actuación Urbanística, Planes especiales y los Estudios de Detalle. En los segundos encontramos, los Planes Generales de Ordenación Urbana, las Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento y los Proyectos de Delimitación de Suelo Urbano, siempre con las variantes y consabidos cambios del *nomen iuris* en las leyes del suelo actualmente vigentes: cfr. C. Agoués (2013: 219-222).

sentencias del TS que admiten y estiman recursos indirectos en esta modalidad¹⁶. Es cierto, que las SSTS consultadas se circunscriben exclusivamente al ámbito urbanístico, donde la aludida dependencia entre reglamentos es más evidente, lo que plantea una duda: ¿Es legítima extender esta posibilidad a otros supuestos de reglamentos entre los que exista jerarquía y dependencia? A nuestro juicio sí. Admitida esta posibilidad, nada obsta en puridad, para su extensión a otros sectores. Ahora bien, es cierto que la literalidad del art. 26.1 LJCA induce a pensar lo contrario, pues alude a «los *actos* que se produzcan en aplicación de las mismas». Por ello, en nuestra propuesta final, añadimos una referencia a este supuesto para conferir mayor seguridad jurídica.

Ahora bien, ¿cabe aducir defectos de forma de la disposición general que trae causa de otra disposición general? Una primera respuesta, aplicando la jurisprudencia del TS con respecto a los recursos indirectos «clásicos» (acto administrativo de aplicación — reglamento), será negativa. Esto es, la referida impugnación indirecta de la norma reglamentaria solo puede basarse en motivos jurídico-sustantivos, no jurídico-formales¹⁷. Con todo, a nuestro juicio, no debe descartarse esa posibilidad. Los motivos por los que se admiten en supuestos extraordinarios un recurso indirecto por motivos formales, también son aplicables aquí.

2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

A) RECURSO INDIRECTO CONTRA NORMAS FORALES FISCALES VASCAS

Como es conocido, la Disposición adicional primera de la CE ampara el sistema fiscal de los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya¹⁸. Las Juntas Generales de cada uno de éstos ostenta la competencia para regular los distintos tributos en su ámbito territorial. Estas normas forales tienen, ciertamente, naturaleza reglamentaria. No son normas con fuerza de ley¹⁹. A los

¹⁶ Cfr. STS de 4 de junio de 2008 (RJ 2008\4115): «si bien el artículo 26 de la LJCA se refiere a “actos que se produzcan en aplicación” (...) y a “actos de aplicación” (...), sin embargo ello no excluye, (...), que cuando estamos ante normas reglamentarias enlazadas que se rigen por un criterio jerárquico, de modo que el contenido de las de superior rango es “aplicado” y desarrollado por las de rango inferior, sean de aplicación igualmente las relaciones propias de la impugnación indirecta». Y también STS de 7 junio (RJ 2017\2819).

¹⁷ Cfr. D. Córdoba (2018).

¹⁸ Art. 37.3.f) de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, en relación con los arts. 40-41 de esa norma.

¹⁹ El art. 6 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, atribuye en exclusiva al Parlamento Vasco la facultad de dictar normas con fuerza de ley.

efectos que ahora nos interesan, estas normas forales eran susceptibles de impugnación mediante recurso directo contencioso-administrativo. Y con ocasión de las liquidaciones tributarias que se originasen en su aplicación, también eran susceptibles de impugnación indirecta.

Como quiera que sea, el Gobierno Vasco mantenía que esta situación le situaba en una posición jurídica de inferioridad frente a las normas fiscales del resto de España, sean las comunes, sean las de Navarra²⁰. Todo ello en la medida que éstas sólo podían ser impugnadas ante el TC dado que constituyen normas con fuerza de ley, con la restringida legitimación activa que permite el art. 162.1 a) de la Ley fundamental.

Por ello se añadió a la LOTC una nueva Disposición adicional quinta²¹ por la que corresponderá al TC el conocimiento de los recursos interpuestos contra las citadas Normas Forales fiscales. ¿Cómo integrar lo expuesto con el art. 26 LJCA? El propio legislador estatal se encargó de darnos una respuesta: se modifica la LJCA, y se le añade una letra d) al art. 3, disponiendo que: «d) Los recursos directos o *indirectos* que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica²²».

De modo análogo se procede con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se vuelve a redactar el art. 9.4 LOPJ, incluyendo la siguiente clausula: «Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o *indirectos* que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica».

¿Qué podemos deducir de estas consideraciones? Los *recursos directos e indirectos contra las Normas Forales fiscales* se sustanciarán ante el TC a

²⁰ Cfr. Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial: «Esta diferencia no tiene justificación material alguna: materialmente la regulación del impuesto sobre la renta de las personas físicas o del impuesto de sociedades es la misma cosa y debería tener, por ello, el mismo tratamiento en Navarra que en Bizkaia, Gipuzkoa y Álava. Todo se reduce a una diferencia formal, que resulta en el caso de los territorios históricos del País Vasco de la falta de reconocimiento a sus instituciones de la potestad legislativa formal, explicación ésta que dista mucho de ser satisfactoria, supuesta la identidad material ya destacada».

²¹ Mediante la aludida Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, cuya constitucionalidad ha sido confirmada por la por la STC 118/2016, de 23 de junio.

²² Modificación realizada por la Disposición adicional única de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero.

través del proceso regulado en la LOTC para recursos y cuestiones de inconstitucionalidad (en especial los arts. 31-37 LOTC). Y, además, cabe precisar que los *motivos de impugnación* de las citadas Normas se restringen a un juicio de constitucionalidad, al modo como se enjuician las normas con fuerza de ley, de conformidad con la citada Disposición adicional quinta en relación con el art. 28 LOTC²³.

Con todo, no se ha modificado el art. 6 de la LOPJ: «Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa». En ese sentido, ante una impugnación de un acto administrativo para cuya resolución sea necesaria la aplicación de una Norma Foral fiscal vasca, parece que queda incólume la facultad judicial de implicarla, sin necesidad de acudir al TC. Con todo, a esta interpretación se podría oponer la literalidad de la Disposición adicional quinta núm. 1 *párrafo segundo* de la LOPJ que literalmente afirma: «El Tribunal Constitucional resolverá también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal». Es decir, bien se podría argumentar que si un órgano jurisdiccional estima que una Norma Foral Fiscal Vasca puede ser inconstitucional o ilegal, no puede inaplicarla *ex art. 6 LOPJ*, sino elevar esa cuestión al TC. No es, sin embargo, nuestra opinión. Mantenemos que los jueces y tribunales siguen conservado la facultad de inaplicar las Normas Fiscales Vascas, mas no —ciertamente— declarar que éstas son contrarias al ordenamiento jurídico²⁴. Y ello por la misma literalidad de la Disposición adicional quinta. En el núm. 1 se habla de «cuestiones que se susciten con carácter prejudicial», lo que parece indicar que, si un Tribunal duda de la validez de esas Normas puede plantear una cuestión prejudicial al TC, *mutatis mutandis*, como haría con una norma con fuerza de ley²⁵. Si no hay duda, podría directamente obviarla, dado su carácter reglamentario.

Como quiera que sea, hay que clarificar un punto más. Este régimen excepcional que hemos estudiando no se extiende a todas las normas reglamentarias

²³ Art. 28 LOTC: «Uno. Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas (...)».

²⁴ Todo ello salvando la posibilidad de inaplicación judicial de cualquier disposición general contraria al Derecho Comunitario, por la conocida primacía y aplicación directa de éste: C. Agoués (2017).

²⁵ Cosa que ya acaece: ATC 150/2017, de 14 de noviembre, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad del art. 102.1 de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, general tributaria del territorio histórico de Bizkaia.

en materia tributaria de los territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. La dicción de la Disposición adicional Quinta lo establece para aquellas Normas Fiscales que se dicten «el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la Disposición adicional primera de la Constitución». Por lo tanto, aquellas otras que sean ejecución o desarrollo de las primeras, o simplemente no reproduzcan los tributos del sistema impositivo común para los territorios históricos, no tendrán ese fuero exclusivo del TC. Por lo tanto, sí será de aplicación el art. 26 LJCA para estos casos. Esta conclusión se refuerza con la lectura del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial²⁶, puesto que lo que allí se denuncia no tiene relación con los reglamentos vascos que no desempeñen la función de la legalidad tributaria en los territorios históricos²⁷.

En conclusión, de este apartado, la LOTC denomina «recursos directos o indirectos» a la impugnación ante el TC de esas normas, sin embargo, en nuestra opinión, este recurso ya no se corresponde con el recurso directo e indirecto propio de la LJCA. Al restringirse el control del TC al propio de las normas con fuerza de ley (Disposición adicional quinta en relación con el art. 28 LOTC), la naturaleza jurídica de este recurso ha mutado. Por lo tanto, una potencial reforma del art. 26 *no debe tener en cuenta la Disposición adicional quinta* ni el art. 3 d) LJCA. Todo ello sin perjuicio que, a nuestro entender, sí cabe recurso indirecto contra las disposiciones generales que sean desarrollo de las referidas Normas Fiscales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, o no reproduzcan a escala foral los tributos del sistema impositivo común. Y dado que estas últimas precisiones no conllevan especialidad alguna, no debe hacerse mención en la propuesta que desarrollamos en el siguiente subepígrafe.

B) PROPUESTA DE *LEGE FERENDAE*

La situación actual genera inseguridad jurídica, dado que no es evidente qué es un *vicio formal grosero o clamoroso*²⁸, por usar la contundente expresión

²⁶ El preámbulo las leyes constituye es un elemento a tener en cuenta en la interpretación de éstas, como ha afirmado la STC núm. 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7.º

²⁷ En efecto, este preámbulo justificó este cambio de foro competente en el distinto tratamiento procesal que se deparaba por una parte a las leyes Forales Navarras en materia fiscal y a las Leyes fiscales estatales, y por otra a las Normas Fiscales de los territorios históricos vascos. Siguiendo este razonamiento, tanto la Hacienda Foral Navarra, como la administración tributaria estatal dictan normas con rango reglamentario para el desarrollo y ejecución de su legislación fiscal, normas que sí son fiscalizables por los tribunales contencioso-administrativos. Por esa misma razón es perfectamente razonable que de igual modo acaezca con las disposiciones generales que realizan esa misma función con respecto a las Normas Fiscales Vascas objeto de este estudio. En ese sentido, la STC 118/2016, 23 de junio de 2016.

²⁸ STS de 22 septiembre 2014 (RJ 2014\6430): «Sólo, por excepción, resulta posible tal forma derivada de discutir una disposición general para obtener la anulación de un acto de

empleada por el TS. Los órganos jurisdiccionales territoriales, así como la Audiencia Nacional, y los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo con dificultad apreciaran este tipo de vicio sin que se les proporcione mayor certeza legislativa o jurisprudencial.

Igualmente, la jurisprudencia restrictiva del TS ha sido criticada severamente por una parte notable de la doctrina²⁹. Se retrae al Alto Tribunal que muchos requisitos formales son manifestación de principios generales del derecho recogidos en la CE (publicidad de las normas, participación ciudadana en asuntos públicos entre otros). También que el respeto al procedimiento aumenta las garantías de una norma acorde a los fines que la justifican o, finalmente, que la tolerancia ante el incumplimiento de las prescripciones legales es incompatible con un Estado de Derecho, pues crea espacios de impunidad.

Con todo, es peligroso consagrar, en este ámbito, el brocardo *fiat iustitia, et pereat mundi*. Una vez transcurrido el plazo para el recurso directo, una disposición general suscita una confianza legítima ante los ciudadanos y ante las administraciones públicas que fundamenta sus decisiones ulteriores. Cualquier reforma del art. 26.1 LJCA debe conciliar las exigencias dogmáticas con la justicia del caso concreto. Con estas premisas, y abierto a la crítica, a continuación, reproducimos nuestra propuesta. En negrita se resaltan las adiciones:

Redacción propuesta del art. 26.1 LJCA

1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de **las disposiciones generales** y los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

La impugnación indirecta se sustentará en los motivos de nulidad de pleno Derecho de las disposiciones generales recogidos en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. No obstante lo anterior, en su caso, solo podrá fundarse en los vicios de forma o de procedimiento siguientes:

- a) ***Ausencia de publicación de la disposición.***
- b) ***Aprobación por órgano manifiestamente incompetente.***
- c) ***Omisión total y absoluta del procedimiento de elaboración de la disposición general.***

aplicación si se hubiese incurrido en una *omisión clamorosa*, total o absoluta, del procedimiento establecido para su aprobación, o cuando hubiesen sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente».

²⁹ Cfr. M. J. Alonso (2002)

- d) ***Omisión o manifiesta insuficiencia de un informe preceptivo en el procedimiento de elaboración de la disposición cuando incida en el acto administrativo o en la disposición general recurrida.***

Nuestra propuesta es positivizar en el art. 26 LJCA la jurisprudencia minoritaria del TS que admite la anulación indirecta de un reglamento cuando los defectos formales alcancen una envergadura cualificada. En aras de la seguridad jurídica, enumeramos un elenco cerrado de infracciones formales que, de alguna manera, son los que se desprenden de las resoluciones estudiadas³⁰. A modo de ejemplo, en la letra d) señalamos no solo la omisión de un informe preceptivo cuando incide en un acto o disposición impugnada, sino también su *insuficiencia*, cuestión que está siendo dilucidada en la actualidad en el TS con respecto a la memoria económica-financiera de las ordenanzas fiscales³¹.

Esta reforma *de mínimos* es sencilla y podría alcanzar amplio consenso doctrinal y político. El objetivo inmediato es conferir seguridad a los Tribunales y Juzgados competentes. Es urgente limitar como causa de derogación singular de las leyes, la inimpugnabilidad por motivos formales de un reglamento cuando pasen los plazos de impugnación directa. Todo ello, ciertamente, sin perjuicio de continuar el debate sobre la «función purgativa» del recurso indirecto sobre el ordenamiento jurídico³².

BIBLIOGRAFÍA

Agoués Mendizábal, C. (2017): «La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos», en F. J. Villar Rojas y F. López Ramón (coord.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 361-410.

³⁰ Somos conscientes de la controversia doctrinal relativa a la existencia o no de una gradación de las infracciones en que puede incurrir un reglamento. Es decir, que no todo vicio de forma invalida una disposición general, sino que hay que ponderar la entidad del defecto formal. El espacio disponible nos impide desarrollar esta cuestión. Con todo, nos remitimos a G. Doménech (2001) que viene a defender la existencia de infracciones reglamentarias que no conlleven la nulidad de pleno Derecho, y la vigorosa contraargumentación que realiza G. Díaz González (2014). Como se advierte en nuestra propuesta, hemos realizado un juicio de los intereses en juego, y seleccionamos algunas infracciones formales que —creemos— sí merecen la invalidez del reglamento, frente a otras que puede ser controvertido que acarreen esa sanción.

³¹ ATS de 20 junio 2018 (RJ\2018\3078): «La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en: Determinar si, con ocasión de la impugnación indirecta de una ordenanza fiscal, cabe alegar la falta de emisión de la memoria económica-financiera o su *insuficiencia*, al entenderse que se trata de un supuesto de incumplimiento de un requisito esencial en el procedimiento de elaboración de una disposición general, o, por el contrario, se considera que se trata de un mero vicio formal de dicho procedimiento y, como tal, no alegable en el recurso contencioso-administrativo indirecto».

³² Cfr. E. García de Enterría (1962:197).

- (2013): «Reflexiones sobre el alcance del recurso indirecto contra reglamento en relación con los planes urbanísticos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 190, pp. 197-226.
- Alonso Mas, M. J. (2002): «La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: una injustificada restricción jurisprudencial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 157, pp. 241-260.
- Córdoba Castroverde, D. (2018): «¿Cabe el recurso indirecto frente a disposiciones generales con ocasión del recurso directo interpuesto contra otra disposición general vinculada con ella?», en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, pp. 1-7.
- Díaz González, G. (2014): «Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos», en *Revista Vasca de Administración pública*, núm. 99-100, pp. 1161-1177.
- Doménech Pascual, G. (2001): *La invalidez de los reglamentos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 558 pp.
- García de Enterría, E. (1962): «La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, pp. 159-208.
- Hernández Guijarro, F. (2016): «El recurso Indirecto y la cuestión de ilegalidad», en *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 2, pp. 10-100.

RELACIÓN DE SÍNTESIS

RESTRICCIONES EN EL CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

Beatriz Belando Garín

La primera sesión del Congreso ha abordado las restricciones en el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa tras veinte años desde la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Son muchas las cuestiones que siguen surgiendo sobre la capacidad de la ley para materializar el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE: la conexión entre la vía administrativa previa y la contencioso-administrativa¹, las limitaciones en materia de legitimación, la incidencia de las costas procesales en la capacidad de los ciudadanos para recurrir, etc., muchas de las cuales han surgido en las ponencias presentadas por el profesor Jordano Fraga y la profesora Lucía Casado, así como en las comunicaciones admitidas en este panel.

En orden a una mejor comprensión de este panorama las ponencias del profesor Jordano Fraga y Lucía Casado centraron su atención en dos aspectos en los que se aprecian ciertas limitaciones que existen en nuestro orden jurisdiccional concretamente, el contencioso ambiental y el recurso de casación.

La primera de las ponencias a cargo del profesor Jordano Fraga centró el debate en la capacidad de la Ley 29/1998 para hacer frente a las exigencias al derecho a un medio ambiente adecuado. Para ello identificó dos dificultades esenciales que caracterizan el contencioso ambiental derivado de la

¹ Sobre el impacto de la vía administrativa previa en el acceso a la jurisdicción contenciosa, es especialmente interesante la lectura del trabajo, Díaz Sastre, Silvia (dir.) (2018): *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018*, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa/ Consejo General del Poder Judicial, Madrid, donde se analizan por áreas los datos de la jurisdicción contenciosa: nivel de litigiosidad, de satisfacción del recurrente, duración del proceso o las costas de los mismos.

Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia ambiental: la limitación de la legitimación colectiva y la eficacia del sistema de medidas cautelares.

Sobre la legitimación activa, a diferencia de lo establecido en nuestro ordenamiento para otras áreas como las costas (artículo 109 de la Ley 22/1988, de Costas) o el patrimonio histórico (artículo 8 de la Ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico), en el caso ambiental nos encontramos con una acción popular constreñida a personas jurídicas que reúnan determinados requisitos, subjetivos y objetivos, lo que desvirtúa su naturaleza. Comenzando por los condicionantes subjetivos, la Ley 27/2006, de 18 de julio no dota de legitimación a todos los sujetos colectivos sino solo a aquellos que posean una cierta antigüedad (2 años) y una conexión territorial entre el sujeto colectivo y el daño ambiental que pretende evitarse. A esta restricción a las asociaciones, se une la limitada legitimación del Ministerio fiscal, en contrapunto con la otorgada a los Ayuntamientos a los que el TS ha otorgado legitimación invocando intereses indirectos o difusos (STS de 20 de septiembre de 2004).

En esta aproximación al acceso al contencioso ambiental, el profesor Jordano destaca igualmente las restricciones objetivas, con la omisión de toda referencia a las sociedades mercantiles de titularidad pública en el concepto de «autoridad pública» cuya actuación, inactividad o vía de hecho da entrada a la acción pública ambiental. Esta omisión es relevante dado el significativo repliegue actual del derecho público mediante la privatización de servicios públicos y la delegación de funciones públicas a sujetos privados, lo que puede conducir a la incapacidad de la Ley 27/2006 para dar entrada a situaciones que atentan contra el medio ambiente.

Profundizando en su estudio sobre el contencioso ambiental, se expone por el Profesor Jordano las medidas cautelares. La conexión entre las medidas cautelares y el derecho a la tutela judicial efectiva es un tema recurrente en nuestra área de conocimiento y los problemas son por todos conocidos, pero el Profesor Jordano nos da dos elementos contradictorios en la aproximación actual a estas medidas por los Tribunales en los contenciosos ambientales.

Una de estas contradicciones es la consideración del interés ambiental, como el interés público prevalente en caso de la solicitud de la correspondiente medida cautelar de suspensión, frente a otros igualmente significativos como por ejemplo el urbanismo. Sin embargo, a pesar de esta calificación lo cierto es que la caución exigida en los contenciosos ambientales es elevada lo que conduce a una paradoja magníficamente descrita por el Profesor Lozano: se favorece la concesión de la medida, pero se requieren fianzas desproporcionadas. Ello sin duda no facilita el control judicial al generar una situación de desequilibrio procesal entre aquellos que favorecen el desarrollismo frente a los defensores de la protección ambiental no dotados de las mismas armas

económicas y estructurales (estos son organizaciones nutridas fundamentalmente de voluntarios frente a los grandes bufetes de abogados).

Por su parte, la profesora Lucía Casado estudia de forma detallada la evolución de los recursos en el orden contencioso, combinando una amplia doctrina con el exhaustivo análisis de los datos emanados del Consejo General del Poder Judicial. La idea sustancial que se extrae de la ponencia de la Profesora Lucía Casado está perfectamente resumida en la última de sus conclusiones: *«cualquier reforma que se aborde del actual modelo de recursos debe tener en cuenta el sistema en su conjunto»*, ello exige necesariamente abordar la Ley 29/1998, en mi opinión conjuntamente con el sistema de recursos administrativos actual en orden a obtener una imagen real de la capacidad de los ciudadanos para anular o modificar la acción administrativa.

Partiendo de la interpretación constitucional claramente restrictiva del derecho a los recursos contencioso como un derecho de configuración legal conectado con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), la profesora Casado analiza el conjunto del sistema transmitiendo una idea recurrente: estamos ante un marco complejo que permite una situación inadmisibles, el 80% de los asuntos que llegan al orden contencioso carecen de segunda instancia. El reparto del conocimiento de los asuntos entre órganos diversos, conduce a que muchos sean conocidos en única instancia por el Tribunal correspondiente. Ello, atenta contra uno de los principios del Estado de derecho al «permitir la existencia en su seno de poderes insusceptibles del control. En un Estado de Derecho, todos los poderes están sometidos al control, incluido el poder judicial».

Que sólo que el 20% de los asuntos tengan acceso a una segunda instancia no es desde luego admisible, pero si a esto le añadimos la ineficacia de la vía previa y la duración de los litigios ello debería dar lugar a una profunda reflexión al poder legislativo.

Junto a la apelación, la Profesora aborda la regulación de la casación realizando un repaso de la figura antes y después de la reforma operada por la Ley 7/2015, de 21 de julio. La idea que cabe extraer de este profundo examen, es el cambio de paradigma que supone la nueva regulación. No quiere ello decir, que se abandonen los rigurosos requisitos formales, sino que el recurso de casación se universaliza, no haciéndose depender de motivos tasados o requisitos de cuantía, pero sujetándose a un fin claramente delimitado: la existencia de «interés casacional objetivo». Este es el elemento principal sobre el que pivota la reforma. El fin principal de la casación es la correcta interpretación en la aplicación de la Ley; la fijación de criterios uniformes en la interpretación del ordenamiento jurídico logrando así seguridad jurídica y no tanto el derecho a la tutela judicial efectiva. Prima la seguridad jurídica frente al derecho a la tutela judicial efectiva.

Se mantiene sin embargo alguno elementos del que destacado su carácter extraordinario. Se continúa precisando la concreción por el recurrente de las infracciones del ordenamiento jurídico, o de la jurisprudencia en que se sustenta, en la forma legalmente establecida. El art. 88. 2 LJCA recoge una serie de circunstancias que pueden ser consideradas de interés casacional objetivo, pero es un listado no exhaustivo, que en todo caso no elimina el deber de motivación. Este carácter extraordinario, explica los datos que la autora maneja y que de forma magnífica resume. La reforma de la casación, a pesar de lo que aparentemente pudiese parecer con la lectura de la LJCA, no ha supuesto una ampliación de asuntos abordados. No se ha producido una avalancha de recursos de casación como algunos pronosticaban, entre otros motivos por elevado rigor formal en los escritos de presentación e interposición a lo deben añadirse los fijados por el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la sala de Gobierno del Tribunal Supremo, relativos a la extensión máxima, formato y estructura.

La autora pone además el acento sobre una cuestión que se ha reflejado en todas las reformas procesales actuales: desatascar los Tribunales, quedando en un segundo plano el impacto real de estas reformas en el derecho a la tutela judicial efectiva y sobre todo especialmente en el control real y efectivo de la actuación de la Administración.

En definitiva, es todavía largo el camino que queda por recorrer para alcanzar un control satisfactorio de los poderes públicos de conformidad con el art. 106 CE y un desarrollo pleno del derecho a la tutela judicial efectiva. Las trabas procesales, los costes económicos y morales de los procesos no incentivan precisamente el acceso al contencioso-administrativo. Es necesario un examen en conjunto de nuestra garantía jurisdiccional.

SEGUNDA SESIÓN

RETOS

PONENCIAS

LOS RETOS DE LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

Rubén Martínez Gutiérrez

SUMARIO: 1. Planteamiento general. 2. Primer reto: superar las dificultades de interoperabilidad y compatibilidad entre las diferentes aplicaciones, plataformas y sistemas de gestión procesal. A) Interoperabilidad, cooperación y coordinación. Consecuencias fácticas de la distribución de competencias y del incumplimiento de la exigencia legal de garantizar la interoperabilidad. La labor de coordinación del CGPJ. B) La posible incidencia de la STC 55/2018 como garantía de la interoperabilidad en la Administración de Justicia. El respeto absoluto al EJIS y su normativa técnica de desarrollo del CTEAJE por imperativo de la Instrucción 1/2018 del CGPJ. 3. Segundo reto: el adecuado funcionamiento del expediente judicial electrónico. A) El expediente judicial electrónico. Situación actual tras la Instrucción 1/2018 del CGPJ. B) La interconexión de la Administración de Justicia y las plataformas de tramitación electrónica de las Administraciones Públicas: «remisión de expedientes» o «puesta a disposición». Su alcance en la jurisdicción contencioso-administrativa. 4. Tercer reto: la adecuación tecnológica de los medios materiales en la jurisdicción contencioso-administrativa. A) Los problemas de LEXNET. La necesidad de mirar hacia el progreso. La posición del TS a propósito de la STS Núm. 1218/2018. B) La ausencia de sistemas de búsqueda de resoluciones judiciales específicos para los jueces y magistrados. C) Las nuevas determinaciones de los medios materiales y organizativos de la Instrucción 1/2018 del CGPJ. 5. Cuarto reto: el adecuado conocimiento por el personal de la administración de justicia de los instrumentos de tramitación electrónica y del llamado «derecho administrativo electrónico». 6. Quinto reto: explorar las posibilidades de aplicación de la actuación judicial automatizada y de la inteligencia artificial. A) El precedente de la actuación administrativa automatizada como ejemplo. B) Las dificultades de asunción de la actuación judicial automatizada y de la inteligencia artificial por la naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa. La automatización de determinadas actuaciones judiciales (como por ejemplo la ejecución de sentencias). 7. Reflexión final. 8. Bibliografía.

RESUMEN: El presente trabajo pretende realizar un análisis riguroso de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa a partir del cual asentar el estudio de cinco grandes retos: 1. El reto de conseguir la interoperabilidad en la e-Justicia. 2. El adecuado funcionamiento del expediente judicial electrónico y sus implicaciones para el derecho a la tutela judicial efectiva. 3. La adecuación tecnológica de los medios materiales en la Administración de Justicia. 4. La formación adecuada en el conocimiento del denominado Derecho Administrativo electrónico y en el funcionamiento de los sistemas de gestión procesal-expedientes judiciales electrónicos. Y, 5. El reto de explorar las posibilidades de la actuación judicial automatizada y de la inteligencia artificial en la jurisdicción contencioso-administrativa.

PALABRAS CLAVE: innovación tecnológica, interoperabilidad, expediente judicial electrónico, sistemas expertos, inteligencia artificial.

ABSTRACT: This paper analyzes the technological innovation in the administrative jurisdiction from which to settle the study of five major challenges: 1. The challenge of achieving interoperability in e-Justice. 2. The proper functioning of the electronic judicial file and its implications for the constitutional right to effective judicial protection. 3. The technological adaptation of the material means in the Justice. 4. The adequate formation in the knowledge of the denominated electronic Administrative Law and in the operation of the systems of procedural management-electronic judicial files. 5. The challenge of exploring the possibilities of automated judicial action and artificial intelligence in the administrative jurisdiction.

KEYWORDS: technological innovation, interoperability, electronic judicial file, automated judicial action, artificial intelligence.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El presente trabajo pretende realizar un análisis riguroso de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa asentado en el estudio de cinco retos que he identificado como esenciales en el cambio de paradigma que deberá producirse en los próximos años en la Administración de Justicia. Se trata de una labor ciertamente complicada, ya que la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), no se caracteriza precisamente por su carácter innovador en lo que a la tecnología se refiere, debiendo acudir en esta materia a la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ) (y ahora también la Instrucción 1/2018 del CGPJ¹ que pende

¹ Publicada en el BOE de 10 de diciembre de 2018 bajo el título: Acuerdo de 22 de noviembre de 2018, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el

directamente de su artículo 230), y como normas supletorias de la LJCA, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv) en primer término, y, en segundo término como norma complementaria y horizontal en todas las jurisdicciones, la Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (LUTICAJ). De esta manera, para esta tarea de determinar los retos fundamentales, he tenido que realizar una labor de investigación, y si se me permite la expresión, «de campo», en la que se concretaron una serie de entrevistas y reuniones con miembros del poder judicial, en su mayoría Magistradas y Magistrados de lo Contencioso-Administrativo², pero también personas del cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia³ y Abogadas y Abogados en ejercicio en la jurisdicción contencioso-administrativa⁴. Gracias a la información que he podido recabar en estos encuentros he conseguido centrar los retos que me han parecido más interesantes, descartar otros temas que me había planteado y lanzar algunas propuestas que puedan ayudar a superar con éxito, a mi juicio, los cinco retos fundamentales que vertebran el presente trabajo.

Los cinco retos parten todos ellos del primero, que no es otro que alcanzar una adecuada interoperabilidad entre las aplicaciones, plataformas y sistemas

que se aprueba la Instrucción 1/2018, relativa a la obligatoriedad para Jueces y Magistrados del empleo de medios informáticos a que se refiere el artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

² Para la preparación de esta ponencia realicé 2 sesiones de trabajo, una en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Alicante, con los Magistrados: D. Salvador Belmont Lorente (quien es además el Decano de los Juzgados de Alicante) y D. José M.^a Magán Perales (también Profesor Titular de Derecho Administrativo y persona que me ayudó a organizar la sesión de trabajo), y la Magistrada D.^a M.^a Begoña Calvet Miró (premio calidad de la Justicia 2018), y, una segunda sesión de trabajo en Bilbao con el Magistrado: D. Diego Íñiguez Hernández (quien ostenta una interesante trayectoria de gestión ministerial y una visión muy proactiva en materia de innovación tecnológica), y la Magistrada: D.^a Ana M.^a Martínez Navas (antigua Profesora Asociada de Derecho Administrativo en Alicante y actualmente preparadora a la carrera judicial, lo que le permite estar al día de los cambios e innovaciones en la jurisdicción contencioso-administrativa).

A todas y todos ellos quiero agradecer su tiempo y su atención, su cordialidad y profesionalidad, ya que las citadas reuniones me han inspirado y ayudado a conocer e identificar los principales retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa. Su visión ha sido fundamental para la elaboración de estas líneas, lo que evidentemente no quiere decir que su opinión sea coincidente con la que he expresado en estas páginas.

³ Agradezco enormemente también las líneas explicativas de la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 3, de Alicante: D.^a Soledad Nevado Torres, así como las reflexiones que pude intercambiar en Murcia con el Letrado de la Administración de Justicia: D. Juan Luis Bañón González, también autor de un interesante e ilustrativo capítulo de libro en la obra colectiva ya citada de 2012.

⁴ A quienes he ido consultando casi sin comentarles el propósito en conversaciones y encuentros informales, y me han aportado información de cierto interés. Como he podido hablar con un buen número de abogados en ejercicio, y con el propósito de no olvidar a ninguno de ellos, no les citaré personalmente, pero sí les agradezco su tiempo y sinceridad.

que se utilizan en la gestión procesal. Se trata de una cuestión crucial, ya que sin interoperabilidad no podrá implantarse la e-Justicia con éxito, dado que es su presupuesto inexcusable. Con este presupuesto, se analizará el concepto de interoperabilidad (con un análisis por analogía de la STC 55/2018) y los principios de coordinación y cooperación en el ámbito de la Administración de Justicia, para profundizar en el necesario ejercicio de competencias por el CGPJ que garanticen la compatibilidad de las plataformas y sistemas de gestión procesal.

El segundo reto se abordará en el apartado 3 de este trabajo, y la base del mismo es realizar un análisis del denominado expediente judicial electrónico, su posible conexión con los gestores de expedientes de las diferentes Administraciones públicas y la incidencia que esta cuestión puede tener en el correcto cumplimiento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24 de la Constitución de entender que en la jurisdicción contencioso-administrativa los expedientes a enjuiciar de las distintas AAPP deban ser remitidos por éstas a los órganos jurisdiccionales o, de otra manera, sean los propios órganos judiciales los que accedan directamente a ellos mediante su puesta a disposición electrónica.

El tercer reto surge directamente de las diversas reuniones mantenidas con los diferentes cuerpos funcionariales que intervienen en las diferentes facetas de la Administración de Justicia, y el mismo se centra en conseguir una correcta adecuación tecnológica de los medios TIC que intervienen en el proceso contencioso-administrativo con especial énfasis en la problemática de determinados programas y aplicaciones que no sirven para cumplir adecuadamente con su cometido, muchas veces por falta de inversión económica y en otras ocasiones por graves errores de diseño, y en la mayoría de los casos por la acumulación de ambas cuestiones. Todas estas cuestiones generan incertidumbres en la tarea de impartir justicia y afectan a numerosos derechos fundamentales, especialmente al ya citado derecho a la tutela judicial efectiva.

Como cuarto reto, se profundizará en la necesidad de realizar una adecuada formación, en cuanto a inversión y en cuanto a contenidos, del personal de la Administración de Justicia en el denominado Derecho Administrativo TIC o electrónico y en el propio funcionamiento de los sistemas y plataformas electrónicas de gestión procesal, como cuarto reto de este trabajo. Esta realidad ya ha supuesto lamentablemente la vulneración grave de algunos derechos constitucionales como se verá con detenimiento en este apartado.

Y, finalmente, el quinto reto que se analizará será el impacto de la inteligencia artificial y la actuación judicial automatizada en el proceso contencioso-administrativo, abordando la posible aplicación de técnicas automatizadas de gestión y también el posible diseño específico de sistemas judiciales expertos, con la propuesta de que dichas aplicaciones y plataformas puedan ser di-

señadas bajo la tutela del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y del el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica (CTEAJE).

Como se habrá advertido, los retos son audaces, pero se plantean con la humildad de querer aportar algunas soluciones desde la visión de un profesor que ha dedicado buena parte de su labor investigadora al estudio de la Administración pública electrónica, en particular, y a la innovación tecnológica en nuestras AAPP y su regulación, en general. Si alguna de las ideas que se aportan en este trabajo sirven para despertar la curiosidad por esta temática de alguno de mis colegas de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, ya habrá merecido la pena el esfuerzo, la dedicación y la inversión en horas de trabajo empleadas en la redacción de esta ponencia escrita para un acontecimiento tan trascendental como nuestro Congreso anual.

2. PRIMER RETO: SUPERAR LAS DIFICULTADES DE INTEROPERABILIDAD Y COMPATIBILIDAD ENTRE LAS DIFERENTES APLICACIONES, PLATAFORMAS Y SISTEMAS DE GESTIÓN PROCESAL

A) INTEROPERABILIDAD, COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN. CONSECUENCIAS FÁCTICAS DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y DEL INCUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA LEGAL DE GARANTIZAR LA INTEROPERABILIDAD. LA LABOR DE COORDINACIÓN DEL CGPJ

La problemática de la distribución competencial en materia de Administración de Justicia⁵ se proyecta claramente sobre la falta de interoperabilidad en este ámbito, provocando que las distintas Administraciones con competencias en esta materia hayan optado por opciones tecnológicas de sistemas de gestión procesal incompatibles entre sí. A esta realidad fáctica hemos de sumar, con cierto asombro, el reiterado y sistemático incumplimiento de la normativa legal y reglamentaria en el desarrollo de las plataformas, aplicaciones y programas de gestión en materia de e-Justicia para un adecuado cumplimiento de los cánones de la interoperabilidad. Como ya he manifestado en distintos trabajos (2009, 2012, 2017, y, especialmente, 2018: 205-208) el desarrollo, diseño y contratación de estos sistemas debían haberse realizado asegurando la interoperabilidad de los mismos (con cumplimiento de los estándares técnicos marcados en la normativa de aplicación), sobre tecnología de licencia pública y en

⁵ Sobre esta problemática y su incidencia en la implantación de la e-Justicia, véase los trabajos de Cerrillo i Martínez (2012: 264 y siguientes), Colomer Hernández (2012: 100 y siguientes), Gamero Casado (2012: 61 y siguientes) y Jiménez Asensio (2011: 93-116).

ningún caso *software* propietario de empresas, y con cumplimiento estricto de la normativa legal, reglamentaria y técnica en materia de interoperabilidad formada por la LUTICAJ, las normas a este respecto del CTEAJE, las Leyes 39 y 40 de 2015 (y antes la Ley 11/2007), los Reales Decretos 3 y 4 de 2010, y toda la normativa técnica de desarrollo⁶. Lamentablemente, en muchos casos, la contratación del diseño de las plataformas y aplicaciones de gestión procesal ha incumplido estos elementos, lo que a mi juicio ha provocado 2 consecuencias claras: 1. La nulidad de los pliegos que no han respetado lo establecido en el ordenamiento legal (aunque nadie los impugnó y ahí está el resultado de unos productos informáticos inadecuados), y, 2. La imposibilidad de que las diferentes plataformas, sistemas y aplicaciones se entiendan entre sí, es decir, que sean interoperables, ya que las tecnologías que los soportan no parten de unos estándares comunes que son los marcados por el elenco normativo al que he hecho referencia. Esta situación está en la raíz del fracaso de muchos de los sistemas de gestión y tramitación procesal electrónica, y también, en su incompatibilidad (a salvo de diseñar las conocidas como «pasarelas de interoperabilidad» para adaptar esos programas a los estándares, volviendo a generar beneficios para las empresas que los diseñaron). Esta situación no es nueva, y pasó exactamente igual en el ámbito de la e-Administración, hasta que los controles se hicieron más severos (véase la disposición adicional segunda de la Ley 39/2015, a pesar de las dudas que planteó su constitucionalidad debiendo interpretarse de conformidad al FJ 11 de la STC 55/2018) y las propias AAPP se dieron cuenta del valor estructural de la interoperabilidad. Por ello, es una pena la ajenidad a este fenómeno que hasta la Instrucción 1/2018 del CGPJ parece haber vivido la Justicia pese a los reconocidos esfuerzos de desarrollo y acuerdo conjunto de soluciones técnicas entre el Ministerio y las CCAA que son patentes (Cerrillo i Martínez, 2012: 267), y en entre las que cabe destacar algún éxito como el denominado Punto Neutro Judicial⁷, pero que a la vista de los resultados actuales, han sido claramente insuficientes.

⁶ A mayor profundidad véase Martínez Gutiérrez (2012: 313-315).

⁷ El Punto Neutro Judicial vendría a ser en el ámbito de la e-Justicia el equivalente a la Red Interadministrativa SARA en el ámbito de la e-Administración, y según la web del CGPJ «es una red de servicios que ofrece a los órganos judiciales los datos necesarios en la tramitación judicial mediante accesos directos a aplicaciones y bases de datos del propio Consejo, de organismos de la Administración General del Estado y de otras instituciones con objeto de facilitar y reducir los tiempos de tramitación, de aumentar la seguridad, y de mejorar la satisfacción de los usuarios.

En este sentido, se ofrece la posibilidad de consultar e interconectar a los Órganos Judiciales con terceras entidades (AA.PP., Colegios Profesionales, Entidades Financieras, Registros, etc.), al objeto de mejorar los tiempos de tramitación de los asuntos con el fin de ofrecer herramientas y servicios a los colectivos que conforman la justicia, para que puedan ser más eficiente y eficaces en la tramitación de los asuntos judiciales y de esa forma poder ayudar a los ciudadanos para que se les garantice la inmediatez y el derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos ante los tribunales». A mayor precisión sobre el PNJ véase el trabajo de Gamero Casado (2012: 57 y 58) y el de Cerrillo i Martínez (2012: 281 y 282).

Precisamente por las razones que acabamos de exponer en este apartado y en el anterior, quiero refrendar mi posición a este respecto efectuada en 2012 (Martínez Gutiérrez, 2012: 317-319), cuando al interpretar el artículo 230 de la LOPJ (especialmente en sus apartados 1.º y 6.º) y la LUTICAJ a propósito de la consecución de la interoperabilidad, vine a establecer que «el Consejo General del Poder Judicial será el órgano encargado de coordinar en materia de interoperabilidad al resto de Administraciones implicadas en la e-Justicia», ya que «tanto la LUTICAJ como la LOPJ apuestan por la coordinación para garantizar la plena compatibilidad de las plataformas de e-Justicia y el ente que coordina en materia de interoperabilidad judicial, según establece la legislación, es el Consejo General del Poder Judicial». «En suma, la LUTICAJ y previamente la LOPJ han pretendido asegurar la existencia de un órgano coordinador, el Consejo General del Poder Judicial, que en última instancia pueda garantizar la interoperabilidad, aunque abra las puertas a la utilización de técnicas clásicas de colaboración como el convenio entre las Administraciones implicadas en la e-Justicia», tratándose quizá de la utilización de la técnica que Valencia Martín (2017: 93-95) denomina «coordinación impropia⁸», que a mi juicio puede ser la pieza de encaje en esta materia especialmente en lo que se refiere al desarrollo del artículo 230.6 de la LOPJ.

Por tanto, a esta posición de aquel entonces que acaba de sintetizarse, solo debo añadir, tras las reformas de la LOPJ operadas en 2015 y diciembre de 2018 y ya comentadas en este trabajo, que a la labor de coordinación del CGPJ y que hemos visto recientemente ejercer con la Instrucción 1/2018, que esta competencia también corresponderá por aplicación del artículo 230.6 de la LOPJ en su versión actual al CTEAJE⁹, puesto que dicho precepto señala categóricamente que «los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser compatibles entre sí para facilitar su comunicación e integración, en los términos que determine el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica» (hasta diciembre de 2018 se mantenía la previsión de que el CGPJ aprobase previamente los programas y aplicaciones). A lo que un segundo párrafo añade que «los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser compatibles entre sí

⁸ Concretamente Valencia Martín (2017: 94) señala con apoyo en diferentes SSTC que «la jurisprudencia constitucional ha puesto especial énfasis en la necesidad de colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas en aquellos casos en los cuales se produce una concurrencia de competencias estatales y autonómicas (...) a propósito de una misma actividad, dentro del respeto mutuo a sus respectivas esferas competenciales», y en estos casos la distinción entre colaboración y coordinación propiamente dichas ya no es tan nítida, planteando matices concretos según en ámbito y el supuesto determinado.

⁹ El Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica se regula en el artículo 44 de la LUTICAJ, y se ha desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 396/2013. Para un estudio detallado del citado Comité me remito a Cerrillo i Martínez (2012: 285-287).

para facilitar su comunicación e integración, en los términos que determine el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica». Finalmente, como ya se ha advertido, en este ámbito nos encontramos con la proyección del principio de coordinación (clásico, que se desprende claramente del artículo 230.1 de la LOPJ y de los preceptos de la Instrucción 1/2018, y de coordinación impropia para solucionar la problemática que se derive del artículo 230.6 de la LOPJ, teniendo en cuenta que en este ámbito también tienen competencias algunas CCAA y el Ministerio) que deben ejercer en materia de interoperabilidad en la e-Justicia el CGPJ y el CTEAJE.

B) LA POSIBLE INCIDENCIA DE LA STC 55/2018 COMO GARANTÍA DE LA INTEROPERABILIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL RESPETO ABSOLUTO AL EJIS Y SU NORMATIVA TÉCNICA DE DESARROLLO DEL CTEAJE POR IMPERATIVO DE LA INSTRUCCIÓN 1/2018 DEL CGPJ

En el apartado anterior hemos realizado un análisis de la problemática que existe actualmente y que ha impedido la anhelada interoperabilidad de aplicaciones, plataformas y sistemas de gestión procesal en el ámbito de la e-Justicia, pero también, la línea de solución a este respecto y que pasa por el ejercicio del principio de coordinación en esta materia por parte del CGPJ sobre la base de las normas técnicas definidas por el CTEAJE entre las que se encuentran las Bases del Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad (EJIS), habiéndose producido el 10 de diciembre la publicación en el BOE del ya analizado Acuerdo de 22 de noviembre del CGPJ por el que se aprueba la Instrucción 1/2018 que se dirige, precisamente, en esta misma dirección. La pregunta que surge a este respecto es si esta posición sería acorde a la doctrina constitucional relativa al reparto de competencias entre los diferentes actores que intervienen en la Administración de Justicia y su proyección para la adecuada consecución de la interoperabilidad. Y a este respecto, solo cabe responder, a mi juicio, tras realizar un análisis conjunto y sistemático de la Instrucción 1/2018 y la Sentencia 55/2018 del Tribunal Constitucional donde en diversos de sus fundamentos jurídicos analiza la interoperabilidad, y, muy especialmente su fundamento jurídico 11¹⁰, donde se analiza la constitucionalidad de la disposición adicional segunda de la Ley 39/2015, determinándose la constitucionalidad del párrafo 2.º de la misma siempre que sea interpretado de conformidad con el citado fundamento de la Sentencia.

¹⁰ Para un análisis de esta STC en materia de e-Administración véase: Fondevila Antolín, Jorge (2018): «Algunas acotaciones a la STC 55/2018: colaboración e interoperabilidad versus imposición y uniformidad en la implementación de la e-administración», en *Actualidad Administrativa*, núm. 12.

En los artículos Cuarto y Quinto de la Instrucción 1/2018 del CGPJ se determina respectivamente, de un lado, el procedimiento para la verificación de que los programas reúnen las condiciones que permite al Consejo imponer su obligatoriedad a jueces/zas y magistrados/as, y, de otro lado, las consecuencias derivadas de la no superación del test de requisitos técnicos, de gestión y de formación mínimos para que el programa pueda imponerse como obligatorio, y en ellos el CGPJ realiza un auténtico control vía principio de coordinación del funcionamiento de las aplicaciones, plataformas y sistemas de gestión procesal tanto del Ministerio como de las diferentes CCAA que disponen de sistemas propios independientemente de que se trate de sistemas ya implantados, en proceso de implantación o que se vayan a implantar. La consecuencia práctica de no cumplir con los requisitos técnicos determinados por la Instrucción 1/2018 (que no son otros que cumplir con los establecidos en la propia norma, en la LUTICAJ y en las normas técnicas del CTEAJE: Bases del EJIS, Guías de Interoperabilidad y Seguridad, Guía Técnica de Seguridad y Guías y Normas Técnicas de Aplicación) es sencillamente que la plataforma o aplicación deje de ser de uso obligatorio para jueces y magistrados, manteniéndose el acceso de los expedientes en papel. Esta situación determinaría materialmente que dichas plataformas, aplicaciones o sistemas de gestión procesal caigan en el desuso.

Ahora bien, y a diferencia de lo que hizo la Ley 39/2015 con su disposición adicional segunda, por el momento el CGPJ no determina que la no superación del test por no cumplimiento de los requisitos pueda terminar por implicar la adhesión de esa CCAA a un sistema determinado de gestión procesal, quizá, todo hay que decirlo, porque el sistema del Ministerio (Minerva) tampoco es que resulte ser la panacea de correcto funcionamiento. Recordemos que en el caso de la e-Administración, la disposición adicional segunda de la Ley 39/2015 llega a establecer en su segundo inciso que «en el caso que una Comunidad Autónoma o una Entidad Local justifique ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que puede prestar el servicio de un modo más eficiente, de acuerdo con los criterios previstos en el párrafo anterior, y opte por mantener su propio registro o plataforma, las citadas Administraciones deberán garantizar que éste cumple con los requisitos del Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad, y sus normas técnicas de desarrollo, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se realicen en sus correspondientes registros y plataformas». Si tal justificación no pudiera darse por la CCAA o EELL, la solución a sus propios problemas de interoperabilidad sería la adhesión a las plataformas o sistemas de la Administración General del Estado, decisión que compete a la propia CCAA o EELL según la interpretación de la STC 55/2018. En este ámbito, el principio que se invoca es el de cooperación ya que hablamos del respeto al principio de autonomía y autoorganización de las CCAA y EELL,

aunque la salvaguarda de la interoperabilidad y la seguridad, siendo elementos estructurales del sistema y por ende del propio procedimiento administrativo común electrónico, ha terminado normándose a través de Reales Decretos, los números 3 y 4 de 2010 (que son instrumentos de coordinación por más que se hayan elaborado en colaboración con todas las AAPP implicadas¹¹), y su ingente normativa técnica de desarrollo a la que ya hemos hecho referencia.

Resulta conveniente manifestar mi posición favorable a la técnica que ha seguido el CGPJ en la Instrucción 1/2018 en el ejercicio de una potestad de coordinación muy bien entendida cuando se trata de respetar un reparto competencial complejo y a la vez garantizar la interoperabilidad de las aplicaciones, plataformas o sistemas de gestión procesal. Comparto plenamente que la idea no puede ser la imposición de una determinada o única tecnología, sino como hace claramente la Instrucción en la Introducción de su Anexo Técnico marcar las normas técnicas o estándares de obligado respeto por todas las AAPP que vayan a desarrollar plataformas o sistemas de gestión procesal para que se garantice el correcto funcionamiento y a la vez la interoperabilidad de las mismas (de hecho es lo que ha hecho la UE en el ámbito de la contratación pública, por ejemplo, con el vocabulario común de contratos públicos o con el depósito de certificados en línea e-Certis¹²). Por tanto, cualquier desarrollo de una plataforma o sistema de gestión procesal debe pasar inexcusablemente por respetar la LUTICAJ, la Normativa Técnica del CTEAJE (máxime después de la nueva redacción del artículo 230.6 de la LOPJ operada por la Ley Orgánica 4/2018) y, subsidiariamente, la normativa derivada de las Leyes 39 y 40 de 2015 y los Reales Decretos 3 y 4 de 2010 y su normativa técnica de desarrollo. Toda plataforma o sistema de gestión procesal que no respete esta normativa debería entenderse desarrollada bajo procedimientos y actos nulos de pleno derecho, en línea con lo establecido en la Introducción del Anexo Técnico de la Instrucción 1/2018¹³.

¹¹ Tal y como puse de manifiesto en mi monografía de 2009: 315 y siguientes.

¹² Martínez Gutiérrez, Rubén (2015: 192-199) y (2019: 96-103).

¹³ Que se manifiesta con la siguiente contundencia al hablar de la compatibilidad del expediente judicial electrónico y los sistemas de gestión procesal: «su formato debe ajustarse a las especificaciones que la Ley 18/2011 de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia establece para posibilitar la compatibilidad e interoperabilidad entre sistemas.

Por otro lado, el Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (...) ha definido en el seno de sus grupos de trabajo las especificaciones tecnológicas concretas que incluyen metadatos, estructuras, formatos, etc., tanto de los expedientes como de los documentos electrónicos. Así mismo ha estandarizado la numeración identificativa y única a lo largo de la vida procesal del expediente, los mecanismos tecnológicos para hacerlo seguro y confiable, los formatos de firma digital y los protocolos de intercambio de información.

Por tanto, la primera obligación de las Administraciones es desarrollar sistemas capaces de gestionar expedientes y documentos electrónicos con el formato, estándares y normas que, cumpliendo la Ley, están definidos en la Normativa Técnica del CTEAJE.

3. SEGUNDO RETO: EL ADECUADO FUNCIONAMIENTO DEL EXPEDIENTE JUDICIAL ELECTRÓNICO

A) EL EXPEDIENTE JUDICIAL ELECTRÓNICO. SITUACIÓN ACTUAL TRAS LA INSTRUCCIÓN 1/2018 DEL CGPJ

Hasta el día 10 de diciembre de 2018, la regulación del expediente judicial electrónico se había limitado a la regulación que del mismo se contiene en la LUTICAJ, concretamente en su Capítulo II del Título IV, arts. 26 a 29, donde se analiza el expediente judicial electrónico, el documento judicial electrónico, las copias electrónicas, y el archivo electrónico de documentos (a mayor precisión, véase Sanz Larruga y Salgado Seguí (2012: 563-611). Pues bien, esta base normativa se había mantenido inalterada hasta la promulgación de la Instrucción 1/2018 del CGPJ en la que se ha realizado una tarea de precisión absoluta tanto de la regulación como del funcionamiento y características del expediente judicial electrónico en el Anexo Técnico de la norma en un total de 8 apartados: 1. Presentación y funcionalidades. 2. Indexación. 3. Documentos electrónicos (acontecimientos). 4. Integración de los expedientes procedentes de otros organismos. 5. Dación de cuenta. 6. Firma digital. 7. Agenda de señalamientos. 8. Sala de vistas (a mayor precisión véase Chaves, José Ramón (2018a).

B) LA INTERCONEXIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LAS PLATAFORMAS DE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: «REMISIÓN DE EXPEDIENTES» O «PUESTA A DISPOSICIÓN». SU ALCANCE EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En este apartado se pretende analizar e interrelacionar los conceptos de expediente judicial electrónico, regulado en el artículo 26 de la LUTICAJ y en buena parte de las normas de la Instrucción 1/2018, y el concepto de expediente administrativo electrónico regulado en el artículo 70 de la Ley 39/2015. Creo que en la jurisdicción contencioso-administrativa resulta interesante debatir si conviene mantener el actual sistema en el que las Administraciones Públicas proceden a la remisión de los expedientes (o copias de los mismos diligenciadas por la Secretaría General correspondiente), sistema clásico cuando hablamos del formato documental en papel, o, si gracias a la innovación tecnológica damos un salto de calidad en el ejercicio de la función jurisdiccional y

Pero las especificaciones técnicas, siendo un condicionante imprescindible, no son suficientes para que el/la juez/a o magistrado/a desarrolle su función jurisdiccional de forma eficiente».

permitimos la puesta a disposición de los expedientes a la autoridad judicial, de forma que puedan ver el expediente administrativo exactamente como se encuentre en la AAPP, o, tal y como parece desprenderse de la Instrucción 1/2018, llegar a conseguir que esa puesta a disposición llegue a convertirse en una integración del expediente administrativo dentro del propio expediente judicial electrónico que va a sustanciarse.

Como es bien sabido, la LJCA se refiere especialmente a la «reclamación del expediente» en los artículos 45 y siguientes de la misma (especialmente el 48), y lógicamente la Ley de la Jurisdicción está pensada para expedientes en formato papel, de hecho constantemente se refiere a «recibido el expediente» (por ejemplo, art. 49.3), lo que nos llevaría directamente a la modalidad de remisión del expediente. No obstante, la aplicación en el ámbito del expediente judicial electrónico de la LUTICAJ nos lleva a afirmar que en el modelo de tramitación electrónica judicial «la remisión de expedientes se sustituirá a todos los efectos legales por la puesta a disposición del expediente judicial electrónico, teniendo derecho a obtener copia electrónica del mismo todos aquellos que lo tengan conforme a lo dispuesto en las normas procesales» (artículo 26.4). Según Sanz Larruga y Salgado Segúin (2012: 570) precisamente este precepto fue objeto de modificación desde su inicial redacción en el Proyecto de Ley, donde se señalaba «cuando técnicamente sea posible, la remisión del expediente será sustituida a todos los efectos legales por la puesta a disposición...», para reemplazarse por el texto actual, más contundente para no dar excusas o interpretaciones, al afirmarse categóricamente que «la remisión de expedientes se sustituirá a todos los efectos legales por la puesta a disposición del expediente judicial electrónico». Evidentemente que los/las jueces/zas y magistrados/as y/o los letrados/as de la Administración de Justicia puedan comprobar *in situ* dentro de la plataforma de gestión de expedientes de la AAPP a la que se reclama el mismo exactamente el expediente administrativo necesario, en su justa y precisa conformación, supone un plus de intermediación de la autoridad judicial respecto a dicha base documental, ya que evita tentaciones a la hora de realizar una composición concreta del mismo por parte de la AAPP demandada antes de su remisión a la autoridad judicial.

Asimismo, el artículo 37.4 de la LUTICAJ remite a la Ley 11/2007, actualmente la Ley 39/2015, en cuanto a la forma en que las AAPP procedan a la remisión o puesta a disposición del expediente, y lo cierto y verdad es que mientras en art. 32 de la Ley 11/2007 se señalaba en su apartado 3.º que «la remisión de expedientes podrá ser sustituida a todos los efectos legales por la puesta a disposición del expediente electrónico», la vigente Ley 39/2015 señala en su artículo 70.3 establece por el contrario la remisión, al determinar que «cuando en virtud de una norma sea preciso remitir el expediente electrónico, se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad, y se enviará completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo auten-

tificado, de los documentos que contenga. La autenticación del citado índice garantizará la integridad e inmutabilidad del expediente electrónico generado desde el momento de su firma y permitirá su recuperación siempre que sea preciso, siendo admisible que un mismo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos»¹⁴.

Ahora bien, es evidente que la norma procesal aplicable es la LUTICAJ, que determina claramente la puesta a disposición, de manera que ese será el punto de partida del diseño tanto de los sistemas de gestión procesal como de las plataformas de tramitación electrónica de procedimientos de las AAPP. Es más, por aplicación directa de la Instrucción 1/2018, estos sistemas deberán necesariamente permitir un paso más allá, que no es otro que la integración del expediente administrativo tal cual se haya conformado y archivado en la plataforma de tramitación electrónica de la AAPP dentro del sistema de gestión procesal del expediente judicial electrónico (SGP-EJE), ya que el punto 4 del apartado de «funcionalidades» del Anexo Técnico de la Instrucción determina expresamente la «integración de los expedientes procedentes de otros organismos», y para ello advierte de que «cuando sea necesario incorporar expedientes administrativos procedentes de otros organismos, estos deberán respetar las mismas propiedades del EJE, de tal modo que ofrezcan al/a la juez/a o magistrado/a un índice claro que cumpla la estructura definida por el Consejo General del Poder Judicial». El objetivo no es otro que los expedientes administrativos puedan migrarse completos a los sistemas de gestión procesal para que pueda cumplirse con la previsión de la nueva norma que señala que «los SGP integrarán los expedientes administrativos en el EJE y los presentarán sin merma de sus propiedades originales, para lo que podrá ser necesario incluir aplicaciones de visualización específicas». Finalmente, también señala la Instrucción que «en el caso de que el organismo emisor carezca de los medios necesarios para conformar el expediente con la estructura estandarizada por el Consejo General del Poder Judicial, se le recomendará utilizar el sistema INSIDE del Ministerio de Hacienda y Función Pública (MINHAFP) que está preparado para formar un expediente administrativo estructurado de acuerdo al estándar definido por el CGPJ», y que en la práctica permitiría su incorporación como documento / libro electrónico.

Por tanto, con la vigente regulación legal y normativa, la puesta a disposición de los expedientes administrativos y su integración conforme a sus propiedades originales, es decir su migración a los sistemas de gestión procesal en el mismo estado y con el mismo contenido que disponen en el archivo de la AAPP a la que se le reclama es una exigencia ineludible, que además en la jurisdicción contencioso-administrativa reviste una importancia total y permite un mejor cumplimiento de la intermediación propia y necesaria de la labor

¹⁴ Cuestión advertida por Delgado Báidez (2017).

jurisdiccional, así como también garantiza una mejor consecución del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas que demanden a las AAPP.

4. TERCER RETO: LA ADECUACIÓN TECNOLÓGICA DE LOS MEDIOS MATERIALES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) LOS PROBLEMAS DE LEXNET. LA NECESIDAD DE MIRAR HACIA EL PROGRESO. LA POSICIÓN DEL TS A PROPÓSITO DE LA STS NÚM. 1218/2018

El sistema LEXNET ha sido por igual emblema y caballo de batalla¹⁵ de la innovación tecnológica en la Administración de Justicia, máxime desde que la Ley 42/2015 impulsara su obligatoriedad a partir de 1 de enero de 2016. No me corresponde en este momento realizar un estudio minucioso de este sistema, cuestión que ya ha sido objeto de certeras y profundas investigaciones¹⁶, pero sí poner de manifiesto que frente a la existencia de problemas de funcionamiento existe una apuesta decidida por su desarrollo, amparada por el ordenamiento legal y normativo procesal y también por la posición del propio Tribunal Supremo. El debate en los años 2017 y 2018 respecto a LEXNET se ha centrado en «sus luces y sombras», como muy acertadamente ha señalado Cernada Badía (2017: 19-21), donde concluye al respecto de este análisis señalando que «lamentablemente, estos fallos no suponen casos aislados, sino que constituyen el día a día de la experiencia del usuario del sistema LexNET. La generalización de Lexnet a lo largo de 2017 ha sido, cuanto menos, controvertida. En un constante ir y venir de críticas, el sistema ha ido afrontando las dificultades a base de prórrogas, actualizaciones y mejoras técnicas cuya implantación desigual generaba nuevas dudas. Tanto es así que los reproches han seguido la lógica de la trazabilidad que Lexnet trata de impulsar, de forma que se ha cuestionado todo el sistema en sí, desde su gestación a sus efectos. Jun-

¹⁵ Por citar algunas de las controversias recientes relacionadas con LEXNET, véase las SSTS núm. 2272/2014, de 9 de junio, 963/2014, de 12 de diciembre, 527/2016, de 27 de junio, 205/2018, de 12 de febrero, o, la que se comentará en este apartado núm. 1218/2018, de 16 de julio. Asimismo, en relación al análisis jurídico de la controversia que rodea a la regulación mediante instrucciones y circulares del sistema LEXNET, resulta muy recomendable la lectura del artículo de Soro Mateo, Blanca (2016): «Compatibilidad y complementariedad del sistema telemático lexnet y tutela judicial efectiva», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Núm. 40.

¹⁶ Véase especialmente el trabajo de Tesis Doctoral de Cernada Badía, Rosa (2016): *La notificación judicial electrónica: garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y retos que plantea a la Administración de Justicia en España*, Universitat de Valencia, disponible en la web de la Universidad y en Teseo.

to a las dudas en torno a la experiencia usuario, se ha discutido su funcionalidad y su seguridad. Las últimas dificultades experimentadas en materia de seguridad, que han puesto de manifiesto la debilidad técnica del sistema en lo referente a la privacidad, han sido la guinda del *annus horribilis* de Lexnet». Ahora bien, y con una clara mirada al futuro, vaticina para el sistema LEXNET que «quizá se pudiera hacer de la necesidad virtud y redefinir el sistema, manteniendo sus luces y aportando luz sobre unas sombras que, sin la colaboración de todos los usuarios, seguirán oscureciendo la imagen de la Justicia española». Esto es precisamente lo que el Ministerio ha comenzado a intentar, ya que en desde septiembre del año 2018 ha ido lanzando mejoras y actualizaciones del sistema a fin de intentar mejorar su funcionamiento, en concreto la última son las mejoras LEXNET versión 4.15¹⁷.

Con este punto de partida, resulta interesante traer a colación en este momento la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativa, Sección Sexta, Núm. 1218/2018, ponente: José Manuel Sieira Míguez, donde se analiza el marco legal y reglamentario relativo a la obligatoriedad del uso exclusivo de medios electrónicos en la presentación de escritos y documentos en las oficinas de registro judicial. Se impugna en ella «el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de fecha 31 de marzo de 2016 que desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Magistrado Decano de los Juzgados de Madrid, relativo a la presentación de escritos y documentos por medios telemáticos y electrónicos ante los distintos servicios Comunes de Registro y Reparto de los Juzgados de Madrid». La pretensión de la parte recurrente no era otra, en síntesis, que mantener el sistema de doble presentación (papel y electrónica) una vez acreditados los graves errores de funcionamiento de LEXNET, posición ante la cual la Abogacía del Estado se limitó a enunciar los artículos 135 y 273 de la LECiv.

Lo que me resulta especialmente interesante de esta STS es la propia posición mantenida por el Tribunal, en mi opinión realista y rigurosa a la vez, y que otorga un impulso definitivo a la innovación tecnológica en la Administración de Justicia. Resulta muy interesante e instructivo traer a colación aquí y comentar la parte final del fundamento jurídico cuarto de la STS. Así, el TS determina que, tras el examen del ordenamiento legal vigente, la utilización de los medios electrónicos como sistema exclusivo de presentación de escritos y documentos en las oficinas de registro judicial «no puede entenderse que lesione per se derecho fundamental alguno y por tanto tampoco lo hace la exigencia establecida en los términos que resultan del acuerdo impugnado». Y añade para fundamentar su posición que «en lo que atañe al sistema concreto a que se refiere el recurrente, LexNet, hemos de comenzar afirmando, que como acertadamente señala el Sr. Abogado del Estado en su contestación a la

¹⁷ Disponibles en la web oficial: <<https://lexnetjusticia.gob.es/consejos-lexnet>>.

demanda, las diferencias entre los sistemas de Comunidades Autónomas es una circunstancia que existe y que, hasta la unificación deseada, llevará a excepciones como las que el propio interesado reseña en la demanda. La incertidumbre en los Sistemas operativos que mejor funcionen para el Sistema LexNet es una cuestión estrictamente técnica que, siempre que no genere una confusión de imposible salida, ha de aceptarse en esos mismos términos. La cuestión de potencial desigualdad de unos Despachos de Abogados con otros, es la misma —salvando las distancias— de la mayor capacidad de especialización u otro». Aquí, el TS realiza una clara ejemplificación de los problemas de interoperabilidad existentes en el ámbito de la e-Justicia y respecto a los cuales debe ser, como ya se ha advertido, muy bienvenida la Instrucción 1/2018 del CGPJ posterior a esta STS.

Por otra parte, la STS también se refiere en su fundamento jurídico cuarto «a los fallos puntuales del sistema», y después de poner en discusión el valor probatorio de los documentos aportados por la parte demandante¹⁸, realiza un análisis de los mismos sobre la base de la contestación expresa del Juez Decano de Madrid que consta en los antecedentes de la sentencia, y que ciertamente resulta muy contundente. De esta manera, la STS señalará que «en segundo lugar reseñar que el grupo de documentos se compone de un Anexo 1 que contiene una contestación expresa del Juez Decano en el sentido de que «cuando no se admita un escrito, se entregará al interesado un resguardo o recibo del intento de su presentación...»; los anexos 2 a 6 recogen diferentes incidencias del Sistema, el anexo 7 contiene una valoración periodística de los primeros tiempos del Sistema Lex Net y sus dificultades. El documento 2 recoge intercambios por correo electrónico con Juzgados sobre la forma de aplicar el Sistema en diferentes lugares de España (con sus dificultades). El Documento 3 se refiere a las informaciones en relación con el fallo de seguridad que se produjo en el Sistema Lex Net en julio 2017. Valoramos: se recoge un fallo en el Sistema, lo que incluso el Juez Decano lo menciona en su Acuerdo. El propio escrito de Conclusiones contrario recoge (suponemos que de la resolución de la Agencia de Protección de Datos) que el fallo tuvo una duración no mayor de cinco horas y que (lo dice la transcripción que aporta en conclusiones de la Resolución de la Agencia): la brecha fue limitada y se resolvió en breve tiempo; el documento 3.10 recoge un Informe doctrinal del Relator de

¹⁸ Concretamente señala la STS a este respecto que: «debemos en primer lugar destacar el al menos discutible valor probatorio de unos documentos no originales aportados con la demanda que no han sido ratificados ni autenticados, documentos y publicaciones que lo único que acreditan es lo que nunca se ha negado ni por la Administración del Estado (Ministerio de Justicia) ni por el Consejo General del Poder Judicial, que es posible que en la aplicación del sistema surjan fallos y que esos fallos nunca deberán producir indefensión en el justiciable, para lo que la propia Ley establece ya prevenciones legales y, en cada caso concreto, podrá argüirse lo que preciso fuera ante el órgano judicial actuante si alguno de esos fallos se produjera o reprodujera».

las NNUU sobre la situación de los titulares del Poder Judicial en España, valoración que no tiene relación ni relevancia con el objeto del recurso contencioso. Por último el documento 4 se refiere a incompatibilidades técnicas de sistemas informáticos, lo que es, una vez más, una cuestión tecnológica y que, de dar lugar a indefensiones, podrá invocarse por los justiciables que se vean afectados en el caso concreto. Sin perjuicio, evidentemente, de que los sistemas más compatibles serán a los que acudirán los usuarios del Sistema, pero esta cuestión es relativa a las cuotas de mercado de los distintos sistemas y no tiene relación directa con el objeto del proceso. Por otra parte, aún valorando la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que se menciona (no se aporta,) como de fecha posterior al planteamiento del contencioso-administrativo (a la formalización de la demanda), lo único que constata es una brecha de seguridad en el Sistema, brecha producida en el mes de julio 2017 y que se cerró en pocas horas no resultando alteración sustancial alguna de documentos ni de notificaciones ni constan quejas concretas al respecto, siendo una cuestión ajena propiamente al objeto del contencioso-administrativo que nos ocupa. A las palabras del propio TS, poco más cabe añadir, a salvo de la conclusión del propio TS sobre la prueba, respecto a la cual indica con rotundidad que «de dicha prueba no puede concluirse que exista daño constitucional al Estado de Derecho, vulneración de derechos fundamentales o duda de constitucionalidad sobre la reforma legal operada por la Ley 42/2015 respecto al sistema de notificaciones judiciales por vía LEXNET».

Finalmente, el fundamento jurídico cuarto culmina con una reflexión ciertamente interesante, que no puedo más que suscribir como colofón de este análisis: «es posible y puede admitirse que el sistema LexNet pueda dar lugar a problemas puntuales que las autoridades judiciales podrán solucionar en cada caso concreto a fin de evitar la lesión del derecho a la tutela judicial que se invoca por la recurrente o del artículo 14 de la Constitución, de no ser así la resolución judicial concreta podrá ser impugnada por los cauces procesales correspondientes, pero de lo actuado no cabe concluir que aunque el sistema establecido sea perfectible el acuerdo recurrido viole los derechos fundamentales invocados por el recurrente».

B) LA AUSENCIA DE SISTEMAS DE BÚSQUEDA DE RESOLUCIONES JUDICIALES ESPECÍFICOS PARA LOS JUECES Y MAGISTRADOS

Los profesionales del Derecho hemos podido comprobar con agrado la mejora que en los últimos tiempos ha experimentado el buscador de resoluciones judiciales del Centro de Documentación Judicial del CGPJ, más conocido como CENDOJ. Ahora bien, en las diferentes sesiones de trabajo que he mantenido con los magistrados y magistradas para preparar este trabajo, y en es-

pecial, la sesión que mantuve en Bilbao con Martínez Navas e Íñiguez Hernández, pude comprobar la necesidad que existe en mejorar los sistemas de búsqueda de resoluciones judiciales en un triple sentido.

En primer lugar, que se trate de sistemas específicos diseñados pensando en las necesidades de jueces/zas, magistrados/as, y del resto del personal de la Administración de Justicia, y que incluyan la posibilidad de recuperación de prácticamente el 100% de la jurisprudencia, incluida la de los juzgados de lo contencioso-administrativo. Muchas veces, los magistrados/as de unos mismos juzgados no tienen acceso a las sentencias que dictan sus propios compañeros, cuestión que también fue puesta de manifiesto en mi sesión de trabajo en Alicante con la magistrada Calvet Miró y los magistrados Bellmont Lorente y Magan Perales. A este respecto, todos coinciden en la conveniencia de que los sistemas sean precisos, completos y específicos, todo ello para un mejor cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva evitando en la medida de lo posible la existencia de sentencias con identidad de razón que sean dispares. Además, el sistema debería diseñarse ya sobre la base de modelos de metadatos y privacidad desde el diseño (principio del Reglamento General de Protección de Datos de la UE) que permita un almacenamiento de las resoluciones judiciales completas y una accesibilidad posterior con limitación de los datos de carácter personal realizada de forma automática por el sistema.

En segundo lugar, la necesaria integración de los sistemas de búsqueda de jurisprudencia dentro del sistema de gestión procesal que da soporte al expediente judicial electrónico, de forma que las y los magistrados/as no tengan que estar constantemente cambiando de sistema para realizar una búsqueda de jurisprudencia. Asimismo, también resulta imprescindible, que una vez articulado el sistema, las y los magistrados/as puedan trabajar también fuera del propio juzgado, gracias a unas pasarelas seguras e interoperables, en la línea propuesta por la Instrucción 1/2018 del CGPJ al señalar que «el/la juez/a o magistrado/a deberá poder tener al menos dos de estos entornos simultáneamente, siendo óptimo tres: el expediente digital, la jurisprudencia y legislación, y el editor de resoluciones estructuradas».

Y, en tercer y último lugar, sería conveniente que el desarrollo de estos sistemas específicos de búsqueda integrase funcionalidades de la inteligencia artificial, de los sistemas expertos o, si se prefiere, de la jurimetría¹⁹. No tiene sentido que en el mundo del Derecho, los despachos de abogados puedan contar con estos sistemas de ayuda basados en el análisis masivo de sentencias, y las y los magistrados/as no dispongan de sistemas específicamente diseñados

¹⁹ Herramienta informática de análisis jurisprudencial que asiste al profesional del Derecho. Estos sistemas ya se están lanzando en nuestro país por empresas como WoltersKluwer o Tirant lo Blanch. A este respecto es interesante ver la promoción que realiza WoltersKluwer en su web.

para su función jurisdiccional y que les asistan en su labor. Se trataría de apoyarse en la innovación tecnológica para generar conocimiento real experto a través del análisis automatizado (e inteligente) de la información de las resoluciones judiciales precedentes. Y, a ser posible, todo ello integrado en el SGP que utilicen para realizar la función jurisdiccional de administrar justicia.

Por último, y después de pensar detenidamente en diferentes posibilidades, he llegado a la convicción de que para realizar esta tarea, al igual que para afrontar el reto quinto que veremos en el apartado 7, sería muy conveniente que el CGPJ liderase un proceso de compra pública, quizá explorando las posibilidades de la compra pública de innovación basado en el nuevo marco contractual europeo y español²⁰, para poder obtener un producto verdaderamente útil en la tarea de administrar justicia, y que sirviese para mejorar considerablemente la eficacia y la eficiencia de la labor jurisdiccional, así como también para simplificar su trabajo gracias a la innovación tecnológica²¹.

C) LAS NUEVAS DETERMINACIONES DE LOS MEDIOS MATERIALES Y ORGANIZATIVOS DE LA INSTRUCCIÓN 1/2018 DEL CGPJ

Por último, resulta interesante apuntar que la Instrucción 1/2018 del CGPJ contiene diferentes normas destinadas a la adecuación de los medios materiales y organizativos a la labor del/de la juez/a o magistrado/a, que se centran en 3 aspectos concretos: (1) las funcionalidades de las salas de vistas, (2) los requerimientos en medios materiales, distinguiendo entre los necesarios en el despacho oficial y aquellos necesarios para el trabajo remoto, y, (3) los requerimientos organizativos. Los medios materiales son fundamentales para el

²⁰ Sin ánimo de ser exhaustivo en este ámbito, y centrado solo en la innovación en la compra pública y en la compra pública de innovación, véase, entre otros: De Guerrero Manso, C. (2018): «La Asociación para la Innovación. Nuevo procedimiento de adjudicación que permite a los órganos de contratación ser protagonistas del proceso de adquisición de bienes, servicios u obras innovadoras», en Fernández Salmerón, M. y Martínez Gutiérrez, R. (dirs.), *Tecnología, participación, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, Gallego Córcoles, I. (2017): «Contratación pública e innovación tecnológica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 184, abril-junio, o, Valcárcel Fernández, P. (2018): «Definición del objeto contractual en la Compra Pública de Innovación», en Fernández Salmerón, M. y Martínez Gutiérrez, R. (dirs.), *Tecnología, participación, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Valencia, Tirant lo Blanch.

²¹ En la línea apuntada por Tornos Más, J. (2000: 42), al señalar que «las nuevas tecnologías de información y comunicación ponen de manifiesto las nuevas oportunidades que se ofrecen a las Administraciones para mejorar sus relaciones con los ciudadanos y simplificar procedimientos de actuación. Los flujos de información desde el ciudadano a la Administración y desde ésta al ciudadano, así como todos los circuitos administrativos internos, pueden mejorarse de forma radical con las nuevas tecnologías. Las nuevas tecnologías son factor de simplificación».

correcto ejercicio de la función jurisdiccional en la Administración de Justicia, tanto es así que la LUTICAJ los vincula directamente al adecuado cumplimiento del artículo 24 de la CE al establecer en su disposición adicional segunda que «para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial reconocida en el artículo 24 de la Constitución, en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley las Administraciones con competencia en materia de Administración de Justicia dotarán a las oficinas judiciales y fiscalías de sistemas de gestión procesal que permitan la tramitación electrónica de los procedimientos», plazo que como sabemos se ha visto incumplido. Las nuevas determinaciones de la Instrucción 1/2018 en cuanto a los medios materiales y organizativos resultan de obligado respeto por las Administraciones con competencias en materia de Administración de Justicia ya que de lo contrario podría derivarse la no obligación de los jueces/zas y magistrados/as de la utilización de los medios tecnológicos en el ejercicio de su actividad.

5. CUARTO RETO: EL ADECUADO CONOCIMIENTO POR EL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LOS INSTRUMENTOS DE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA Y DEL LLAMADO «DERECHO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO»

Otra de las cuestiones que en las sesiones de trabajo con magistradas y magistrados quedó meridianamente clara es la necesidad de una adecuada formación de todo el personal de la Administración de Justicia en materia de derecho administrativo electrónico. No se trataría de realizar un gasto excepcional o extraordinario a este respecto, ya que los fondos en formación del CGPJ parecen ser razonables y suficientes. Se trataría de realizar una verdadera adaptación de los programas formativos poniendo durante unos años la innovación tecnológica y el derecho administrativo electrónico en el centro de los mismos (esto mismo parece desprenderse de la Instrucción 1/2018 cuando señala en su introducción que «las necesidades técnicas y de formación establecidas en esta Instrucción no conllevan necesariamente gasto adicional para las Administraciones prestacionales en su obligación de dotar a los órganos judiciales de recursos que sirvan instrumentalmente al ejercicio de la función jurisdiccional»). En el contexto actual, y con las obligaciones de tramitación electrónica en la justicia que ya han sido puestas de manifiesto no podemos permitirnos el lujo de no contar con personal en la Administración de Justicia que disponga de unos conocimientos adecuados de la nueva realidad jurídica y procedimental.

A este respecto, podemos traer a colación el desafortunado acontecimiento que se produjo recientemente con la difusión de la sentencia completa del caso conocido como «la manada» donde un error derivado del desconocimiento de

cómo funcionan los sistemas CSV y su interacción con las sedes judiciales electrónicas para verificar las sentencias implicó que los datos personales incluidos en esa sentencia pudieran haber llegado a público conocimiento general. La Audiencia de Navarra realizó una eliminación de los datos personales de la sentencia de forma manual anulando los mismos mediante su tachado con rotulador, y entregando ese documento a los medios de comunicación sin ocultar también el código CSV de la sentencia. La consecuencia fue que cualquier persona al verificar en la sede judicial electrónica la sentencia mediante su CSV tuviera conocimiento completo de la misma. Este problema aconteció a mi juicio por 2 razones: una primera ya abordada, los sistemas de almacenamiento/búsqueda de resoluciones judiciales no se han diseñado con herramientas propias del siglo XXI como por el ejemplo la «privacidad desde el diseño» (me remito a lo ya expuesto en el apartado correspondiente de este trabajo). Y, una segunda atinente a este mismo apartado, la persona que entregó la sentencia con los datos personales así eliminados no conocía el funcionamiento de un código CSV y su interacción con la sede judicial electrónica, y para solucionar esta problemática es absolutamente imprescindible la formación adecuada en estos ámbitos de todo el personal de la Administración de Justicia.

Las 2 líneas en las que debe establecerse un adecuado plan de formación serían, pues, de un lado, la propia formación en e-Administración y e-Justicia con carácter general, y, por otro lado, en el uso o utilización de los programas, sistemas (SGP-EJE) y plataformas de e-Justicia. Pasemos al análisis de la segunda línea, a propósito de lo establecido a este respecto en el artículo tercero de la Instrucción 1/2018 bajo el indicativo título de «Condiciones de formación que se deben satisfacer para que el uso de los programas pueda establecerse como obligatorio» para los/as jueces/zas y magistrados/as. Este precepto comienza señalando que «las Administraciones que implanten los programas de gestión procesal deberán facilitar a los/as jueces/zas y magistrados/as la formación necesaria para el uso de las herramientas informáticas procesales», debido a que hasta el momento, no se había procedido de esta manera en la inmensa mayoría de los casos. Pero la regulación no se limita al establecimiento de esta obligación para las AAPP, ya que el CGPJ, a través de su Comisión Permanente, deberá realizar un control previo de la citada formación, más concretamente se señala que «validará la corrección y adecuación de dicha formación al ejercicio de la función judicial (por tiempo, contenidos y calidad), previo informe del Servicio de Formación Continua y, en caso de considerarse necesario, de la Sección de Informática Judicial». El CGPJ, conocedor de la importancia de la formación adecuada en esta materia, establece en este artículo de la Instrucción la manera en la que deben proceder las AAPP que vayan a implantar un sistema de gestión procesal o cualquier modificación en el funcionamiento de un sistema ya implantado, y exige para ello que la Administración «deberá remitirle el programa de formación previsto para los/as jueces/zas y magistrados/as», que «también lo remitirá a la Sala de Gobierno

del Tribunal Superior de Justicia, que elevará un informe al CGPJ expresando su parecer». De igual forma, se determina que la Sala de Gobierno al CGPJ deberá elaborar un informe de las mismas características «sobre la ejecución y resultados del programa de formación».

Por último, la Instrucción 1/2018 otorga tal importancia a la formación que exige (1) que se incluya «personal formador» «dentro de los equipos de los distintos Centros de Atención al Usuario» que den «una respuesta inmediata a las necesidades que el/la juez/a o magistrado/a pueda tener en el uso de las herramientas y equipos, tanto en el despacho oficial como en el trabajo en remoto». (2) Que se garantice «que las personas que son miembros de la carrera judicial y los/as delegados/as de prevención reciban una formación e información adecuadas sobre los riesgos relacionados con la seguridad y salud derivados de la utilización de los medios telemáticos puestos a su disposición y sus programas, así como sobre las medidas de prevención y protección que hayan de adoptarse». En particular se fija que se «deberá garantizar que cada miembro de la carrera judicial reciba una formación adecuada sobre las modalidades de uso de los equipos con pantallas de visualización, antes de comenzar este tipo de trabajo y cada vez que la organización del puesto de trabajo se modifique de manera apreciable». Y, (3), finalmente, la formación de los/as jueces/zas y magistrados/as se considera uno de los elementos indispensables para la implantación de la e-Justicia, tanto es así que la norma asegura que «el uso de los programas de gestión procesal o de los instrumentos informáticos no será obligatorio mientras no se imparta la formación necesaria en los términos indicados».

6. QUINTO RETO: EXPLORAR LAS POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL AUTOMATIZADA Y DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

A) EL PRECEDENTE DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA COMO EJEMPLO

La Ley 11/2007 ya determinó en su momento la posibilidad de realizar actuaciones administrativas automatizadas, concretamente en su art. 39²², donde se fijaban las bases legales para el dictado de actos administrativos de

²² Este artículo establecía que: «Artículo 39. Actuación administrativa automatizada.

En caso de actuación automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación».

forma automatizada. Esta importante novedad jurídica no pasó desapercibida por la doctrina administrativista, con buenos trabajos doctrinales que analizaron en profundidad su régimen jurídico entre los que debo destacar los de Palomar Olmeda (2007: 49 y siguientes), Martín Delgado (2009: 353-386) o Alamillo Domingo y Urios Aparisi (2011). La posibilidad de que la resolución de los procedimientos administrativos pueda realizarse de forma automática es una opción ciertamente sugerente, que quizá en el año 2007 podría resultar chocante (aunque ya se utilizase por algunas entidades públicas como la AEAT), pero a la que el Derecho Administrativo no podía renunciar, máxime vinculada, por ejemplo, a procedimientos sujetos a declaración responsable o comunicación donde la propia presentación de la documentación pertinente en el registro podía dar como resultado el otorgamiento del acto administrativo automatizado (bajo determinadas condiciones de control posterior), tal y como pusimos de manifiesto en su momento Díez Sánchez y yo mismo (2012). En la actualidad, la regulación de la actuación administrativa automatizada y su aplicación al día a día de nuestras Administraciones públicas es una auténtica realidad. Los artículos 41 y siguientes de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público establecen la regulación legal vigente. En su primer apartado, este artículo define la actuación administrativa automatizada como «cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público».

En relación a este concepto, hemos de señalar que resulta perfecto para el ejercicio de potestades totalmente regladas que dan como resultado actos administrativos completamente predeterminados por la norma, y en los que si la persona interesada adjunta toda la documentación necesaria, la Administración solo podría proceder a estimar su petición ya que no existe discrecionalidad administrativa y la valoración y comprobación técnica de documentación puede realizarse *a posteriori*. Pero no solo se está empleando la actuación administrativa automatizada en este tipo de supuestos, también se comenzó a emplear hace años para determinados supuestos en los cuales, a pesar de la existencia de una cierta discrecionalidad técnica, los sistemas permiten parametrizar el ejercicio de la misma, y por ende, automatizar las resoluciones. Y un ejemplo claro de esta segunda modalidad es «la imposición de sanciones de tráfico por radar, en las que si el radar capta un vehículo a mayor velocidad de la permitida la única posibilidad es la sanción, y ésta se gradúa en función de la velocidad, la vía y otros factores parametrizables» (Martínez Gutiérrez, 2016: 264). Un ejemplo de esta realidad práctica cotidiana y diaria puede verse en la sede electrónica de la DGT donde se explica el funcionamiento de los Centros de Tratamiento de Denuncias Automatizadas (<www.dgt.es>).

Ahora bien, y para terminar ya con este apartado, el apartado 2.º del artículo 41 de la Ley 40/2015 establece que para poder desarrollar actuaciones administrativas automatizadas se debe cumplir con una serie de requisitos, que

pueden agruparse fundamentalmente en 2: (1) establecimiento previo del «órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente»; y, (2) se deberá fijar «el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación»²³. Como se habrá advertido, lo que hace poco más de 10 años parecía inalcanzable, ahora es práctica habitual de nuestras AAPP, incluso en procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora en los que por definición las garantías propias de su tramitación, así como los derechos de los afectados, se encuentran reforzados en relación a los procedimientos ordinarios.

B) LAS DIFICULTADES DE ASUNCIÓN DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL AUTOMATIZADA Y DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL POR LA NATURALEZA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LA AUTOMATIZACIÓN DE DETERMINADAS ACTUACIONES JUDICIALES (COMO POR EJEMPLO LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS)

La actuación judicial automatizada no es una novedad en nuestro ordenamiento legal, tal como puso de manifiesto Palomar Olmeda (2012: 659-705), a propósito del análisis del artículo 42 de la LUTICAJ, en el que se establece que «en caso de actuación automatizada, deberá establecerse previamente por el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso la auditoría del sistema de información y de su código fuente». Se produce aquí, como se observará un paralelismo con la regulación de la actuación administrativa automatizada regulada en la Ley 11/2007, otorgándose en el caso de la Administración de Justicia al CTEAJE la competencia para la aprobación de los programas o sistemas que vayan a dedicarse a la realización de actuaciones judiciales automatizadas, entendemos que dentro de las posibles instrucciones que a este respecto pueda dictar el CGPJ. Asimismo, señala el segundo inciso del artículo 42 de la LUTICAJ que «los sistemas incluirán los indicadores de gestión que se establezcan por la Comisión Nacional de Estadística Judicial y el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, cada uno en el ámbito de sus competencias». En relación al análisis de este artículo y a las necesidades para el establecimiento de sistemas de actuación judicial automatizada me remito al trabajo de Palomar Olmeda (2012: 683-687), donde determina la necesidad de que se respeten cuatro

²³ A mayor precisión de estas cuestiones véase Martín Delgado (2009: 371 y ss.), Alamillo Domingo y Urios Aparisi (2011: 16-25), y Martínez Gutiérrez (2016: 264-265).

elementos: (1) la determinación precisa del órgano competente para su establecimiento, (2) la adecuación de la forma correcta de su establecimiento, decantándose por su aprobación formal mediante Acuerdo del órgano competente, (3) que el Acuerdo determine el alcance del establecimiento y funcionamiento del sistema de actuación judicial automatizada, y, (4) la publicación del Acuerdo, como elemento central de control del establecimiento de este tipo de sistemas. Ahora bien, la actuación judicial automatizada no sería más, en mi opinión, que el primer paso o estadio de un reto más ambicioso que debe afrontar en los próximos años la Administración de Justicia, y que no es otro que explorar las posibilidades de utilización de la Inteligencia Artificial en una doble dirección.

De un lado, que los sistemas de gestión procesal que dan soporte al expediente judicial electrónico tengan integradas potentes bases de datos de búsqueda de jurisprudencia al modo de sistemas expertos que puedan preseleccionar jurisprudencia aplicable, o, incluso, dando al/la magistrado/a de lo contencioso-administrativo la posibilidad de elegir entre diferentes opciones predeterminadas por el sistema. Se trataría, pues, de la aplicación de técnicas de jurimetría a la labor jurisdiccional a través de sistemas expertos diseñados expresamente (y por ejemplo mediante procedimientos de compra pública de innovación) por el CGPJ (y por el CTEAJE)²⁴ con la colaboración de compañías especializadas en este ámbito y basados en la aplicación de técnicas de *open data* (en línea con lo establecido por Valero Torrijos, 2015 y 2013: 383 y siguientes). Nos ubicaríamos aquí en un sistema experto de inteligencia artificial que permitiría un ejercicio más pleno de la labor jurisdiccional mediante el establecimiento de fórmulas de asistencia o ayuda, dejando el control último en todo caso a la autoridad judicial (véase a este respecto Bueno De Mata: 2017, e Yves Gaudemet²⁵ a propósito de lo que denomina «justicia predictiva» (2018: 651-664).

Y, en segundo lugar, explorar las posibilidades de que la inteligencia artificial y la automatización judicial de decisiones aplicadas a la labor jurisdiccional pueda aplicarse para completar electrónicamente, de una manera más ágil y eficiente, partes de un proceso judicial en las que la actuación humana no resulte absolutamente imprescindible, o, incluso, y como bromeaba Chaves García (2018b) recientemente²⁶, que puedan llegar a articularse procedimientos judiciales abreviados contencioso-administrativos por medios completa y exclusivamente electrónicos, cuando nos encontremos ante circunstancias deter-

²⁴ En conexión con lo ya analizado en el reto tercero al abordar la necesidad de sistemas de búsqueda de jurisprudencia más precisos y específicos para jueces/zas y magistrados/as.

²⁵ Gaudemet, Yves (2018): «La justice à l'heure des algorithmes. À propos de la justice prédictive», en *Revue du Droit Public*, Núm. 3, pp. 651-664.

²⁶ En un post el día 28 de diciembre (día de los Santos Inocentes) titulado: «En puertas del procedimiento abreviado electrónico», en *Delajusticia.com*.

minadas y relativamente sencillas de resolver. O, finalmente, porqué no planteamos la posibilidad de que la ejecución de sentencias en determinados tipos de procedimientos pudiese realizarse mediante técnicas de automatización / inteligencia artificial. Seguro que es posible, en determinados supuestos, parametrizar y baremar las soluciones judiciales aplicables en base a la doctrina jurisprudencial consolidada en la jurisdicción contencioso-administrativa, en una suerte de justicia predictiva basada en técnicas de inteligencia artificial dentro de un derecho público que ya ha llegado a la era de los algoritmos (Gaudemet, 2018: 651). La clave aquí volvería a radicar en el desarrollo de un sistema con las suficientes garantías y tutelas efectivas, mediante fórmulas que permitan el control de los desarrollos al CGPJ y que permitieran alcanzar un adecuado nivel de impartición de la justicia contencioso-administrativa, a lo que evidentemente puede ayudar la innovación tecnológica.

Finalmente, me gustaría culminar esta reflexión en torno a la aplicación de las técnicas de inteligencia artificial en la jurisdicción contencioso-administrativa como reto de un futuro ya no muy lejano apoyándome en el evocador artículo de Yves Gaudemet (2018: 663-664) donde después de analizar intensamente las posibilidades y problemas de la justicia predictiva se plantea la problemática de los datos de carácter personal en la aplicación de las técnicas de análisis automático de jurisprudencia para la aplicación de la justicia predictiva. En este punto, creo que si el diseño del sistema cumpliera de manera eficaz con las previsiones de la normativa comunitaria (el Reglamento General de Protección de Datos) y de la nueva legislación orgánica española de protección de datos, que establece la necesidad de que los sistemas se diseñen de conformidad a la *privacy by design* o privacidad desde el diseño, esta problemática tendría mucha menor intensidad, ahora bien, la exigencia del cumplimiento de la normativa legal debe ser imperativa. También reflexiona Gaudemet (2018: 664) sobre el necesario control de calidad, de la fiabilidad y en definitiva de la robustez de los sistemas de inteligencia artificial, cuestión importante sin duda, pero sobre la cual se deberán proyectar las obligaciones competenciales de coordinación que debe ejercer el CGPJ con la asistencia del CTEAJE, ya que efectivamente, un diseño inadecuado del sistema sí podría tener una afectación en la tarea de impartición de justicia contencioso-administrativa y más ampliamente en el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva. Y, precisamente en esta misma línea, concluye Gaudemet en la necesidad de «sugerir una autoridad administrativa independiente encargada de controlar la calidad de los algoritmos, mediante una certificación (...) realizada mediante tecnología científica» por expertos en el control de estos sistemas. Como a estas alturas ya se habrá podido apreciar, en nuestro país, esta sugerencia de Gaudemet le viene como anillo al dedo al CTEAJE bajo supervisión del CGPJ realizando las adaptaciones de ambos órganos para conseguir su total adecuación a las necesidades que requiere la innovación tecnológica plena en la Administración de Justicia, o lo que es igual, conseguir una e-Justicia

en la que se puedan desarrollar plena y eficazmente los retos (los analizados en este trabajo y otros muchos) de un futuro cada vez menos lejano.

7. REFLEXIÓN FINAL

Para Alejandro Nieto García (1989: 127) modernizar es «adaptar algo al cambio de circunstancias», y en el caso que nos ocupa sería la adaptación de la Administración de Justicia a los nuevos procesos que marca la innovación tecnológica, para promover una mayor eficacia y productividad de las funciones jurisdiccionales. Parece ser que tanto el CGPJ como Las Cortes Generales (véase la reforma del artículo 230 de la LOPJ generalizando la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales operada por la Ley Orgánica 4/2018, publicada en el BOE de 29 de diciembre de 2018) han comenzado a entender por fin que «una organización no adaptada a su entorno termina desapareciendo indefectiblemente y, por lo mismo, el grado de eficacia de una organización se mide por su grado de adaptación», y aunque no sucede lo mismo con la Administración, y en particular con la Administración de Justicia, que difícilmente vendría a desaparecer, sí que se encuentra en un momento de clara pérdida de su eficacia, corriendo el peligro de dejar de servir para aquello para lo que fue creada, y «constituyendo incluso una rémora social», lo que supone un estancamiento de la exigida eficacia administrativa, situación claramente indeseable (Nieto García, 1989: 127-128). Pues bien, para conseguir el objetivo pretendido de alcanzar la innovación tecnológica de la justicia es imprescindible vencer los obstáculos clásicos que han existido a este respecto, y que como apunta Gamero Casado (2012a: 52-53) se centran en (1) «el elevado coste de inversión», (2) «los problemas de interoperabilidad (conectividad de equipos y programas)», (3) «las necesidades de formación», y, (4) los «problemas técnicos para satisfacer las exigencias jurídicas».

Frente a estos obstáculos bien determinados, en el presente trabajo se han analizado los cinco grandes retos que a mi juicio tiene que afrontar la Administración de Justicia para conseguir desarrollar adecuadamente la innovación tecnológica, por lo que aquí interesa, en la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta tarea, la labor del CGPJ y del CTEAJE será fundamental, como así lo ha determinado el propio legislador fundamentalmente en la LOPJ y en la LUTICAJ, y para contribuir humildemente en esta tarea voy a concluir este apartado enunciando una adaptación al ámbito de la e-Justicia de las recomendaciones metodológicas que a propósito de la implantación de la e-Administración en las Administraciones Locales formulé en mi monografía de 2018 (193-210), y que son las siguientes:

1. Aprovechar la oportunidad de la e-Justicia para conseguir un aumento de la eficacia, la eficiencia, la simplificación y la mejora de las condiciones de trabajo de todo el personal de la Administración de Justicia.

2. Liderazgo institucional y visión global del proceso de implantación de la e-Justicia por las AAPP implicadas, y especialmente, por el CGPJ y el CTEAJE.
3. Realizar las necesarias adaptaciones normativas, y a parte de las ya comentadas en esta ponencia, quizá también haya llegado el momento de reformar para adaptar a la innovación tecnológica la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.
4. La dotación suficiente y adecuada de medios económicos, personales y de formación, en la línea con las consideraciones realizadas en este trabajo.
5. La rigurosidad en el diseño de las aplicaciones, plataformas y sistemas de gestión procesal, de conformidad con las obligaciones legales y normativas en materia de interoperabilidad, seguridad y desarrollo informático, no tolerándose la implantación o funcionamiento en la Administración de Justicia de sistemas que incumplan los mandatos legales y normativos, como parece ser el propósito de la Instrucción 1/2018, ampliamente analizada en estas páginas. Y,
6. Que la innovación tecnológica en la Administración de Justicia sirva para plantear y desarrollar adecuadamente los retos de la Justicia del futuro, y, en particular, que las AAPP competentes (especialmente el CGPJ y el CTEAJE) se planteen el desarrollo de bases de datos jurisprudenciales avanzadas creadas respetando la privacidad desde el diseño y que interrelacionen las mejores propuestas de resolución con el propio expediente judicial electrónico (o justicia predictiva / sistemas expertos) para las y los magistrados/das, explorando también las posibilidades de aplicación de la actuación judicial automatizada y de la inteligencia artificial que nos puedan llevar a procedimientos judiciales total o casi totalmente electrónicos, en función de las características más sencillas de los asuntos a valorar.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Alamillo Domingo, I. (2012): «Seguridad y firma electrónica: marco jurídico general», en Gamero Casado, E., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 417-476.
- Alamillo Domingo, I. y Urios Aparisi, X. (2011): *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones Públicas. Análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya.

- Bañón González, J. L. (2012): «La secretaría judicial y el personal de la oficina judicial ante la Administración electrónica de la Justicia», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 839-866.
- Bueno De Mata, F. (2017): «Próximos desafíos del derecho procesal ante el desarrollo tecnológico», en *Congreso SICARM — Red DerechoTics: Modernización digital e innovación en la Administración de Justicia*, disponible en la web *DerechoTics.com*.
- Caballería Rivera, M. T. (1993): «La cooperación interadministrativa en la LBRL», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Núm. 257.
- Cernada Badía, R. (2017): «Lexnet: luces y sombras del sistema ministerial de comunicación electrónica con la Administración de Justicia», Comunicación al *Congreso SICARM — Red DerechoTics: Modernización digital e innovación en la Administración de Justicia*, disponible en la web *DerechoTics.com*.
- (2016): *La notificación judicial electrónica: garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y retos que plantea a la Administración de Justicia en España*, Universitat de Valencia, disponible en la web de la Universidad y en Teseo.
- Cerrillo i Martínez, A. (2012): «La dotación suficiente de medios e instrumentos electrónicos en el marco general de cooperación interadministrativa en materia de Administración de Justicia», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 261-299.
- (2010): «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, 3.^a Ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 762 y ss.
- Chaves García, J. R. (2018a): «A las puertas de los autos judiciales electrónicos», en *Delajusticia.com*.
- (2018b): «En puertas del procedimiento abreviado electrónico», en *Delajusticia.com*.
- (2016): «Tiempos electrónicos, tiempos salvajes», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 924.
- Colomer Hernández, I. (2012): «La Ley 18/2011 en el sistema de fuentes procesales», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 89-150.

- De Guerrero Manso, C. (2018): «La Asociación para la Innovación. Nuevo procedimiento de adjudicación que permite a los órganos de contratación ser protagonistas del proceso de adquisición de bienes, servicios u obras innovadoras», en Fernández Salmerón, M. y Martínez Gutiérrez, R. (dirs.), *Tecnología, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Delgado Báidez, J. M. (2017): «Incorporación del expediente administrativo al proceso judicial», Comunicación al *Congreso SICARM — Red DerechoTics: Modernización digital e innovación en la Administración de Justicia*, disponible en la web *DerechoTics.com*.
- Díez Sánchez, J. J. (1992): *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas.
- Díez Sánchez, J. J. y Martínez Gutiérrez, R. (2012): «Directiva de Servicios y Administración Pública Electrónica», en Nogueira López, Alba: *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters.
- Fondevila Antolín, J. (2018): «Algunas acotaciones a la STC 55/2018: colaboración e interoperabilidad versus imposición y uniformidad en la implementación de la e-administración», en *Actualidad Administrativa*, núm. 12.
- Gallego Córcoles, I. (2017): «Contratación pública e innovación tecnológica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 184, abril-junio.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2002): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 11.ª Ed., Madrid, Civitas.
- Gamero Casado, E. (2012a): «El objeto de la Ley 18/2011 y su posición entre las normas relativas a las tecnologías de la información», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 45-88.
- (2012b): «El ámbito de aplicación de la Ley 18/2011. El deber de relacionarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 160 y ss.
- (2010): «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración electrónica; su posición en el sistema de fuentes», en Gamero Casado, E., y Valero Torrijos, J., *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, 3.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 89-175.
- (2009): «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», en *Revista de Administración Pública*, número 179, pp. 291-332.

- Gaudemet, Y. (2018): «La justice à l'heure des algorithmes. À propos de la justice prédictive», en *Revue du Droit Public*, núm. 3, pp. 651-664.
- Gómez Amigo, L. (2012): «La tramitación electrónica de los procedimientos judiciales», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 613-658.
- Jiménez Asensio, R. (2011): «La “nueva oficina judicial” y el modelo constitucional de justicia: problemas abiertos», en *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 89, pp. 93-116.
- (2005): «Administración de Justicia y Nuevas Tecnologías: líneas de evolución de un proceso abierto», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Núm. 1, pp. 63-80.
- Linares Gil, M. (2012): «Identificación electrónica de los órganos judiciales y autenticación del ejercicio de su competencia», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 477-501.
- Magro Servet, V. (2004): «La comunicación entre abogados y procuradores con los órganos judiciales por medio de la implantación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación», *Diario La Ley*, núm. 5966.
- Martín Delgado, I. (2012): «Identificación electrónica de ciudadanos y profesionales en el ámbito de la Justicia», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 503-560.
- (2009): «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», en *Revista de Administración Pública*, Núm. 180, pp. 353-386.
- Martín Mateo, R. (1994): «El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total», en *Revista de Administración Pública*, núm. 134.
- Martínez Gutiérrez, R. (2019): «La interoperabilidad como factor clave y estructural en la internacionalización de la contratación pública», en *Contratación Administrativa Práctica*, Número especial *La LCSP un año después*, enero, pp. 96-103.
- (2018): *El procedimiento electrónico en las Administraciones Locales. Aspectos metodológicos y normativos del proceso de implantación*, Granada, Editorial CEMCI.
- (2017): «Relaciones interadministrativas por medios electrónicos. Interoperabilidad», en Gamero Casado, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administra-*

- tivo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 2891-2932.
- (2015): *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2012): «La interoperabilidad en la Administración de Justicia», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 301-331.
- (2010): «Instrumentos para el acceso de los ciudadanos a la Administración electrónica», *Revista Abogacía*, n.º 4, pp. 103-119.
- (2009): *Administración pública electrónica*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters.
- Mora Ruiz, M. (2012): «Los registros judiciales electrónicos», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 383-414.
- Nieto García, A. (1989): «Reforma administrativa y modernización de la Administración Pública», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 23.
- Pallarés Serrano, A. (2006): «El concepto de coordinación en nuestro ordenamiento jurídico: diferenciación con el concepto de cooperación y colaboración y relación con el concepto de integración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 131.
- Palomar Olmeda, A. (2012): «La actuación judicial automatizada», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 659-705.
- (2007): *La actividad administrativa realizada por medios electrónicos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi.
- Rego Blanco, M. D. (2012): «Las comunicaciones y notificaciones electrónicas en la tramitación de los procedimientos judiciales», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 335-381.
- Sáiz Garitaonandía, A. (2009): *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas. Situación actual y perspectivas de reforma*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Sánchez Morón, M. (1992): «La coordinación administrativa como concepto jurídico», en *Documentación Administrativa*, núm. 230-231.
- Sanz Larruga, F. J. y Salgado Seguí, V. (2012): «El expediente judicial electrónico: documentos, copias y archivos», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administra-*

ción de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 563-611.

- Soro Mateo, B. (2016): «Compatibilidad y complementariedad del sistema telemático lexnet y tutela judicial efectiva», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 40.
- Tornos Más, J. (2000): «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 151.
- Valcárcel Fernández, P. (2018): «Definición del objeto contractual en la Compra Pública de Innovación», en Fernández Salmerón, M. y Martínez Gutiérrez, R. (dirs.), *Tecnología, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Valencia Martín, G. (2017): *Jurisprudencia Constitucional y Medio Ambiente*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters — Aranzadi.
- Valero Torrijos, J. (2015): «Ciudades inteligentes y datos abiertos: implicaciones jurídicas para la protección de los datos de carácter personal», en *Istituzioni del Federalismo*, núm. 4.
- (2013): *Derecho, Innovación y Administración electrónica*, Sevilla, Global Law Press.
- (2012): «La sede judicial electrónica», en Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coords.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 231-259.
- (2007): *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, 2.^a ed., Granada, Comares.

EL RETO DEL JUEZ NACIONAL COMO JUEZ EUROPEO*

Santiago M. Álvarez Carreño

SUMARIO: I. Introducción: el singular contexto en el que se enmarca el presente estudio. II. Cuatro cuestiones basilares que reflejan la esencial posición del juez nacional en relación al Derecho de la UE en la actualidad. II.1. La titubeante transformación del TC español en «órgano jurisdiccional» a efectos de la interposición de la cuestión prejudicial: la disonancia latente entre el TC y el TJUE sobre la suprema interpretación en materia de derechos fundamentales. II.2. El reforzamiento de la responsabilidad extracontractual de los EEMM por el incumplimiento del deber de interposición de una cuestión prejudicial por sus órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. II.3. El paso adelante dado por las reformas de la legislación administrativa y procesal española en 2015 para garantizar la penetración en el ámbito interno del Derecho de la UE y de la jurisprudencia de Luxemburgo (y de Estrasburgo). II.4. La cláusula de cierre del sistema: la nueva regulación de la responsabilidad del Estado legislador y la posible infracción del principio de equivalencia del Derecho de la UE. III. Consideración final: el necesario reforzamiento del papel de los jueces nacionales como garantes de la subsistencia del proyecto europeo. IV. Bibliografía.

* Un profundo agradecimiento a la Junta Directiva de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA) personalizada en su presidente, el profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN, por la confianza depositada. Este trabajo es tributario, en buena medida, de las diversas Jornadas sobre el tema a las que he asistido y que me han proporcionado conocimientos inestimables. En especial, debo dejar aquí consignadas la Jornada conmemorativa del número 100 de la Revista Andaluza de Administración Pública *La Jurisdicción Contenciosa 20 años después de la Ley 29/1998*, realizada en Sevilla, el día 19 de octubre de 2018; y, las Jornadas *Balance y perspectivas de la LJCA en su XX aniversario*, realizadas en Barcelona los días 15 y 16 de noviembre de 2018; así como he tenido acceso a través de la *web* a las interesantes ponencias y debates que tuvieron lugar en el *XVII Curso sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa y su relación con otras Jurisdicciones. El Recurso de Casación Autonómico en el Orden Contencioso-Administrativo*, realizado en Santander, los días 12 y 13 de abril de 2018.

RESUMEN: El delicado momento que atraviesa la Unión Europea subraya la oportunidad de volver a analizar la esencial función que desempeñan los jueces nacionales como jueces del Derecho de la UE. El presente estudio enmarca en ese contexto el necesario retorno a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario y examina alguna de las mutaciones que el mismo ha provocado en los sistemas jurídicos de los Estados Miembros a través, principalmente, de la labor pretoriana del Tribunal de Justicia que, a golpe de sentencia, ha ido modelando los principales rasgos que lo definen. El estudio selecciona algunas cuestiones de actualidad que están incidiendo en el modo en que la función jurisdiccional atiende a los requerimientos del Derecho de la UE y termina subrayando el papel fundamental de los jueces nacionales para la salvaguarda de los rasgos esenciales del proyecto de construcción europea.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea, Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, Jueces nacionales, TC, Jurisdicción contencioso-administrativa.

ABSTRACT: The delicate moment for the European Union at the present time emphasizes the opportunity to analyze the essential role of national judges as judges of the EU law. Therefore, this study focus on this context the need to revisit the fundamental principles of the European Union legal order and examines some of the mutations that has caused in the legal systems of the Member States, mainly through the work of the Court of Justice which, in its rulings has shaped the major traits that define the European legal system. The present study selects some topical issues that are influencing the way in which the judicial function applies the requirements of the EU law and ends by underlying the essential role national judges play for the safeguard of the European project.

KEYWORDS: European Union Law, European Court of Justice, National Judges, Constitutional Court, Administrative Courts.

I. INTRODUCCIÓN: EL SINGULAR CONTEXTO EN EL QUE SE ENMARCA EL PRESENTE ESTUDIO

En el contexto de la Europa actual cobra especial valor el estudio del papel que desempeñan los jueces nacionales como jueces del Derecho de la Unión Europea (UE) por corresponder a ellos, en su labor diaria dedicada a interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, el papel esencial en defensa de los valores que integran el proyecto de integración europea, tal y como han cristalizado en su *corpus* normativo propio. Como destaca Martín Rebollo, además de los medios de comunicación y de la educación, «el tercer elemento de socialización de los valores europeos es el derecho en general y su aplicación particular, en lo concreto, donde el papel del juez resulta fundamental. Su papel consiste en aplicar el derecho, pero también contribuir a garantizar una

característica clave del derecho europeo, a saber, que sea verdaderamente el derecho de prioritaria aplicación, el derecho común que prima sobre los derechos nacionales cuando ambos se oponen y que con su aplicación unitaria y homogénea coadyuva a la consolidación de un cuerpo doctrinal de aplicación general en todos los países de la Unión. Una tarea esencial, la más esencial quizá en la construcción europea» (Martín Rebollo, 2016: 176).

El Derecho europeo comunitario influye en efecto de manera creciente en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico interno, no sólo en su rama pública, Derecho administrativo y constitucional sino, cada vez más, también en el Derecho privado —donde se detecta la progresiva armonización de los procesos civiles en el ámbito de la UE a partir de la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión (Liakopoulos, 2018) y en la armonización del penal, no sólo sustantivo sino también procesal (Faggiani, 2015). De hecho, se puede afirmar que no existe un sector del ordenamiento jurídico español que no haya sido afectado, en mayor o menor medida, por el proceso de integración jurídica que conlleva la pertenencia a la UE. Sigue siendo cierto, no obstante, que el orden contencioso-administrativo es con diferencia, como con acierto destaca Alonso, donde se ventilan más cuestiones ligadas al Derecho de la UE (Alonso García, 2018a). Este hecho refuerza la importancia del papel de los tribunales de lo contencioso-administrativo y, de modo destacado, de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (TS), para la correcta implementación del ordenamiento comunitario por todas las personas jurídicas pertenecientes al sector público español, de modo que sus decisiones tienen un impacto significativo en las condiciones en que estas instituciones político-administrativas aplican sus directrices y que testimonian la creciente incidencia del Derecho de la UE sobre los actos administrativos de las Administraciones públicas de los Estados miembros (EEMM) (Núñez Lozano, 2017: 549-614).

Este importante papel de los jueces nacionales adquiere todavía más importancia si se tiene en cuenta que la arquitectura judicial multinivel que deriva de las previsiones de los Tratados originarios tiene como consecuencia que siga siendo excepcional la posibilidad de que los ciudadanos de un EM accedan directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Esta posibilidad sólo se dará en los supuestos previstos, con carácter restrictivo, en el art. 263, párrafo 4.º —«*Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución*»—, y para la exigencia de responsabilidad extracontractual en el párrafo 2.º del art. 340 TFUE —«*En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los*

principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». En efecto, los litigios en los que sea de aplicación el Derecho de la UE que surjan entre particulares y entes jurídico-públicos pertenecientes a las estructuras organizativas de los EEMM («litigios verticales») o entre particulares («litigios horizontales») se sustancian ante los tribunales nacionales.

Esta configuración dota de una de sus características específicas a la UE como comunidad de Derecho. Ya en su STJUE, de 23 de abril de 1986, *Los Verdes/Parlamento* (asunto 294/83. Ponente: Koopmans) el Tribunal de Justicia declaró que «... la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la Carta constitucional fundamental que constituye el Tratado... el Tratado establece un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones. Las personas físicas y jurídicas se hallan de este modo protegidas contra la aplicación a las mismas de los actos de alcance general que no pueden impugnar directamente ante el Tribunal en virtud de las condiciones especiales de admisibilidad especificadas en el párrafo 2 del artículo 173 del Tratado [*art. 263, párrafo 4.º TFUE*]. Cuando la aplicación administrativa de estos actos competente a las instituciones comunitarias, las personas físicas y jurídicas pueden interponer un recurso directo ante el Tribunal de Justicia contra los actos de aplicación de que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente e invocar, en apoyo de este recurso, la ilegalidad del acto general de base. Cuando su ejecución sea competencia de las instancias nacionales, aquéllas pueden alegar la invalidez de los actos de alcance general ante los órganos jurisdiccionales nacionales e inducirles a consultar al Tribunal de Justicia a este respecto mediante las cuestiones prejudiciales» (§ 23).

El propio TJUE es naturalmente consciente del carácter tremendamente restrictivo de la legitimación de los particulares para acceder a él y ha tratado en algunas de sus sentencias de reducir los riesgos de indefensión que ello provoca, reforzando la importancia del papel que juegan los jueces nacionales en la protección de la tutela judicial efectiva también incluso frente a actos de las propias Instituciones de la Unión¹.

Así, en su STJUE (Sala Segunda), de 23 de abril de 2009, asunto *Markku Sahlstedt y otros* (C-362/06 P. Ponente: Caoimh), inadmite el recurso de casación, pero afirma que «los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario. La tutela judicial de las personas físicas o jurídicas que debido a

¹ Álvarez Carreño analiza la importancia relativa que alcanzan en el ámbito de la UE otros mecanismos de participación funcional, como las denuncias ante la Comisión y el derecho de petición ante el Parlamento europeo, a consecuencia precisamente de estas restricciones a las

los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 230 CE, párrafo cuarto [art. 263, párrafo 4.º TFUE], no pueden impugnar directamente actos comunitarios como la Decisión controvertida, debe garantizarse de manera eficaz mediante recursos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Conforme al principio de cooperación leal que establece el artículo 10 TCE [art. 4, apdo. 3.º TUE], dichos órganos están obligados a interpretar y aplicar, en la medida de lo posible, las normas procesales internas que regulan el ejercicio de los recursos de forma que permitan que tales personas impugnen judicialmente la legalidad de toda decisión o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario como el controvertido en el presente asunto, alegando la invalidez de ese acto e instando de este modo a dichos órganos jurisdiccionales a que soliciten un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre ese extremo por medio de una petición de decisión prejudicial» (§ 43). En relación a la cuestión de fondo de la que se trataba en la sentencia —naturaleza jurídica y legitimación para la impugnación de la propuesta de lugares de interés comunitario (LIC) de la Directiva 92/43/CE, de 21 de mayo de 1992, *Habitats* (García Ureta / Lazkano Brotóns, 2013: 45-61)—, nuestro TS ha categorizado dicho acto como de trámite cualificado a efectos de permitir su impugnación autónoma teniendo en cuenta que los EEMM tienen la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas para los lugares que figuren en las listas remitidas a la Comisión *vid.* STS, Sala 3.ª, de 11 de mayo de 2009 (número de Recurso: 2965/2007. Ponente: Yagüe Gil). De este modo, la calificación del acto interno como acto de trámite cualificado permite superar las restricciones de legitimación para el acceso a la jurisdicción que impone el Derecho UE, permitiendo a los tribunales nacionales entrar en la resolución del caso en relación a la designación de LICs de la Directiva *Habitats*. *Vid.* STS, de 11 de mayo de 2009 (Ponente: Yagüe Gil) donde sigue nuestro Alto Tribunal la doctrina fijada por el TJUE en su Sentencia, de 13 de enero de 2005, *Sociedad Italiana Dragaggi y otros* (C-117/2003). Una aplicación posterior de esta misma doctrina, pero atendiendo a la situación que se produce una vez la Comisión UE ya ha aprobado la lista remitida por el Estado se lleva a cabo en la STS, de 28 de enero de 2015 (núm. de Recurso: 20/2013. Ponente: Peces Morate) en cuyo FD 3.º se afirma en este sentido que: «Una vez aprobado y publicado el listado LIC, que integra la Red Natura 2000, son las Administraciones nacionales (CCAA en España) las que deben aprobar las Zonas de Especial Protección, que pueden ser objeto de impugnación al igual que el resto de disposiciones o actos que incidan en los derechos de los particulares, y en tales procesos será donde deba interesarse el planteamiento de una cuestión prejudicial de validez de la Decisión de la Comisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea...».

posibilidades de acceso de los particulares al sistema jurisdiccional de la Unión (Álvarez Carreño, 1999).

A pesar de la señalada importancia y la creciente consideración que gozan los órganos jurisdiccionales nacionales como partes integrantes del sistema jurisdiccional de la UE esta realidad no tiene, sin embargo, reflejo expreso en los Tratados. En concreto, el Tratado de la Unión Europea (TUE) sigue sin dedicarles una mención específica, aunque el párrafo segundo del apdo. 1 de su art. 19 declare que: «*Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión*». Por su parte, la nueva redacción dada al párrafo primero del art. 19. 1 TUE en Lisboa establece que: «*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados*». Esta europeización de los tribunales nacionales pertenecientes a los diferentes órdenes jurisdiccionales muestra, además, una doble dimensión. Por una parte, una gran cantidad de las normas que deben interpretar y aplicar en el ejercicio de sus funciones tienen un origen europeo. Por otra, su función como jueces nacionales se ha europeizado desde el momento en que asumen el deber de garantizar la aplicación efectiva y uniforme de todo el *acquis communautaire*, concepto que incluye, como se sabe, a la jurisprudencia emanada del TJUE.

Sobre el carácter obligatorio y vinculante de las sentencias de Luxemburgo, los Tratados guardan silencio. El Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012, en su art. 91 —obligatoriedad de las sentencias y autos— afirma que: «*La sentencia será obligatoria desde el día de su pronunciamiento*» (apdo. 1.º). El TFUE (Sexta Parte —*Disposiciones institucionales y financieras*—, Tít. I —*Disposiciones institucionales*—, Cap. 1 —*Instituciones*—, Sección quinta —*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea*) en su art. 260, apdo. 1, relativo al recurso por incumplimiento, establece que: «*Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarar que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal*». En relación a las sentencias dictadas en recurso de anulación, el art. 266 TFUE prevé que: «*La institución, órgano u organismo del que emane el acto anulado, o cuya abstención haya sido declarada contraria a los Tratados, estarán obligados a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*». Esta obligación se entiende sin perjuicio de la que pueda resultar de la aplicación del párrafo segundo del artículo 340 relativo a la responsabilidad extracontractual de la Unión. Refuerzan el carácter o la fuerza de cosa juzgada (de «cosa interpretada», en su caso) de las sentencias del TJUE el principio de cooperación leal del art. 4. 3 TUE: «*Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión*» (párrafo segundo); así como

los de primacía y efecto directo que derivan de la propia jurisprudencia del TJUE.

En las líneas que siguen se aborda el análisis de algunas cuestiones que subrayan en la actualidad este especial momento de la evolución del Derecho de la UE que revela el esencial papel reservado a los órganos jurisdiccionales de los EEMM y que confirma, a su vez, el reforzamiento del TJUE en su esencial tarea de lograr una interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la UE².

II. CUATRO CUESTIONES BASILARES QUE REFLEJAN LA ESENCIAL POSICIÓN DEL JUEZ NACIONAL EN RELACIÓN AL DERECHO DE LA UE EN LA ACTUALIDAD

II.1. LA TITUBEANTE TRANSFORMACIÓN DEL TC ESPAÑOL EN «ÓRGANO JURISDICCIONAL» A EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: LA DISONANCIA LATENTE ENTRE EL TC Y EL TJUE SOBRE LA SUPREMA INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como constata Arroyo «la doctrina constitucional sobre las relaciones entre la Constitución y el Derecho europeo está sufriendo en la actualidad un proceso de intensa transformación» (Arroyo, 2016: 11). Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, resulta arduo descubrir «una sola publicación científica sobre asuntos europeos que no aborde con largueza la cuestión de las relaciones entre las más altas jurisdicciones europeas y nacionales, cuyo escenario por antonomasia es la protección de los derechos fundamentales. Un escenario especialmente enjaezado por la naturaleza de las materias abarcadas por el Espacio de libertad, seguridad y justicia y protegido bajo el generoso y andrógino manto del discurso constitucionalizante y pluralista. Dejando de lado la calamitosa respuesta de la Unión a la crisis económica o financiera, no existe otro *hit* comparable en los últimos cuatro años» (Martín Rodríguez, 2013).

Desde la teoría del «pluralismo constitucional» se realizan dos consideraciones iniciales: por una parte, el Derecho de la UE y los ordenamientos jurídicos internos operan como sistemas diferenciados que aspiran a descansar sobre sus propias normas fundamentales y a proporcionar de manera autónoma los criterios que determinan la validez de sus propias normas. Por otra, el

² D. Sarmiento lleva a cabo en su *blog* «Despite our Differences» (<<https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/>>) un seguimiento, a la vez apasionado y riguroso técnicamente, de los últimos desarrollos en este ámbito.

Derecho de la UE y los ordenamientos jurídicos internos representan sistemas intercomunicados de modo que cada uno incorpora elementos del otro sin renunciar a racionalizar de acuerdo con sus propios criterios las referencias normativas ajenas y su proceso de incorporación. De este modo, «... los sujetos que intervienen en el desarrollo de las relaciones entre los diversos sistemas deben ejercer sus competencias con un cierto grado de empatía, esto es, con la necesaria apertura a las exigencias institucionales propias del resto de agentes» (Arroyo, 2016: 15). El Tribunal Constitucional (TC), ya desde su Sentencia 28/1991, de 14 de febrero (Ponente: Leguina Villa), sostuvo que el problema de la anticomunitariedad no implicaba *per se* un problema de inconstitucionalidad por vulneración de los arts. 93 y 96 de la Constitución, y que, excluida así la aproximación a la contradicción entre norma comunitaria y norma interna con rango de ley en términos constitucionales, el enfoque debía situarse en el terreno de la legalidad y de la correlativa competencia del juez ordinario para su resolución. De este modo, en la interpretación del TC, la eventual infracción del Derecho de la UE por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no otorgaba al litigio un carácter o naturaleza constitucional, sino que permanecía en el nivel infraconstitucional de conflicto de normas que, desde el punto de vista de la competencia para su resolución, debía ser solventado por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Se trataba de basar así el razonamiento del TC en el propio principio de primacía del Derecho de la UE sobre el interno que, en su interpretación, se adecuaba plenamente a la que derivaba de la doctrina del TJUE configurada en sus sentencias *Costa/ENEL*, *Internationale Handelsgesellschaft* y *Simmenthal*.

Se debe recordar que en la sentencia *Costa c. ENEL*, de 15 de julio de 1964 (C-6/64), el TJUE consagró su doctrina sobre la primacía de la que se deriva que cualquier disposición de derecho interno que entre en conflicto con el derecho de la Unión deviene inaplicable, sin precisar todavía, como nos recuerda Ruiz-Jarabo, «las modalidades de la sanción de esa primacía por los jueces nacionales» (Ruiz-Jarabo, 1993: 59)³. Por ello, la STJUE, de 17 de diciembre de 1970, en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70) subraya que la supremacía se predica respecto de todas las clases de normas del derecho interno sin que pueda obstar a la eficacia directa de la norma comunitaria la existencia de disposiciones internas, aún de rango constitucional, que se le opongan. Y precisamente lo afirma en esta sentencia porque, a la vez, en ella el TJUE afronta el problema de la garantía de los derechos fundamentales a nivel de la Unión y el Tribunal se atribuye la tarea de configurar el catálogo de derechos fundamentales utilizando como fuente «las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros». Como señala Muñoz

³ Fernández Segado lleva a cabo una exposición sintética de esta inicial conformación de los principios estructurales del ordenamiento jurídico comunitario en la primera doctrina jurisprudencial (Fernández Segado, 2005).

Machado, «explorar el contenido de esas “tradiciones” era tarea ardua y el Tribunal comunitario la abordó casuísticamente atribuyéndose una extensa discrecionalidad para deducir desde las Constituciones y las prácticas jurisprudenciales existentes en los Estados miembros principios que pudieran tener una aplicación común en el espacio europeo. Se reconocerían los derechos como “principios generales”, al modo en que el Consejo de Estado francés había hecho para fijar un cuerpo de principios esenciales, no consignados por escrito sino contenidos en su jurisprudencia, con rango supralegal y primacía aplicativa sobre las normas ordinarias, además de con valor interpretativo de los tratados y el ordenamiento comunitario completo» (Muñoz Machado, 2015, 195-230). Por su parte, las sentencias *Nold*, de 14 de mayo de 1974 (C-4/73) y *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979 (C-44/79) empezaron a referirse a la equivalencia en el nivel de protección de los derechos reconocidos a nivel de la UE con los garantizados en el CEDH de 1950 (Muñoz Machado, 2015: 200). Así, las influencias recíprocas entre los diferentes sistemas europeos de protección de derechos fundamentales pasan, desde luego también, por el «diálogo» entre el TJUE y el TEDH. A partir de su Sentencia, de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus c. Irlanda* (C-356/05), el TEDH consideró que el sistema de la UE, desde la perspectiva de la protección de los derechos se podía considerar globalmente «equivalente» al del CEDH; sin embargo, el TEDH se reserva la posibilidad de detectar una «insuficiencia manifiesta» en algún caso concreto lo que, de alguna manera, le coloca en una posición de superioridad en el ámbito europeo de protección de derechos fundamentales (Olaya Godoy, 2016: 253).

Después de estas seminales sentencias, el Tribunal de Luxemburgo —ejerciendo, en expresión de Parejo, funciones de naturaleza más *nomotética* que *nomofiláctica* (Parejo Alfonso, 2018)— desarrolló su doctrina de la supremacía en sentencias posteriores, igualmente basilares. En concreto, se consigue un avance importante con la STJUE *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978 (C-106/77), donde se consagra que, en caso de conflicto entre el derecho interno y una disposición del derecho comunitario, el juez nacional tiene la obligación de inaplicar la norma interna contraria al derecho comunitario: «la importancia de la doctrina sentada por la jurisprudencia *Simmenthal* se percibe a primera vista. Confiere al juez nacional un poder tal, al permitirle controlar la “comunitariedad” de su legislación nacional, que modifica de hecho el sistema constitucional de los Estados miembros. Además, provoca lo que se ha llamado la rebelión de los jueces inferiores contra sus superiores, porque, consciente de que las decisiones de los tribunales de última instancia no permitirían asegurar plenamente la aplicación íntegra del derecho comunitario en el orden jurídico interno, el Tribunal de Luxemburgo invita a “todo juez nacional competente” a dejar inaplicada “por su propia autoridad”, cualquier ley estatal, incluso posterior, incompatible con el derecho comunitario, sin que tenga que pedir o

esperar su eliminación previa, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» (Ruiz-Jarabo, 1993: 62)⁴.

Basta pues recordar los términos categóricos utilizados en esencia por el TJUE para determinar que el Derecho de la UE se impone incluso sobre los propios textos constitucionales de los EEMM, y valorar que la doctrina del TC

⁴ En relación a esta «rebelión de los jueces inferiores», Jimena Quesada cuestiona las que denomina «estrategias nacionales con expectativa controvertida», aludiendo de este modo a que la elevación de la cuestión prejudicial pretenda sortear jurisprudencia de tribunales superiores. La STJUE, de 22 de octubre de 2009, asuntos acumulados *Zurita García y Choque Cabrera* (C-261/08 y C-348/08) ilustran esta cuestión: «la verdad es que la estrategia procesal del órgano jurisdiccional nacional (la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia) vislumbraba una apuesta desafiante en el ámbito interno y fue objeto de claro contrapunto en sede jurisdiccional comunitaria... la pregunta formulada ... apuntaba claramente a puentear al Tribunal Supremo español (y el TJUE era consciente de ello)...» (Jimena Quesada, 2017: 281). Recuerda de este modo que «... la “doctrina Zurita” se ha visto matizada a la baja por la jurisprudencia más reciente del TJUE, a consecuencia de las modificaciones en sentido restrictivo de la normativa europea... Lo ilustra la STUE, de 23 de abril de 2015 asunto *Samir Zaizoune* (C-38/14), que tiene su origen en la cuestión prejudicial formulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco» (Jimena Quesada, 2017: 283). El reverso de estos planteamientos dudosos de la cuestión prejudicial están representados por la reprochable omisión: «si hasta ahora he criticado los planteamientos susceptibles de ser catalogados como más que dudosos por acción, no menos crítica (e incluso reproche en alguno supuestos) merecen aquellos planteamientos omisivos (la no formulación de una pertinente, o incluso obligatoria, cuestión prejudicial ante el TJUE) que provocan una distorsión en la correcta articulación de los diversos estándares normativos y niveles de protección de derechos fundamentales. Por supuesto, resulta más complejo localizar esos enfoques omisivos que aquellos otros que ya han dado cuerpo a decisiones prejudiciales del TJUE...» (Jimena Quesada, 2017: 298).

Se destaca así el papel que debe desempeñar la crítica doctrinal que tiene «... en este ámbito una función primordial e inductora para la corrección futura de tales omisiones, tanto más cuanto que algunos remedios correctores se han mostrado polémicos o complejos (pensemos en la vía interpuesta de la tutela judicial efectiva a través del recurso de amparo ante el TC en el caso de España —o incluso ante el TEDH— STEDH *Ullens de Schooten y Rezabek c. Bélgica*, de 20 de septiembre de 2011 (parágrafos 58-63), donde se apunta que la negativa a formular la cuestión prejudicial caso de carecer de suficiente motivación podría suponer una violación del derecho a un proceso equitativo del 6 CEDH» (Jimena Quesada, 2017: 298). Un claro ejemplo de este rechazable comportamiento omisivo viene dado por la STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a) de 19 de noviembre de 2012 dictada en recurso de casación en interés de ley n.º 1215/2011. Este autor llega a afirmar que «... el TS habría quedado como una especie de “free-lance” del Derecho comunitario, desfigurando la conocida como “doctrina Cilfit”» (Jimena Quesada, 2017, 301). Sarmiento nomina a los que, desfigurando la doctrina *Cilfit*, se convierten en *free-lance* del Derecho comunitario (Sarmiento, 2007).

El «puenteo» del TS vendría avalado, en la interpretación de Jimena Quesada, por el propio TJUE en este tipo de situaciones: «... por ejemplo, en la reciente STJUE, de 8 de noviembre de 2016 (*Atanas Ognyanov*, asunto C-554-14), en donde se reprocha al órgano jurisdiccional remitente que “no puede, en el litigio principal, considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión, por el mero hecho de que dicha norma ha sido interpretada por el Tribunal Supremo de Casación en un sentido que no es compatible con ese Derecho” (apartado 69), correspondiendo a dicho órgano jurisdiccional remitente garantizar la plena eficacia del Derecho de la UE “de-

no termina de estar en completa sintonía —tratando de expresarlo en los términos más leves posibles— con la manifestada de modo rotundo por el TJUE. Con la consecuencia, además, como destaca Alonso, de la imposibilidad en el sistema jurídico español de proceder a la depuración judicial del Derecho interno con rango de ley contrario al Derecho de la UE: «de asumir con el TC que dicha incompatibilidad no implica *eo ipso* su inconstitucionalidad, no cabría su impugnación directa ante los tribunales: ni ante el TC, habida cuenta de su incompetencia para conocer acerca de tales contradicciones, ni ante los Tribunales contencioso-administrativos, limitada su competencia de control directo de normas a las reglamentarias, salvo en lo concerniente a los Decretos Legislativos que excedan los límites de la base de la delegación constituida por normas comunitarias» (Alonso, 2014b: 115)⁵.

La interpretación del TC le llevó además a excluirse del diálogo entre el juez nacional y el comunitario que posibilita el mecanismo privilegiado de integración que representa la cuestión prejudicial. Para Alonso, dicha postura «carece de fundamento incluso asumiendo la aproximación del TC a los problemas suscitados por la aplicación del Derecho Comunitario desde la perspectiva de la mera legalidad ordinaria...» (Alonso, 2003: 17). En la interpretación del TC, la respuesta que ofrecía el Derecho español en relación a la operatividad del principio de primacía no implicaba *per se*, ante un supuesto de anticomunitariedad, un problema de inconstitucionalidad por vulneración de los arts. 93 y 96 CE. De este modo, «excluida así la aproximación a la contradicción entre norma comunitaria y norma interna con rango de ley en términos constitucionales y, por ende, su competencia para intervenir al respecto, el TC situó el enfoque en el terreno de la legalidad y de la correlativa competencia del juez ordinario para su resolución» (Alonso, 2003: 26).

jando inaplicada en caso de necesidad, de oficio, la interpretación adoptada” por el Tribunal Supremo no compatible con el canon europeo (apartado 70). De todas formas, la cuestión no es sencilla ni ajena a ciertos recelos, como lo acredita que el Tribunal Supremo español siga replanteándose su papel a propósito del “acto claro” de la doctrina “*Cilfit*” (Jimena Quesada, 2017: 301). Morcillo Moreno trata de discernir el alcance de las nociones de «impertinencia», «acto aclarado», «acto claro» y otras matizaciones («acto evidente») como excepciones a la obligación de remisión judicial (Morcillo Moreno, 2011: 227-262; y 2007).

⁵ Para Fernández Farreres, «... la función del TC en orden a la garantía misma de la observancia del principio de primacía del Derecho de la Unión por jueces y tribunales resulta indirecta y por ello limitada y parcial. Distinta es, en todo caso, la que, en última instancia, corresponde al TS. Baste ahora recordar sin más que en la nueva regulación del recurso de casación contencioso-administrativo, se prevé como una de las circunstancias indicativas de que el recurso encierra “*interés casacional objetivo*” el “*que la sentencia haya interpretado o aplicado el Derecho de la UE en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJ o en supuestos en que aún puede ser exigible la intervención de dicho Tribunal a título prejudicial*” (artículo 88.2 LJCA). De este modo, pues, queda en el ámbito de la Sala Tercera del TS la responsabilidad plena del control de todas las decisiones judiciales en dicho orden jurisdiccional que, aun dando aplicación a la ley, vengan a contradecir el Derecho y la jurisprudencia comunitaria» (Fernández Farreres, 2017: 305).

En la interpretación de nuestro TC, la apertura que permite el art. 93 CE a la realidad europea no determina que, por esta vía, el Derecho de la UE pase a integrar el canon de constitucionalidad, aunque no excluye su posible utilización como canon hermenéutico a los efectos de marcar pautas interpretativas del texto constitucional, único canon directo de constitucionalidad de las normas internas. Como recuerda Alonso, «esta utilización, no obstante, la circunscribe el TC al ámbito de los derechos fundamentales, vinculándola a la entrada en juego del artículo 10. 2 CE» (Alonso, 2003: 31).

En lo que se refiere a la calificación por el TC de la legislación comunitaria como «infraconstitucional» —«metaconstitucional» prefiere calificarla Mangas Martín— recuerda Alonso, al que seguimos en esta exposición, que «... aun admitiendo que se produce en un contexto en que lo que interesa al TC es recalcar a través de la misma la competencia del juez ordinario (y correlativa incompetencia del constitucional) para la resolución de sus contradicciones con el Derecho interno, lo cierto es que puede provocar... graves distorsiones a la hora de abordar el control judicial del Derecho Comunitario derivado, induciendo a situar dicho control en un marco, el constitucional interno, que no le corresponde, en detrimento de su parámetro natural de validez, que es constitucional estrictamente comunitario, esto es, el Derecho originario» (Alonso, 2003: 36-37).

En definitiva, se puede afirmar que el carácter absoluto e incondicional con que la primacía aparece concebida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia está lejos de ser asumida, en general, por los Tribunales Constitucionales de los EEMM. El TC, en su Declaración de 1 de julio de 1992 (Ponente: Gimeno Sendra) sobre la compatibilidad del Tratado de Maastricht con el Texto constitucional, no dudó en proclamar abiertamente la primacía constitucional sobre los Tratados internacionales, incluidos los comunitarios: «Mediante la vía prevista en su artículo 95.2, la Norma Fundamental atribuye al TC la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. Como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre ella y un tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado (art. 78.1 LOTC). Si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional (art. 95.1 CE). De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía, adquiriendo también el Tratado, en la parte del mismo que fue de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la declaración del Tribunal (art. 78.2 LOTC), como corresponde al sentido de este examen preventivo. Aunque aquella primacía quede en todo caso garantizada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2 c), 31 y 32 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los Tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE), es

evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada. El riesgo de una perturbación de este género es lo que la previsión constitucional intenta evitar» (FJ 1).

Los Tratados originarios del ordenamiento jurídico de la UE tienen en el TJUE su intérprete supremo quien, además, es quien determina su alcance y compatibilidad con el Derecho derivado. Ahora bien, ello no es óbice para constatar que esos mismos Tratados están sometidos, al mismo tiempo, al control de constitucionalidad que llevan a cabo los máximos intérpretes designados en las respectivas Constituciones nacionales, esto es, los Tribunales constitucionales de los EEMM. Se debe tener presente, no obstante, como recuerda Lasagabaster que «la relación entre Tratados internacionales y Derecho constitucional es diferente a la que se plantea en la Unión Europea en la relación Derecho europeo-Derecho constitucional...» (Lasagabaster 2018: 29-35).

Esta tensión existente, ínsita al propio diseño institucional, entre los Tribunales Constitucionales y el TJUE deriva para Roca Trías y García Couso, en el fondo, de la defensa de la competencia del TC en el ámbito de los derechos fundamentales cuando, como sucede en el espacio europeo, coinciden dos tribunales competentes. Se demuestra que son muchos los problemas que suscita el hecho de que dos Tribunales, competentes en materia de protección de derechos fundamentales e intérpretes de un mismo ordenamiento jurídico (art. 93 CE) puedan emitir juicios paralelos sobre una misma norma y en virtud de parámetros diferentes (Roca Trías/García Couso, 2017: 529-548).

Esta situación de conflictividad latente se agrava desde la fecha de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, cuando se reconoce la eficacia jurídica vinculante de la CDFUE⁶: «Es evidente que esta situación conlleva inevitablemente el replanteamiento de las funciones de los Tribunales Constitucionales europeos respecto de la protección de derechos y libertades fundamentales y, por ende, de la configuración de su parámetro de

⁶ No se debe olvidar que el art. 52. 3 CDFUE establece que: «*En la medida en que la presente Carta contenga derechos que se correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa*».

Por su parte, el Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado el 2 de octubre de 2013, en su art. 1, apdo. 1, establece que: «*Los altos tribunales de las Partes Contratantes, especificadas de conformidad con el art. 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos*».

Como apuntan Roca Trías/García Couso, quizás lo que se pretenda es asegurar el respeto del TJUE a la doctrina del TEDH «pero eso es harina de otro costal» (Roca Trías y García Couso, 2017: 542).

control respecto de competencias de la Unión» (Roca Trías/García Couso, 2017: 531)⁷.

En estas condiciones, cabe preguntarse si el control de «comunitariedad» —de adecuación al Derecho de la UE— tiene una naturaleza diferente al de «constitucionalidad». El tipo de respuesta que se proporcione a estas cuestiones lleva a plantear otras cuestiones relevantes: «¿Puede el TC realizar un juicio de constitucionalidad sin tener en cuenta la previa decisión del TJUE? De no existir decisión al respecto, ¿debería proceder a plantear la correspondiente cuestión prejudicial? ¿Tendría sentido que existieran decisiones contradictorias?...» (Roca Trías/García Couso, 2017: 535). Se debe tener en cuenta que en esta materia ha incidido la importante STJUE, de 22 de junio de 2010, que resuelve los asuntos *Melki* y *Abdeli* (C-188/10 y C-189/10). Como apuntan Roca Trías/García Couso, autoras a las que venimos siguiendo, «de sus fundamentos se extrae una conclusión importante: no existe una prioridad a favor del planteamiento de la cuestión prejudicial respecto de la de constitucionalidad, siempre que se dé opción al órgano judicial de que en cualquier momento pueda plantear la cuestión prejudicial, incluso una vez dictada la Sentencia por el TC» (Roca Trías/García Couso, 2017: 533). Así, el TJUE afirmó en *Melki* y *Abdeli* que «... los jueces ordinarios deben poder adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión y que los jueces ordinarios deben poder dejar inaplicada la ley nacional controvertida, una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad, si la consideraran contraria al Derecho de la Unión. Y ello, aunque el TC haya descartado la inconstitucionalidad de la ley...» (Roca Trías/García Couso, 2017: 533).

En síntesis, de la doctrina elaborada por el TJUE se podría afirmar con Roca Trías y García Couso que «el funcionamiento del sistema de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales, establecido por el artículo 267 TFUE y el principio de primacía del Derecho de la Unión, requiere que el juez nacional tenga la facultad de plantear al Tribunal de Justicia toda cues-

Sobre el papel del TJUE en la interpretación y aplicación de actos legislativos de la UE que puedan afectar a derechos fundamentales protegidos en los tres niveles (CDFUE, CEDH y Constituciones de los EEMM) hay una abundante doctrina que comenta la STC 26/2014, de 13 de febrero, que aplica la Sentencia *Melloni* (Alonso García, 2014b y Arzoz Santisteban, 2015: 195-230).

Resulta altamente interesante la lectura de los votos discrepantes de las Magistradas Adela Asúa y Encarnación Roca en la STC 26/2014, de 13 de febrero, que describen correctamente la manera en que el Derecho de la UE vincula a los órganos integrantes del poder judicial (Arroyo, 2016: 59).

⁷ Roca Trías/García Couso proporcionan abundantes referencias a sentencias del TJUE donde, durante los últimos años, se declaran violaciones de derechos garantizados en la CDFUE con relación específica al ordenamiento jurídico español (Roca Trías/García Couso, 2017: 530-531).

tión prejudicial que considere necesaria en cualquier fase del procedimiento que estime apropiada, e incluso una vez finalizado un procedimiento incidental de control de constitucionalidad» (Roca Trías/García Couso, 2017: 533). Para estas autoras, «con estas decisiones, si bien pudiera parecer que lo que se favorece es el llamado “diálogo” o “cooperación” entre Tribunales, al conciliar ambos mecanismos, lo que el Tribunal de Justicia asegura es... su derecho a la última palabra» (Roca Trías/García Couso, 2017: 536). En otras palabras, «el TJUE consigue que, en la práctica, aunque se permita una primera evaluación por los Tribunales constitucionales, su competencia queda asegurada. Incluso las Sentencias dictadas por aquellos Tribunales Constitucionales que incluyen la Carta como parámetro de control en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales, sólo podrán ser consideradas “firmes” tras el dictado de una sentencia del Tribunal de Luxemburgo que las ratifique o las contradiga» (Roca Trías/García Couso, 2017: 536).

En consecuencia, «los Tribunales Constitucionales han dejado de tener el monopolio sobre la interpretación de los derechos y libertades fundamentales (art. 10. 2 CE). Es más, en aquellos casos en que afecte a derechos fundamentales relacionados con la competencia de la UE, podría afirmarse que han dejado de tener el control... confirmada la competencia de la Unión, es al TJUE al que corresponde emitir un juicio sobre su interpretación» (Roca Trías/García Couso, 2017: 537). Unas pocas líneas más adelante, se muestran todavía más tajantes: «Admitámoslo, la interpretación de los derechos fundamentales en el ámbito de las competencias de la Unión se encuentra en manos del Tribunal de Justicia, quedando los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros vinculados a esa interpretación» (Roca Trías/García Couso, 2017: 539).

Corresponde pues al TC aclarar de manera definitiva su posición respecto del Derecho de la Unión y decidir si tiene naturaleza de órgano judicial a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial. De cara al futuro se plantean diferentes opciones: por una parte, el TC podría decidir «no querer formar parte de los órganos judiciales de la Unión, dejando en manos de los Tribunales y Jueces ordinarios su labor de interpretación y aplicación del mismo. Ello significaría volver a la posición inicial y, por tanto, desandar el camino recorrido hasta el momento en que el TC decidió el planteamiento de las tres cuestiones en el asunto *Melloni*. De optar por esta línea de comportamiento respecto del conocimiento de asuntos correspondientes al ámbito del Derecho de la Unión, lo coherente sería inadmitir aquellas cuestiones de inconstitucionalidad en las que este se encontrara concernido, de forma tal que fueran los jueces y tribunales ordinarios los que plantearan en caso de duda la correspondiente cuestión prejudicial; quedando reservado para el TC el control de la aplicación del Derecho de la UE a través del recurso de amparo *ex art. 24 CE*. En definitiva, el Tribunal se dedicaría a controlar la actuación de los jueces y tribunales en relación con la aplicación del Derecho de la UE y el planteamiento de la cuestión prejudicial y, a la vez, conocería de los asuntos que no se

encuentren en el ámbito del Derecho de la Unión o, al menos, no plenamente». Esta sería la situación planteada en la STJUE, de 26 de febrero de 2013, en el caso *Åkeberg Fransson* (C-617/109) donde el TJUE afirmó, con referencia a la sentencia *Melloni*, que: «En una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté completamente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y Tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el TJ, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión...» (Roca Trías/García Couso, 2017: 543)⁸.

Otra opción posible sería considerar, por el contrario, que el TC reconociera plenamente y de modo expreso su condición de «órgano jurisdiccional» en el sentido de lo dispuesto en el art. 267 TFUE⁹. En ese caso, afirman Roca Trías/García Couso que «sus funciones y cánones deberían ser los mismos que los del resto de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. El TC, como órgano jurisdiccional de la Unión, no puede quedar exento del cumpli-

⁸ Arzoz estudia las consecuencias jurídicas que se derivan de las doctrinas *Melloni* y *Åkeberg Fransson* para la función jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales (Arzoz, 2015: 52).

⁹ Agudo González destaca la ausencia de una noción cerrada del concepto de «órgano jurisdiccional» en el derecho europeo (2018: 593). Señala este autor que la jurisprudencia del TJ en relación con el art. 267 TFUE «muestra la ausencia de una noción cerrada del concepto de “órgano jurisdiccional”; esta falta se encuentra ya en los orígenes de las Comunidades europeas debido a la heterogeneidad de modelos jurisdiccionales nacionales» (Agudo González, 2018: 596). Con cita de Gambino (Agudo González, 2018: 596, nota 70) nos recuerda que, en la formulación jurisprudencial de una tradición constitucional común a los Estados miembros por el TJUE, «... el juez comunitario no puede considerar la organización judicial, en sentido estricto, como parámetro de validez de las exigencias de justicia propias del ordenamiento de la Unión. En tal sentido, se podría afirmar correctamente que la experiencia constitucional comparada ofrece, tanto al análisis doctrinal como al enfoque jurisdiccional comunitario, materiales y soluciones que se mueven en una dirección (incluso significativamente) diferenciada de país en país. Tales divergencias afectan sobre todo al grado de autonomía y de independencia del magistrado» (Agudo González, 2018: 596). De este modo, la noción comunitaria de órgano jurisdiccional es relativamente autónoma de la existente en los Estados miembros: «Este punto de partida ha permitido afirmar que el TJUE “si bien acepta la calificación de jurisdiccional dada al órgano *a quo* por el ordenamiento nacional (*teoría del reenvío*), ha ido progresivamente ampliando la definición de jurisdicción nacional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales para acoger a órganos no judiciales según su derecho interno, elaborando de este modo un concepto autónomo de jurisdicción nacional dotado de contenido específicamente comunitario (*teoría de la adopción*). En esencia, desde la perspectiva del artículo 267 del TFUE lo que realmente interesa es la función que desempeña el órgano y la situación estatutaria que se le reconozca en su sistema jurídico nacional, de tal suerte que cualquier órgano que resuelva en derecho, y no en pura equidad, los litigios sometidos a su conocimiento mediante una decisión obligatoria y cuyo estatuto garantice su independencia e imparcialidad en el cumplimiento de su misión podrá ser reputado jurisdicción a los efectos del incidente prejudicial”» (Agudo González, 2018: 597, con cita de Cienfuegos Mateos). Agudo lleva a cabo un repaso de los supuestos en los que el TJUE ha considerado como «órgano jurisdiccional» a órganos que no están

miento de la Carta ni de la interpretación que de la misma haya realizado el Tribunal de Justicia desconociendo el principio de competencia. De tal forma que, planteada ante él una cuestión cuyo objeto de control pertenece al ámbito de la Unión, debería plantear, de no encontrarse resuelta, la cuestión prejudicial en los mismos términos que los jueces ordinarios, ya que a ningún órgano judicial, en ausencia de las condiciones de la doctrina *Cilfit*, le compete interpretar el Derecho de la UE, salvo al Tribunal de Justicia, y ningún órgano judicial puede depurarlo tras controlar su validez —STJUE, de 22 de octubre de 1987, asunto *Foto Frost*. En materia de la Unión, no se trata sólo de interpretar los derechos constitucionales de conformidad con la “Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10. 2 CE), sino de actuar como Juez europeo» (Roca Trías/García Couso, 2017: 544)¹⁰.

Hasta hoy, el TC no se ha pronunciado abiertamente sobre cuál es su modelo de resolución de este tipo de situaciones y, para Roca Trías y García Couso se plantean algunos interrogantes que por ahora no tienen una contestación clara: «si el TC optara por considerarse juez europeo, ¿implicaría ello una toma de posición difícil de revertir? ¿Podría el TC combinar ambas posturas según el criterio las circunstancias de cada caso?» (Roca Trías/García Couso, 2017: 545). Como entendemos que con razón afirman estas autoras, «asumir que las relaciones entre el ordenamiento de la Unión y el ordenamiento estatal se rigen, también en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales, por los principios de primacía y competencia, haría más fácil la re-

integrados en el poder judicial (Agudo González, 2018: 597 y ss.). Ese estudio verifica que el TJUE no ha asumido las propuestas dirigidas a exigir mayor rigor en la judicialización del concepto. En la excelente síntesis de Agudo: «la jurisprudencia del TJUE en relación con el art. 267 del TFUE permite llegar a la conclusión de que el Tribunal asume un concepto de “órgano jurisdiccional” caracterizado por elementos estructurantes matizados por un elemento funcional determinante: es “órgano jurisdiccional” aquel que ejerce funciones jurisdiccionales, aunque no necesariamente forme parte del poder judicial» (Agudo González, 2018: 600). La clave es que un órgano independiente garantice una protección jurídica plena y eficaz, tanto si se trata de un órgano administrativo, como de un órgano jurisdiccional integrado en el poder judicial (STJUE, de 4 de febrero de 1999, asunto *Köllensperger*. C-103/97) (Gimeno Feliu, 2013: 101; y López Ramón, 2016).

No obstante, la positivización del derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 47 CDFUE puede permitir deducir una tendencia hacia la judicialización de la noción de función jurisdiccional. Sobre el concepto de independencia en el Derecho europeo (Agudo González, 2018: 607-609). Se debe, en este sentido, dejar consignado aquí que el RD 1073/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento general de desarrollo de la Ley General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el RD 520/2005, de 13 de mayo, ha incluido un nuevo artículo 58 *bis* en el que regula de manera detallada el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE por los tribunales económico-administrativos (Alías Cantón, 2018: 45-104).

¹⁰ *Vid. supra* en este estudio las reflexiones sobre la «estrategia *Cilfit*» (Sarmiento, 2004: 94 y ss.)

lación entre Tribunales» (Roca Trías/García Couso, 2017: 547). Concluyen afirmando que, a su juicio, la intervención del TC como órgano judicial a los efectos del art. 267 TFUE, «es imprescindible, pues, en relación con el control de normas con rango de ley por vulneración de derechos fundamentales, la cuestión prejudicial se muestra cómo la fórmula más eficaz y respetuosa con los principios antes enunciados. Sólo asumiendo tal posición, podría la jurisdicción constitucional, a través de su planteamiento, poner de manifiesto ante el Tribunal de Justicia todo aquello que estime pertinente en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales, pudiendo modular, *ex ante*, una decisión que, por ser competencia de la Unión, quedará finalmente tomada por el TJUE. De no ser así, serán los jueces y tribunales ordinarios los que participarán en dicha labor; máxime cuando el TC ha declarado, que en caso de “doble vicio” se debe plantear la cuestión prejudicial con carácter previo a la cuestión de inconstitucionalidad. Una decisión que mengua, sin duda alguna, las posibilidades, no sólo de pronunciamiento por la jurisdicción constitucional sobre la posible vulneración de derechos fundamentales, sino también, de participación directa en un proceso cada vez más intenso y en constante evolución» (Roca Trías/García Couso, 2017: 547)¹¹.

Por parte del TJUE, como destaca Arroyo, queda también, por su parte, todavía un camino que transitar para convertirse de verdad en un Tribunal de derechos fundamentales. Esa evolución facilitará, a su vez, una distinta reacción de los órganos jurisdiccionales internos: «se trata de un camino difícil, pero muy propio de un marco de pluralismo constitucional como el europeo. En un contexto como este, el diálogo judicial no consiste tanto en resolver en abstracto estériles debates acerca de la primacía y la *kompetenz-kompetenz*. De lo que se trata es, más bien, de lograr una leal y prudente acomodación de las exigencias que resultan de los diversos sistemas, con la finalidad de prevenir y, en su caso, resolver los conflictos que entre ellos inevitablemente se producen, toda vez que ambos pretenden fundamentarse en sus propias reglas de reconocimiento» (Arroyo, 2016, 71)¹².

¹¹ El debate doctrinal está servido y existen así distintas posturas doctrinales, algunas a favor —Matía Portilla, Arroyo Jiménez— y otras en contra —Rodríguez Izquierdo Serrano, Arzo Santisteban, Azpitarte Sánchez— de la vía interpretativa del art. 10. 2 o el art. 93 CE (Roca Trías y García Couso, 2017: 544, notas 40 y 41).

¹² Advierte Jimena Quesada de una posible consecuencia negativa de ese denominado «diálogo judicial» que consiste en el debilitamiento de la responsabilidad: «... si bien el punto positivo de ese dialogo judicial supranacional, y más ampliamente global, consiste en una optimización de las soluciones en beneficio de la comunidad, el contrapunto viene dado por un debilitamiento de la responsabilidad —con cita de Nieto (2003: 45-46). Ésta puede quedar entonces diluida en los distintos actores dialogantes, hasta el punto de que la eventual falta de vertebración y ausencia de jerarquía conduce a una especie de soberanía supraestatal difusa en la que se tratará de evitar que impere una “ley de la jungla” para que se imponga esa leal y sincera colaboración» (Jimena Quesada, 2017: 273 —en nota 9 se hacen abundantes referencias bibliográficas sobre el dialogo judicial).

II.2. EL REFORZAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS EEMM POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INTERPOSICIÓN DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR SUS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES CUYAS DECISIONES NO SEAN SUSCEPTIBLES DE ULTERIOR RECURSO JUDICIAL DE DERECHO INTERNO

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho de la UE constituye un poderoso instrumento para coadyuvar a la consecución del fin que se proclama en el Preámbulo del TFUE de «asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos Estados, eliminando las barreras que dividen Europa» en la medida en que permite reparar los daños causados por la realización de actos emanados de entidades públicas de los EEMM que no respeten las normas del Derecho de la Unión (Toledano Cantero, 2018: 657).

El TJUE mantiene, en este sentido, una consolidada jurisprudencia según la cual resulta inherente al sistema de los Tratados en los que se funda la Unión la garantía del principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la UE que le sean imputables. El principio de responsabilidad rige, además, en cualquier supuesto de violación del ordenamiento jurídico comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea la autoridad pública responsable de esta violación, como se dejó establecido en las sentencias, basilares en esta materia, en los asuntos *Francovich* y *Bonifaci*, de 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y C-9/90), *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, ambas de 5 de marzo de 1996 (C-46/93 y C-48/93), y *Leth*, de 14 de marzo de 2013 (C-420/11). Mangas Martín y Liñán Nogueras recuerdan que «incumbe, en consecuencia, a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho de la Unión, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento, incluso si éste se deriva de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia» (Mangas Martín, A./Liñán Nogueras, 2017: 454)¹³.

A partir del asunto *Francovich* en el que el Tribunal de Luxemburgo afirmaba que los particulares tienen derecho a reclamar de su Estado la reparación de los daños sufridos a causa de que la legislación nacional no hubiera incorporado correctamente al ordenamiento interno una directiva comunitaria (García de Enterría, 1998: 117-144)¹⁴, quedó inaugurada una nueva etapa en las

¹³ Mangas Martín y Liñán Nogueras tratan de modo general la responsabilidad de los EEMM por infracción del derecho europeo (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2017: 337-345).

¹⁴ En la doctrina más reciente una buena panorámica en Ordóñez Solís, 2014: 201-220.

relaciones entre el TJUE y los jueces nacionales: «a partir de ese momento, quedaba claro que, para obligar al Estado a reparar los daños, no era necesario una previa declaración de incumplimiento del Derecho comunitario y, por consiguiente, los órganos jurisdiccionales nacionales podían pronunciarse directamente sobre dicha responsabilidad, elevando —si fuese oportuno— una cuestión prejudicial ante el TJUE...» (Di Comité, 2014: 52)¹⁵. Por su parte, en las sentencias *Brasserie de Pêcheur* y *Factortame III* el TJUE estableció una importante analogía entre la responsabilidad de los EEMM y la propia responsabilidad extracontractual de la UE, cuando considera que, a falta de una justificación específica, la tutela de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico de la Unión no debía sufrir modificaciones en función de la categoría comunitaria o nacional del órgano causante del daño. Se reconocía, de esta manera, que el fundamento normativo de la responsabilidad de los EEMM reposa sobre el propio ordenamiento jurídico de la Unión y que era comparable con el principio de responsabilidad extracontractual de la Unión establecido en el propio Tratado. La competencia del TJUE para conocer de los litigios en materia de indemnización de daños viene establecida en el art. 340 TFUE cuando, en su párrafo segundo, afirma que «*en materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros*»¹⁶. Para la determinación de la exigencia de la responsabilidad del Estado se exige el cumplimiento de tres condiciones: primera, que la norma de derecho europeo comunitario violada otorgue derechos a los particulares; segundo, que esa violación esté suficientemente caracterizada y, en tercer lugar, que exista una relación de causalidad directa entre la violación y el daño producido (Di Comité, 2014: 53)¹⁷. En concreto, para que proceda esa misma responsabilidad en el supuesto de lesión imputable a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia se exigen los requisitos generales, esto es, que el daño alegado sea *efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas* (art. 292. 2 LOPJ). También deberá existir una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actuación del órgano judicial y el daño reclamado, precisándose, asimismo, que la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales

¹⁵ En el caso español, el art. 32, apdo. 7, de la Ley 40/2015 ha recogido los requisitos fijados en la jurisprudencia europea y, en concreto, sobre la responsabilidad «*por el funcionamiento de la Administración de Justicia*» remite al Título V (*De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*) de la LOPJ (arts. 292 a 296).

¹⁶ El art. 46 del Estatuto del TJUE (Protocolo núm. 3 anejo a los Tratados), por su parte, prevé un plazo de prescripción de esta acción de cinco años contados a partir de la adopción del acto que la motivó, que se interrumpe si el perjudicado presenta reclamación ante la institución autora del mismo o demanda ante el TJUE.

¹⁷ Guichot lleva a cabo un examen crítico de estos tres requisitos (Guichot, 2016: 40-101).

no presupone, por sí sola, derecho a indemnización (art. 292. 3 LOPJ), en similares términos a lo dispuesto por el art. 106 de la vigente LPAC respecto de la revisión de actos administrativos. Además, las resoluciones emanadas del TS sobre esta materia añaden la exigencia de que el posible error judicial en el caso de violación del Derecho UE debe ser «craso, patente, que o bien exceda los hechos del pleito, o aplique normas derogadas o inexistentes o interpretadas fuera de toda lógica o razón, error que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas irracionales o ilógicas» (Auto del TS, Sala 1.^a, de 19 de julio de 2017. Ponente: Vela Torres. Núm. de recurso: 8/2017). Para Cobreros Mendazona, en su análisis de la primera solicitud de responsabilidad patrimonial por incumplimiento judicial del Derecho de la UE, «lo que parece claro es que lo que el TS tiene que hacer, cuando se enfrente a una solicitud de declaración de error judicial originada en el principio comunitario de la responsabilidad del Estado por incumplimiento (judicial) del Derecho comunitario, en principio, es no verse condicionado por (o incluso “olvidarse” de, si se prefiere decirlo más radicalmente) su doctrina sobre el error judicial y aplicar estrictamente el criterio de la violación suficientemente caracterizada, tal y como lo entiende el Tribunal de Luxemburgo. Y, en caso de que tenga dudas, plantear la correspondiente cuestión prejudicial al respecto» (Cobreros Mendazona, 2009: 209-232).

Además de los supuestos referidos y en relación específica a la responsabilidad generada por los órganos jurisdiccionales de última instancia, se añadió en la STJUE, de 30 de septiembre de 2003, dictada en el asunto *Köbler* (C-224/01) una cuarta circunstancia generadora de esta responsabilidad consistente en el incumplimiento de la obligación de remisión prejudicial. El Tribunal de Luxemburgo afirmó en el mencionado asunto (González Alonso, 2004) que, en todo caso, se ha de tener en cuenta la «especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica»; por ello, la responsabilidad sólo puede exigirse en el caso de que el juez haya infringido de manera manifiesta el derecho aplicable y se encontrará suficientemente caracterizada cuando la resolución judicial se dicte «con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia». Como recuerda Di Comité, «la sentencia *Köbler* de 2003 constituyó la primera ocasión en que el TJUE afirmó que el Estado debía reparar los daños causados a los particulares por incumplimiento del Derecho de la Unión, incluso cuando el órgano responsable de la infracción era un órgano jurisdiccional...» (Di Comité, 2014: 51), con lo que se establecía un nuevo elemento en la definición del principio de responsabilidad de los EEMM (Martín Rodríguez, 2004: 209-232). De este modo, el TJUE recordó que el efectivo cumplimiento de las funciones comunitarias por los tribunales nacionales está garantizado por medios específicos de ejecución, principalmente, por el principio de responsabilidad extracontractual de los EEMM por incumplimiento del Derecho de la UE que se aplica, bajo determinadas condiciones, cuando el incumplimiento es

atribuible a órganos jurisdiccionales. El desarrollo de la doctrina del TJUE sobre la responsabilidad del Estado-Juez se ha ido consolidando posteriormente en las sentencias, de 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo* (C-173/03); de 24 de noviembre de 2011, *Comisión Europea c. República Italiana* (C-379/10); de 9 de septiembre de 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros c. Estado portugués* (C-160/14); y, en fin, de 6 de octubre de 2015, *Dragoș Constantin Târșia c. Statul român y Serviciul public comunitar regim permise de conducere si inmatriculare a autovehiculelor* (C-69/14) (Cámara Lapuente, 2017: 383-395).

La afirmación de la responsabilidad del Estado por las actuaciones de sus órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia reside en la personalidad jurídica única con la que aquel actúa. Además, con carácter esencial, en la consideración especial de la función que desempeñan los órganos jurisdiccionales nacionales en el Derecho de la Unión, con la consecuencia de que éstos están llamados a mantener un continuo diálogo con el TJUE, inspirado en el principio de cooperación leal. En relación a este segundo elemento, subraya Di Comité que la relevante función de los jueces nacionales en la aplicación del Derecho de la UE se debe a la especificidad de este ordenamiento jurídico, cuya realización efectiva pasa por su plena integración en el Derecho de los EEMM. En este sistema, los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia asumen una particular relevancia porque sus resoluciones son firmes y no pueden ser objeto de impugnación. Cuando estos órganos no plantean la cuestión prejudicial, aunque ello fuera necesario, se genera responsabilidad del Estado¹⁸.

La posible generación de responsabilidad puede, de alguna manera, alterar la relación entre los órganos jurisdiccionales internos. Así, el TJUE ha precisado que el Derecho de la UE se opone a que un juez nacional inferior se encuentre vinculado a una interpretación errónea formulada por un órgano jurisdiccional superior. Como afirma Di Comité, esta posición, que puede aparecer como una injerencia en los sistemas procesales nacionales, «en realidad confirma que, en los ámbitos de competencia de la UE, la primacía del Derecho de la Unión y la exigencia de cooperación entre jueces para asegurar su interpretación y aplicación uniformes, en situaciones excepcionales, requieren que importantes principios jurídicos nacionales pasen a un segundo plano con el objeto de asegurar la correcta aplicación del Derecho de la Unión» (Di Comité, 2014: 58).

¹⁸ Una piedra angular en la definición de los parámetros básicos que afectan a esta cuestión están representados por la doctrina del acto claro fijada en la Sentencia *Cilfit*. Vid. *supra* en este mismo estudio. Di Comité nos proporciona una referencia al debate doctrinal en Italia sobre las situaciones en las que la falta de remisión prejudicial puede generar responsabilidad (Di Comité, 2014: 57, nota 21).

La STJUE, de 28 de julio de 2016, dictada en el asunto *Tomášová* (C-168/15), recordando la reiterada jurisprudencia del TJUE —sentencia de 25 de noviembre de 2010, asunto *Fuß* (C-429/09), que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la UE que le son imputables resulta inherente al sistema de los Tratados en los que ésta se funda. Esta misma resolución reafirma, igualmente, que «este principio rige en cualquier supuesto de violación del Derecho de la Unión por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea la autoridad pública responsable de esta violación». Todavía en fechas más recientes, el TJUE en su Sentencia, de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros* (C-154/15, C-307/15 y C-308/15), relativa a las cláusulas suelo de las hipotecas en España, constata la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del TS, cuando hubiera sido procedente si se tiene en cuenta que, en el caso, la interpretación del Alto Tribunal español estaba en contradicción con el Derecho de la UE, tal y como había sido interpretado por el Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, para Cámara no cabe, en este caso, la exigencia de responsabilidad patrimonial al Estado español por infracción por el TS del Derecho de la UE. Así, el autor precitado entiende que a esta pregunta «... la respuesta debe ser negativa, porque éste no consumó una “violación del Derecho de la Unión suficientemente caracterizada” ni se produjo “desconocimiento manifiesto” de la jurisprudencia del TJUE, pues éste se pronuncia, por primera vez, en esta sentencia... sobre el alcance mínimo de la ineficacia de las cláusulas abusivas, interpretando novedosamente el “no vincularán” y además liga el control de transparencia (arts. 4.2 y 5) con la abusividad (arts. 3 y 6) de manera hasta la fecha elusiva...» (Cámara, 2017: 394). Este autor basa su argumentación en los razonamientos del TJUE en la sentencia *Köbler* aunque reconoce que, de cara a próximas sentencias del TS sobre la materia y constatando la presencia del resto de requisitos exigidos para la existencia de responsabilidad, «no podrá decirse lo mismo a partir del dictado de la STJUE, de 26 enero de 2017, en asunto *Banco Primus* (C-421/14)» (Cámara, 2017: 394). La inexistencia de jurisprudencia consolidada queda de manifiesto en las conclusiones del Abogado General (AG) Mengozzi, lo que ayuda al importante refuerzo argumental sobre la inexigibilidad de responsabilidad estatal por esta causa de Cámara cuando afirma el carácter «neutro» de los conceptos del art. 6.1, la ausencia de pronunciamiento anterior del TJUE y la, a su juicio, incompetencia del TJUE para pronunciarse sobre este precepto.

El TJUE, respecto del requisito de que esté suficientemente caracterizada la violación del Derecho de la Unión, en su sentencia *Tomášová* afirmó que «únicamente puede constituir una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, de la que pueda derivarse tal responsabilidad, cuando, mediante esa resolución, dicho órgano jurisdiccional [*que resuelve en última instancia*] ha infringido manifiestamente el Derecho aplicable, o en caso de

que esta violación se haya producido a pesar de existir una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia» (Cámara, 2017: 394).

En cualquier caso, el TJUE refuerza los mecanismos de exigencia de responsabilidad frente a los Estados por incumplimiento de sus obligaciones con la UE recordando que otra garantía del efectivo cumplimiento de las funciones comunitarias por los tribunales nacionales reside como vía alternativa en el procedimiento por incumplimiento que puede ser impulsado contra un EM cuando el incumplimiento ha sido cometido por una autoridad judicial (Luján López Dallara). Alonso ya había anticipado que, conforme a sus avisos, el TJUE no rechazaba el uso del recurso por incumplimiento cuando la actitud de los órganos jurisdiccionales nacionales sobrepasara «una naturaleza individualizada» (Alonso, 2003: 214-215). En este sentido, la STJUE (Sala Quinta), de 4 de octubre de 2018, en el asunto *Comisión Europea c. República Francesa* (C-416/17) y que ha sido calificada de histórica (Alonso, 2018b: 9 y Torres Rodríguez, 2019: 176-202) al representar la primera condena a un Estado por incumplimiento al no plantear su órgano jurisdiccional de última instancia la cuestión prejudicial cuando esta era exigible. En su fallo podemos leer: «Declarar que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, al haberse abstenido el *Conseil d'État* (Consejo de Estado, Francia) de plantear al TJUE una cuestión prejudicial con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a fin de que se determinara si resultaba procedente decidir no tener en cuenta, a efectos del cálculo de la devolución de las retenciones en la fuente de los rendimientos del capital mobiliario que una sociedad matriz ha practicado e ingresado en concepto de la distribución de dividendos abonados por una sociedad no residente por mediación de una filial asimismo no residente, la tributación a la que esta segunda sociedad estuvo sometida por los beneficios subyacentes a tales dividendos, incluso a pesar de que la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión que dicho órgano jurisdiccional nacional hizo en las sentencias de 10 de diciembre de 2012, *Rhodia...* y *Accor...* no se imponía con tal evidencia que no dejara lugar a duda razonable alguna».

La doctrina más avisada ya había señalado esta posibilidad y, ciertamente, el propio TJUE ya había amagado con ejercerla en sentencias anteriores. Así, en su STJUE, de 9 de diciembre de 2003, Asunto *Comisión c. Italia* (C-129/00. Ponente: Puissechet) declaró el incumplimiento del Estado italiano por el no planteamiento de una cuestión prejudicial, si bien de manera indirecta. En el § 25 de esta sentencia recuerda los principios de equivalencia y de efectividad: «Según reiterada jurisprudencia, mientras no existan normas comunitarias en materia de devolución de tributos nacionales percibidos indebidamente, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar los requisitos procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos

que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que, por una parte, dichos requisitos no sean menos favorables que los que deben reunir los recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni, por otra parte, resulte imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)...»; en el § 29 refiere la posibilidad de que el incumplimiento del Estado provenga de una decisión judicial: «En principio, cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 CE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente...»; y, en fin, en su § 32 sigue exigiendo cierto grado de contumacia o empecinamiento en la interpretación contraria al Derecho UE: «A este respecto, no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo. La situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por este».

En su sentencia, de 12 de noviembre de 2009, dictada en el asunto *Comisión c. España* (C-154/08), el TJUE ya constató que el TS había incumplido sus obligaciones comunitarias y anunció que esa actitud podría generar una condena por incumplimiento. Para Huelin, esta sentencia conocida como *Registadores de la propiedad* «representa la primera vez que el TJUE declara el incumplimiento de un Estado miembro porque su más alto órgano jurisdiccional hace caso omiso del ordenamiento jurídico comunitario, dejando inaplicado en un caso concreto, sin ni siquiera preguntarle a título prejudicial sobre el alcance que haya de darse a sus determinaciones» (Huelin, 2012: 1122). La novedad consiste en que «se declara el incumplimiento de España, pero la imputación lo es a la interpretación sostenida por un tribunal de justicia, nuestro Tribunal Supremo, que, en la disciplina del entonces art. 234 del Tratado CE, se encontraba obligado a dirigirse al Tribunal de Justicia si consideraba que para solventar el litigio debía interpretar el art. 4 de la Sexta Directiva» (Huelin, 2012: 1121).

II.3. EL PASO ADELANTE DADO POR LAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA Y PROCESAL ESPAÑOLA EN 2015 PARA GARANTIZAR LA PENETRACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO DEL DERECHO DE LA UE Y DE LA JURISPRUDENCIA DE LUXEMBURGO (Y DE ESTRASBURGO)

Como se ha señalado, para asegurar la aplicación efectiva y homogénea del Derecho de la UE y evitar cualquier interpretación divergente, los jueces nacionales pueden, y a veces deben, dirigirse al TJUE para solicitarle que precise una duda de validez o de interpretación del Derecho comunitario a fin de poder comprobar la conformidad de la normativa nacional con este ordenamiento. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) regulaba sólo de modo indirecto esta prejudicialidad del Derecho de la UE cuando en el apdo. 1.º de su art. 4 establecía que *«la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales»*. Como señala Morcillo Moreno, «tras la Constitución de 1978 y la adhesión de España en 1986 a la entonces Comunidad Económica Europea, la redacción del artículo 4 LJCA 1998 debía contener las necesarias adaptaciones jurídicas. Por ello, de las escasas innovaciones que el art. 4 LJCA 1998 introdujo, debe destacarse especialmente la incorporación de dos nuevas excepciones a la regla general de la no devolutividad de las cuestiones prejudiciales en el proceso contencioso-administrativo, a saber: las de carácter constitucional y las que pudieran derivarse de los dispuesto en Tratados internacionales» (Morcillo Moreno, 2007: 312)¹⁹.

Sólo en fechas muy recientes, el derecho interno español, en concreto sus leyes administrativas y procesales, han superado el llamativo silencio que mantenían en relación a las eventuales colisiones con el Derecho de la UE. Alonso había convenientemente denunciado esta carencia y, en concreto, este conspicuo autor llamaba la atención sobre que «... no se prevén expresamente supuestos de colisión normativa con el Derecho comunitario, como tampoco se prevén expresamente... situaciones de ilegalidad de la actividad administrativa concretamente vinculadas con la infracción del Derecho comunitario, pese a las distorsiones que ello puede provocar denunciadas tanto por el Consejo de Estado como por el TS» (Alonso, 2014a: 81).

¹⁹ Morcillo Moreno lleva a cabo un análisis detallado de la cuestión prejudicial comunitaria (2007: 327-345) y reflexiona sobre la naturaleza jurídica de la decisión de plantear la cuestión (2007: 227-262).

Se debe recordar que el derecho interno español sí había previsto mecanismos para exigir a las Administraciones Públicas las responsabilidades que se deriven del incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea. La normativa española aplicable en esta materia en la actualidad se encuentra, principalmente, en el RD 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la UE. Esta norma, aprobada en desarrollo de las previsiones de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, desarrolla el principio de responsabilidad tanto en su art. 8 como en su disposición adicional segunda que, específicamente, se refiere a la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la UE. Tiene, por tanto, por objeto regular el procedimiento y los criterios para la determinación y repercusión de esta responsabilidad, especificando su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, así como los mecanismos para hacerla efectiva.

Por una parte, las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la Ley 40/2015, del mismo día, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) han dado un paso más hacia la completa recepción en nuestra legislación administrativa del Derecho de la UE del que contienen abundantes referencias. Algunas no son realmente novedosas por encontrarse ya recogidas en la anterior y derogada Ley 30/1992, de 27 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Así, la previsión de plazos más amplios para resolver los procedimientos porque *«así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea»* (art. 21 LPAC) o que el plazo para resolver se suspenda *«cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de la Unión Europea»* (art. 22, letra b, LPAC) o, en el mismo artículo, *«cuando exista un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea...»* (art. 22, letra c, LPAC); así como la previsión de que la producción del silencio administrativo positivo pueda tener una excepción, entre otros supuestos, cuando una norma de Derecho UE establezca lo contrario (art. 24, apdo. 1.º LPAC) o, en fin, la previsión de posibles formas diferente de cómputo de plazos cuando así lo disponga una norma de Derecho de la UE (art. 30 LPAC) no representan verdaderas novedades de nuestra legislación administrativa al tratarse, simplemente, del cambio en la utilización de la antigua fórmula *«derecho comunitario»* por la más adecuada en la actualidad de *«Derecho de la Unión Europea»*.

Otros elementos sí suponen una verdadera innovación: la previsión de plazos de entrada en vigor diferentes a los previstos como regla general en el apdo. 1.º del art. 23 LRJSP *«... cuando el cumplimiento del plazo de transposición de directivas europeas...»* u otras razones justificadas así lo aconsejen. También, la previsión de que las Memorias de Análisis de Impacto Normativo

deberán contener, entre otros elementos, un apartado referido al contenido y análisis jurídico del Derecho «*de la Unión Europea*» (art. 26, apdo. 3.º, letra b), LRJSP) así como que, en el Impacto económico y presupuestario, deberá incluirse un test PYME «*de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea*» (art. 26, apdo. 3.º, letra d), LRJSP). Por último, el Ministerio de la Presidencia analizará la congruencia de la iniciativa con el resto del ordenamiento jurídico «*nacional y de la Unión Europea*» (art. 26, apdo. 9.º, letra b), LRJSP). La previsión de tramitación urgente de iniciativas normativas en el ámbito de la AGE «*cuando fuere necesario para que la norma entre en vigor en el plazo exigido para la transposición de directivas comunitarias o el establecido en otras leyes o normas de la Unión Europea*» (art. 27, apdo. 1.º, letra a) LRJSP). Por último, la previsión de que deben ser tenidas en cuenta las sanciones que hubiera podido imponer un «*órgano de la Unión Europea*» a efectos de graduar la sanción, «*siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento*». Una última novedad prevista, en este caso en la LPAC —conforme a la tortuosa sistemática que siguen en algunas materias estas Leyes— se incluye en su art. 129 que regula precisamente los llamados «*principios de buena regulación*». En su apdo. 4 se establece que «*a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas*».

Por lo que hace a la legislación procesal, la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) ha añadido, como se sabe, un art. 4 bis, según el cual «*los jueces y tribunales aplicarán el derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*». Por su parte, en su apartado 2 se señala que: «*Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes*» (apdo. 1.º). Como afirma Molina Navarrete, pese a su reducida novedad respecto de la situación jurídica precedente, este nuevo precepto porta un «*germen más transformador de nuestro sistema jurídico de lo que se pudiera creer inicialmente*» (Molina Navarrete, 2017: 4/17). En este sentido, en el plano de la teoría de la interpretación en el actual mundo del Derecho multinivel, este principio de interpretación conforme *comunitate*: «*va más allá del sentido tradicional del mero criterio hermenéutico, incluso del principio de conformidad constitucional ex art. 9. 1 CE... para fundamentar positivamente el papel de cada juez individualmente considerado como protagonista principal —aunque no solitario— del desarrollo jurisdiccional del Derecho. Un desarrollo incluso contra la jurisprudencia “suprema” (ordinaria y constitucional), y dejando directamente inaplicadas, en ciertos casos, las*

Leyes opuestas al Derecho de la UE y a esa interpretación *pro comunitate*» (Molina Navarrete, 2017: 3/17).

El principio de interpretación conforme al Derecho de la UE urge a cada juez a poner en práctica, incluso en contra de su TS y de su TC, «un diverso modelo de control de la validez y de la eficacia de las Leyes nacionales, basado no en la unilateralidad ni en la exclusividad (modelo de control concentrado) sino en el diálogo —a veces conflictivo— entre todos los niveles (modelo de control difuso), hasta permitirles —a todos, no sólo al TC— la inaplicación de las leyes disconformes» (Molina Navarrete, 2017: 3/17). Este precepto resulta especialmente importante, como subraya Martín Rebollo, por la clara intención de insistir en la vinculación de los jueces y tribunales españoles al Derecho UE y a la interpretación que de él hace su Tribunal de Justicia (Martín Rebollo, 2016: 189 y ss.). El apdo. VI de la E. de M. de la LO 7/2015 señala, en relación a estas novedades, que «... *resulta conveniente mencionar en la Ley la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En paralelo, y como corolario del sistema, se determina la forma en la que en nuestro ordenamiento ha de plantearse procesalmente el principal cauce de diálogo entre el Juez español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la cuestión prejudicial. Con ello, se profundiza en la búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos*».

El derecho europeo y la jurisprudencia que lo interpreta en última instancia adquieren así una presencia expresa y solemne que tiene su complemento en la apertura del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo a los supuestos de violación o desconocimiento del Derecho de la UE que lleva a cabo igualmente la mencionada LO 7/2015 en su disposición adicional tercera²⁰. Para Arroyo, la reforma de la casación parece indicar que el legislador también ha querido mejorar la capacidad de ese recurso procesal para depurar los vicios relativos a la aplicación del Derecho de la UE por parte de los órganos jurisdiccionales (Arroyo, 2016: 115). En este sentido, la nueva redacción dada al art. 88 LJCA establece que el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando la Sala del TS estime que el recurso presenta «*interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*», lo que, en la interpretación de Martín Rebollo, puede considerarse que existe cuando, entre otras circunstancias y lo que resulta relevante a los efectos del presente estudio, la resolución impugnada «*interprete y aplique el derecho de la Unión Europea*

²⁰ Podemos destacar en la doctrina los estudios de Santamaría Pastor (2015: 11), Fuente-taja Pastor (2017), López Ramón, F. y Villar Rojas, F. (2017), Córdoba Castroverde, Fernández-Fontecha Torres, Arroyo y Rodríguez Florido (2018). Aún anterior a la reforma de 2015, se destaca la monografía de Bouazza Ariño (2013).

en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aún pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial».

El nuevo recurso de casación otorga mayores poderes de decisión al TS por cuanto a él le corresponde decidir la concurrencia del motivo de admisibilidad. Ahora bien, dicho juicio no es absolutamente discrecional²¹. Por su parte, el apdo. 2 del art. 88 se refiere al potencial interés casacional que pueden tener dos circunstancias adicionales relacionadas con el Derecho EU. De acuerdo con el precepto citado, el interés casacional se puede dar cuando la resolución impugnada *«fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo, contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido»* (apdo. a) o *«siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales»* (apdo. b). Por último, el art. 93, apdo. 1.º, precisa el contenido de la sentencia del recurso de casación que deberá fijar *«la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea»*, en clara remisión, como con acierto precisa Martín Rebollo, a la jurisprudencia del TJUE. La reforma del recurso de casación llevada a cabo en la LO 7/2015 incide de esta manera en las relaciones entre el derecho interno y el Derecho de la UE y, en consecuencia, afecta al modo en que se produce el diálogo entre los respectivos tribunales. En primer lugar, por atañer a la importante cuestión de qué tribunales pueden y cuáles deben plantear la cuestión prejudicial. Como afirma Martín Rebollo, *«importa recordar a este respecto —aunque es cuestión ya pacífica— que los tribunales que deben plantear la cuestión prejudicial no son solamente los que, desde un punto de vista institucional y jerárquico, culminan la organización judicial sino, más sencillamente, los que, en el caso concreto considerado, deciden “en última instancia”»* (Martín Rebollo, 2016: 190).

Por otra parte, la Ley de reforma generaliza ahora el recurso de casación frente a casi todas las Sentencias de los TSJ (art. 86.1 y 2 LJCA)²², aunque somete la admisión efectiva del recurso a tal cúmulo de requisitos que en la práctica serán previsiblemente muy pocos los casos de los que finalmente

²¹ *Vid.* el sistema de doble lista que establecen los apdos. 2.º y 3.º del art. 88 LJCA y la menor o mayor relación que puedan tener esas causas con el Derecho de la UE (Arroyo, 2016: 116).

²² En efecto, también la nueva redacción del art. 86 LJCA, cuando regula en su apdo. 3.º, la posibilidad de que las sentencias dictadas por las Salas de los TSJ sean recurridas en casación alude al derecho comunitario: *«3. Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora».*

conozca el TS. La teórica generalización afecta a la *identificación del órgano jurisdiccional* que no sólo puede, sino que debe, en su caso, plantear la cuestión prejudicial si duda de la adecuación de una norma interna con el derecho de la UE²³. Si las Sentencias de los TSJ son todas o casi todas ellas, como recuerda Martín Rebollo, *teóricamente* susceptibles de casación, el TS se convierte en el órgano jurisdiccional último a efectos del art. 267 TFUE y no ya el TSJ. Por tanto, será él el órgano que debe, en su caso, plantear la cuestión despojándose así a las Salas de los TSJ de dicha obligación. Este refuerzo del papel del TS como último interlocutor ante el TJUE parece, desde luego, una pulsión implícita de las reformas operadas (Martín Rebollo, 2016: 190).

Por último, en este breve repaso de las innovaciones incorporadas por la reforma procesal de 2015 que inciden en la posición de los jueces nacionales como jueces europeos, debe dejarse consignado aquí que el legislador solo introduce la posibilidad de interposición de un recurso de revisión ante el TS contra una resolución judicial firme *«cuando el TEDH haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión»* (art. 5 bis LOPJ). Por su parte, el art. 954.3 LEcrim, reformado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, dispone en su párrafo segundo que: *«En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal»*. Algún sector doctrinal (Alegre Ávila, 2018) se ha planteado, en atención a la jurisprudencia del TJUE que claramente revierte interpretaciones jurisprudenciales del TS, si no cabría extender a esas situaciones la posibilidad de interposición del recurso de revisión, tanto más cuando esa resolución de Luxemburgo correctora de interpretaciones nacionales puede haber recaído en materia de derechos garantizados por la CDFUE. La reciente STJUE, de 24 de octubre de 2018, asunto *X.C. e.a.* (C-234/17), descarta la aplicación extensiva de dicha posibilidad al Derecho de la UE. Como refiere Alonso, «... los motivos aducidos por el Tribunal de Justicia para concluir con la referida negativa ... giraron, en esencia, en torno al eje de la distinta naturaleza jurídica de la protección dispensada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea si comparada con la del Convenio Europeo

²³ Concellón estudia el concepto de órgano jurisdiccional a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial en la práctica española (2018: 39-67); en especial, la aportación española al desarrollo del concepto de órgano jurisdiccional en la jurisprudencia del TJUE (2018: 46-60).

de Derechos Humanos, a resultas de la cual dicha protección, en el caso de la Carta, podría considerarse como suficiente sin necesidad de recurrir al plus de una remoción de la fuerza de cosa juzgada» (Alonso, 2018a: 10).

II.4. LA CLÁUSULA DE CIERRE DEL SISTEMA: LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR Y LA POSIBLE INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DEL DERECHO DE LA UE

El supuesto más paradigmático de apertura a la recepción del Derecho de la UE —y, como se tendrá ocasión de comprobar, problemático en su actual configuración— se produce con ocasión de la nueva regulación de la responsabilidad del Estado legislador *«cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5»* [art. 32, apdo. 3.º, letra b) LRJSP]. Por su parte, el apdo. 5 de ese mismo art. 32, establece que: *«Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes: a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado; c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares»*²⁴.

²⁴ En relación a la indemnización, el art. 34 LRJSP señala en el párrafo segundo de su apdo. 1.º que *«en los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa»*.

El plazo de prescripción, conforme al apdo. 1.º del art. 67 LPAC, párrafo tercero, se regula de la siguiente manera: *«en los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” o en el “Diario Oficial de la Unión Europea”, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea»*.

Por su parte, la disposición transitoria 5.ª LPAC («Procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea») establece que *«los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea iniciados con anterioridad a la entrada en*

Precisamente, las principales aportaciones de las nuevas leyes procedimentales administrativas de 2015 residen en sede de responsabilidad del legislador, en concreto, por lo que afecta al objeto del presente estudio, en aquellos supuestos que tienen su origen en la declaración de una norma contraria al Derecho de la UE, supuesto que comprende tanto la falta de transposición de una Directiva como su incorrecta transposición. El legislador trató así de incorporar al texto de la Ley los criterios jurisprudenciales que habían venido caracterizando esta institución en la jurisprudencia del TJUE, ya desde su seminal sentencia, de 19 de noviembre de 1991, en el asunto *Francovich*. Ahora bien, la LRJSP ha considerado necesario emplear un diferente tono a la hora de regular los requisitos necesarios para la producción de responsabilidad en los casos de declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango o valor de ley y en aquellos otros de declaración de disconformidad de una norma nacional con el Derecho de la UE. En efecto, se prevén requisitos adicionales en este segundo caso —en especial, especialmente problemática nos parece la exigencia de que el incumplimiento haya de estar «suficientemente caracterizado» ex art. 32, apdo. 5, letra b)— lo que obliga a plantear su falta de compatibilidad con los principios de equivalencia y de efectividad. Como nos recuerda Alonso, «junto con los principios de primacía y eficacia directa, el Tribunal de Justicia ha ido elaborando a golpe de sentencia otros dos principios que inciden, como aquéllos, de manera decisiva en el quehacer de los poderes judiciales nacionales. Me refiero a los principios de equivalencia y efectividad proclamados en los asuntos *Rewe* y *Comet* (1976), en los que el Tribunal de Justicia, en un contexto de insuficiencia normativa en el escalón europeo, remitió a los ordenamientos jurídicos nacionales la designación de los órganos competentes y las modalidades procesales pertinentes a los efectos de garantizar la plena salvaguardia de los derechos derivados del ordenamiento jurídico comunitario; pero lejos de remitir en blanco, el Tribunal, sobre la base del principio de cooperación leal (art. 4. 3 TUE), declaró que las reglas nacionales no podían ser más desfavorables para el beneficiario de tales derechos que las aplicables en un contexto puramente interno, esto es, al margen del Derecho de la Unión (principio de equivalencia), y tampoco podrían hacer imposible o excesivamente difícil en la práctica su ejercicio (principio de efectividad)» (Alonso, 2018a: 5).

En efecto, como se sabe, el TJUE obliga a los ordenamientos jurídicos nacionales, y por tanto también a los órganos jurisdiccionales internos a la hora de interpretar y aplicar el Derecho de la UE, a aplicar en virtud de este principio de equivalencia los mismos requisitos a las reclamaciones de responsabilidad del Estado derivadas de infracciones del Derecho de la UE que a las reclamaciones basadas en la inconstitucionalidad de la Ley que amparó los

vigor de esta Ley, se resolverán de acuerdo con la normativa vigente en el momento de su iniciación».

actos administrativos causantes del daño indemnizable. El TJUE en su sentencia (Gran Sala), de 26 de enero de 2010, en el asunto *Transportes Urbanos y Servicios Generales* (C-118/08. Ponente: Tizzano) ya declaró, en relación a la diferenciada exigencia del agotamiento de los recursos internos, que: «el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada con arreglo al artículo 226 CE [actual art. 258 TFUE] sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente».

De este modo, el principio de equivalencia exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la UE y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno. Pues bien, habida cuenta de su objeto y de sus elementos esenciales, las dos reclamaciones de responsabilidad patrimonial de que se trata pueden considerarse similares, en la medida en que, por un lado, tienen exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado, y, por otro, la única diferencia existente entre las dos reclamaciones en cuestión consiste en que las infracciones jurídicas en las que se basan han sido declaradas, en un caso, por el Tribunal de Justicia mediante una sentencia dictada con arreglo al actual art. 258 TFUE —recurso por incumplimiento— y, en otro, por una sentencia del Tribunal nacional competente. Ahora bien, esta única circunstancia, a falta de otros elementos que permitan declarar la existencia de otras diferencias entre dichas reclamaciones, no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia. Por tanto, el principio de equivalencia se opone a la aplicación de tal regla.

En el caso español, el TS consideró, en los supuestos en que la responsabilidad se fundamenta en la infracción del Derecho de la UE, que el aquietamiento del particular en relación con los actos de aplicación de una norma declarada posteriormente contraria a derecho comunitario, le impedía el ejercicio posterior de una acción de responsabilidad patrimonial (SSTS, de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005). El TJUE se pronunció en su referida Sentencia *Transportes Urbanos* de 2010, en la que resuelve una cuestión prejudicial planteada, mediante Auto de 1 de febrero de 2008, por nuestro TS. En ella, el TJUE consideró que resulta contrario al Derecho de la UE que sólo pueda estimarse la responsabilidad patrimonial de un Estado miembro derivada de actos de aplicación de una norma interna contraria al Derecho de la Unión

y así declarada por el TJUE sólo si el demandante ha agotado todas las vías de recurso internas frente a dicho acto. Esta interpretación de Luxemburgo obligó al TS a rectificar su doctrina en su STS, de 17 de septiembre de 2010²⁵.

Conforme a estos antecedentes, se puede afirmar que *prima facie* la solución dada por la nueva LRJSP de 2015 resulta contraria al Derecho de la UE, que ya había sido recepcionado en los términos referidos por nuestro TS, al venir a imponer de nuevo el agotamiento de todas las vías de impugnación existentes. Este empeoramiento de las condiciones para el ejercicio de la acción de responsabilidad frente al Estado legislador por aplicación de normas contrarias al Derecho de la UE fue puesto de manifiesto en el voto particular de Huelin Martínez de Velasco, al que se adhirieron otros dos Magistrados, a la Sentencia 2446/2016, Sala 3.ª, de 16 de noviembre de 2016 (Ponente: Montero Fernández. Núm. de recurso: 1590/2015) en el sentido de que no debió omitirse el planteamiento de la cuestión prejudicial: «La cláusula de cierre del sistema que procura una “*adecuada y suficiente devolución*” del ingreso indebido se encuentra hoy regulada en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de RJSP, cuyo art. 32, tras establecer el principio general de responsabilidad del Estado legislador por aplicación de una norma contraria al Derecho de la UE (apdo. 3. b), dispone que quien ha sufrido la lesión tendrá derecho a reparación si ha “*obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada*” (apdo. 5.º)... En esta tesitura resultaba, no sólo pertinente, sino obligado (recuérdese que este TS resuelve en última instancia y que la sentencia de la que me separo aplica por primera vez a la devolución de ingresos en aplicación de tributos contrarios al Derecho de la UE la doctrina que fija el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción en la fecha en que se practicó el pago) dirigirse al TJUE para preguntarle si el principio de efectividad consiente un criterio jurisprudencial sobre la fijación del día inicial del cómputo del plazo de prescripción para obtener la devolución de ingresos tributarios contrarios al ordenamiento jurídico de la UE que se justifica en la existencia, como cláusula de cierre del sistema, de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador diseñada de modo que ofrece una adecuada y suficiente reparación, siendo así que ese diseño ha cambiado, dejando de dispensar esa “*adecuada y suficiente reparación*”».

Como anuncia Alonso, «quien desde luego no parece tener dudas al respecto es la Comisión Europea, que en junio de 2017 decidió remitir a las autoridades españolas una carta de emplazamiento exponiendo que la Ley 40/2015 podría, en lo atinente a su régimen de responsabilidad patrimonial, resultar contraria al principio de efectividad; carta a la que seguiría un dictamen moti-

²⁵ El cambio jurisprudencial que supone la STS, de 17 de septiembre de 2010 en Tornos Mas (2012: 2365-2378).

vado en enero de 2018, en el que la Comisión reiteró sus objeciones, que también alcanzarían, desde la perspectiva del principio de equivalencia, a la exigencia sustantiva de la especial cualificación de la infracción que estaría en el origen del perjuicio como “suficientemente caracterizada”, exigida por la Ley 40/2015 para las acciones de responsabilidad por leyes anti-europeas, pero no por leyes inconstitucionales» (Alonso, 2018a: 7). El consiguiente recurso por incumplimiento contra España se encuentra, en el momento final de redactar estas líneas, pendiente del fallo del Tribunal de Luxemburgo.

III. CONSIDERACIÓN FINAL: EL NECESARIO REFORZAMIENTO DEL PAPEL DE LOS JUECES NACIONALES COMO GARANTES DE LA SUBSISTENCIA DEL PROYECTO EUROPEO

La búsqueda del equilibrio en la interpretación y aplicación de las múltiples interconexiones entre el Derecho de la UE y el ordenamiento jurídico interno supone un reto que afrontan día a día los jueces nacionales que recurren, cada vez con mayor frecuencia, a la utilización de argumentos jurídicos extraídos del Derecho comunitario en la resolución de los asuntos que tienen encomendados. Esta realidad determina, como consecuencia natural, un considerable aumento del número de cuestiones prejudiciales que plantean los jueces españoles ante el TJUE. Especialmente sensible a esta evolución, la incidencia del Derecho de la UE se hace especialmente visible en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo donde, con clara mayor frecuencia que en los otros órdenes jurisdiccionales, se utiliza como parámetro de control de la actividad administrativa el Derecho de la UE, especialmente y con habitualidad, las numerosas y complejas Directivas. Si se analizan los datos estadísticos desde 1986, el TS español ha planteado —hasta diciembre de 2017— 78 cuestiones prejudiciales, de las cuales 67 (casi un 86%) proceden de la Sala 3.^a. La Sala 1.^a (civil) ha presentado 8 —«con protagonismo de las cláusulas abusivas» (Alonso, 2018a: 4). Este mismo autor constata que, a lo largo de 2018 y hasta el mes de noviembre, la Sala Primera había ya presentado 4 cuestiones (Alonso, 2018a: 4, nota 9). La Sala 4.^a (social), el resto. Ninguna, la Sala 2.^a de lo penal. Queda por tanto pendiente de ulteriores investigaciones el modo en que se han resuelto las eventuales dudas de compatibilidad con el Derecho de la UE cuando se trata de aplicar normas penales en blanco, es decir, que se remiten para la definición de la conducta típica a la legislación administrativa, en muchas ocasiones, como se sabe, de origen europeo²⁶.

²⁶ *Vid.* un resumen de las actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal General de la Unión Europea en Tribunal de Justicia de la Unión europea (2018), *Informe Anual 2017—Actividad Judicial*, Luxemburgo (accesible en <<https://curia.europa.eu/>>. Último acceso: 30/12/2018).

Teniendo en cuenta esta realidad, se puede afirmar sin temor a exageración que el papel de los jueces, dotados de las mayores garantías de independencia, resulta más que nunca esencial para preservar en Europa un sistema político basado en el respeto a los derechos fundamentales y que exige controles y equilibrios efectivos entre sus diferentes poderes para la salvaguarda del Estado de Derecho. En este escenario, nada hipotético por desgracia, el reto de los jueces nacionales como jueces del Derecho europeo queda reforzado de una manera verdaderamente extraordinaria.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Agudo González, J. (2018), *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Civitas/Thomson, Cizur Menor.
- Alfás Cantón, M. (2018), «El planteamiento de la cuestión prejudicial por los órganos económico-administrativos municipales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 47.
- Alonso García, R. (2003), *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2014a), *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 4.^a ed., Civitas, Madrid.
- (2014b), *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid.
- (2018a), «La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el proceso contencioso-administrativo español», conferencia impartida en el marco de las Jornadas «Balance y perspectivas de la LJCA en su XX aniversario», organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y celebradas en la Universidad de Barcelona los días 15 y 16 de noviembre de 2018.
- (2018b), «Un otoño prejudicial francés para la historia», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 68.
- Álvarez Carreño, S. M. (1999), *El derecho de petición en los ordenamientos italiano, alemán, comunitario, estadounidense y español*, Comares, Granada, 1999.
- Arroyo Jiménez, L. (2016), *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución española*, Marcial Pons, Madrid.
- Arroyo, A. y Rodríguez Florido, I. (2018), «El nuevo recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa contra las sentencias de los juzgados unipersonales: una visión práctica tras más de un año desde su entrada en vigor», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1 (<<http://www.tornosabogados.com>>).
- Arzoz Santisteban, X. (2015), *La tutela de los derechos fundamentales de la UE por el TC*, INAP, Madrid.
- Bouazza Ariño, O. (2013), *El recurso de casación contencioso-administrativo común*, Thomson/Civitas, Cizur Menor.

- Bustos Gisbert, R. (2012), «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 32.
- Cámara Lapuente, S. (2017), «Un examen crítico de la STJUE, de 21 diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1.
- Cobrerros Mendazona, E. (2009), «El marco del ordenamiento español para el ejercicio de la acción de responsabilidad por el incumplimiento judicial del derecho comunitario: a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 84.
- Concellón Fernández, P. (2018), *Dialogando con Luxemburgo: los órganos jurisdiccionales españoles y la cuestión prejudicial (1986-2017)*, Tesis Doctoral, Universidad de Oviedo.
- Córdoba Castroverde, D., «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo» (<<http://www.elderecho.com>>).
- Di Comitè, V. (2014), «El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debida a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el derecho italiano», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 47.
- Faggiani, V. (2015), *La justicia penal en la Unión Europea. Hacia la armonización de los derechos procesales*, Universidad de Granada.
- Fernández Farreres, G. (2017), «Inaplicación judicial de la Ley por razón de la primacía del Derecho de la Unión Europea y derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional», en Laguna de Paz, J. C., Sanz Rubiales, I., De los Mozos y Touya, I. M. (coords.), *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, T. I, Reus, Madrid.
- Fernández Segado, F. (2005), «El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello», *Cuestiones constitucionales — Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 13.
- Fernández-Fontecha Torres, M., «La destrucción del recurso de casación y de amparo» (<<http://www.elderecho.com>>).
- Fuentetaja Pastor, J. (2017), «Invalidez y revisión de los actos administrativos contrarios al derecho europeo», *Ponencia en el XII Congreso de la AEPDA*, La Laguna.
- García de Enterría, E. (1998), «El fin del caso *Factortame*. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido», *Revista de Administración Pública*, núm. 145.
- García Ureta, A. M. y Lazkano Brotóns, I. (2013), «Reflexiones jurídicas sobre la gestión multinivel de los lugares de la Red Natura 2000», *Ambiente y Derecho*, núm. 11.
- Gimeno Feliu, J. M. (2013), «Los Tribunales Administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 47.

- González Alonso, L. N. (2004), «La Responsabilidad Patrimonial de los Estados Miembros por infracciones del Derecho Comunitario imputables a sus órganos jurisdiccionales. A propósito de la sentencia del TJCE, de 30 de septiembre de 2003, *Köbler* (C-224/01)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 3.
- Guichot, E. (2016), «La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 60.
- Huelin Martínez de Velasco, J. (2012), «El diálogo entre jurisdicciones», en Díez-Hochleitner, J., Martínez Capdevila, C., Blázquez Navarro, I. y Frutos Miranda, J., *Últimas tendencias en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, La Ley, Madrid.
- Jimena Quesada, L. (2017), «La cuestión prejudicial ante planteamientos más que dudosos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39.
- Lasagabaster Herrarte, I. (2018), *El principio de primacía en la Constitución de 1978*, Marcial Pons, Madrid.
- Liakopoulos, D. (2018), «The Influence of EU National Civil Procedural Law: Towards the Adoption of Common Minimum Standards?», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 46.
- López Ramón, F. (coord.) (2016), *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, Madrid, 2016.
- López Ramón, F. y Villar Rojas, F. (2017), «Actos que aplican leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea: reflexiones sobre una sentencia del TS», *Comunicación al XII Congreso de la AEPDA*, La Laguna.
- Luján López Dallara, M., «Recurso por incumplimiento y responsabilidad de los Estados miembros por actos de sus órganos judiciales en violación de la obligación impuesta por el artículo 234.3 TCE» (<<http://noticias.juridicas.com/>>).
- Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D. J. (2017), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9.^a edic., Tecnos.
- Martín Rebollo, L. (2016), «Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control», *Revista de Administración Pública*, núm. 200.
- Martín Rodríguez, P. (2004), «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 19.
- Martín Rodríguez, P. (2013), «Crónica de una muerte anunciada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni*, C-399711», *Revista General de Derecho europeo*, núm. 30.
- Molina Navarrete, C. (2017), «La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de “última palabra”?»: Experiencias de tutela del contratante débil», *Diario La Ley*, n.º 9008, Sección Doctrina, 26 de junio.

- Morcillo Moreno, J. (2007), *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo: las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, La Ley, Madrid.
- Morcillo Moreno, J. (2011), «El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿Facultad o deber?», *Revista de Administración Pública*, núm. 185.
- Muñoz Machado, S. (2015), «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50.
- Nieto, A. (2003), «Globalización y Administración Pública», en AA.VV., *La globalización más allá de la empresa*, Universitat Jaume I, Castellón.
- Nuñez Lozano, M. C. (2017), «La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los actos nacionales», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid.
- Olaya Godoy, M. (2016), «Sistemas de garantías de los derechos fundamentales y protección multinivel en Europa», *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6.
- Ordóñez Solís, D. (2014), «La impronta de las sentencias *Francovich*, *Bosman*, *Kadi* y *Factortame* en la jurisprudencia de la Unión Europea (1988-2013)», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 50.
- Parejo Alfonso, L. (2018), «Algunas reflexiones sobre las novedades del Recurso de Casación en el orden jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo», en *La jurisdicción contenciosa-administrativa, 20 años después de la Ley 29/1998 — Jornada conmemorativa del n.º 100 de la Revista andaluza de Administración Pública*, Instituto Andaluz de Administración Pública (Sevilla).
- Roca Trías, E. /García Couso, S. (2017), «¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39.
- Ruiz-Jarabo Colomer, D. (1993), *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid.
- Santamaría Pastor, J. A. (2015) «Una primera aproximación al nuevo sistema casacional», *Revista de Administración Pública*, núm. 198, 2015.
- Sarmiento, D. (2004), *Poder Judicial e Integración Europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Thomson/Civitas, Madrid.
- (2007), «Los *free-lance* del Derecho comunitario: la desfiguración de la doctrina *Cilfit*», en Huelin Martínez de Velasco, J. y Zamora Zaragoza, F. J. (dir.), *La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

—(2013) «Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *Common Market Law Review*, núm. 5.

—*Despite our Differences* (<<https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/>>).

Toledano Cantero, R. (2018), «La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea por los tribunales nacionales. Estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y aproximación a las novedades introducidas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público», *Administración de Andalucía-Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 100, número monográfico conmemorativo «Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: balance y perspectivas».

Tornos Mas, J. (2012), «La responsabilidad del Estado legislador por vulneración del derecho comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010», en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (coord.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial (Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández)*, vol. I, Civitas/Thomson, Cizur Menor, 2012.

Torres Rodríguez, O. E. (2019), «Comentario a la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, Comisión/Francia. La interpretación del Derecho de la Unión Europea por los órganos jurisdiccionales nacionales y el incumplimiento de la obligación de reenvío prejudicial», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 47.

COMUNICACIONES

JURISDICCIÓN, ALGORITMOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

*Agustí Cerrillo Martínez
Clara I. Velasco Rico*

SUMARIO: 1. La inteligencia artificial como motor de transformación de las instituciones públicas. 2. ¿Cómo abordar la regulación del impacto de la inteligencia artificial en el ámbito de la justicia?. 3. Proyectos sobre el uso de algoritmos e inteligencia artificial en el proceso judicial y en la resolución de conflictos. 4. El impacto de la inteligencia artificial y el uso de algoritmos en la jurisdicción contencioso-administrativa. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

RESUMEN: La utilización de algoritmos e inteligencia artificial se está extendiendo en el ámbito judicial, sobre todo en Estados Unidos y, más lentamente, entre los países europeos, para la realización de múltiples labores (recopilación y análisis de normativa, jurisprudencia y precedentes, sistemas *on-line* de resolución de conflictos, sistemas predictivos o herramientas de ayuda a la redacción de documentos legales, *bots* conversacionales de ayuda a las partes, etc.), aunque su uso no está exento de riesgos y desafíos. Sin embargo, es preciso afrontarlos y regular el uso de estas tecnologías, siquiera con carácter auxiliar, para adaptar la jurisdicción contenciosa al estadio de desarrollo tecnológico en que nos encontramos, en beneficio de la justicia y por ende de todos los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: jurisdicción, inteligencia artificial, algoritmos, modernización, TIC.

SUMMARY: The use of algorithms and artificial intelligence is spreading in the judicial field, especially in the United States and, more slowly, among European countries, for the accomplishment of multiple tasks (compilation and analysis of regulations, jurisprudence and precedents, on-line systems of dispute resolution,

predictive systems or tools to help the drafting of legal documents, conversational bots to help the parties, etc.), although its use is not free of risks and challenges. However, it is necessary to confront them and regulate the use of these technologies, even as auxiliary tools, to adapt our jurisdiction to the current stage of technological development, for the benefit of justice and therefore of all citizens.

KEYWORDS: jurisdiction, artificial intelligence, algorithms, modernization, ICT.

1. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO MOTOR DE TRANSFORMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

La inteligencia artificial es una de las cinco tecnologías que está llamada a transformar nuestra sociedad y será impulsora del crecimiento económico y el progreso social en las próximas décadas¹. Por ello, se ha reconocido como la base de la cuarta revolución industrial².

Bajo la expresión inteligencia artificial se aglutinan distintas tecnologías que pueden ser utilizadas por las instituciones públicas para aplicaciones tan diversas como la traducción automática, la realización de resúmenes o el análisis de sentimientos de textos a través del procesamiento del lenguaje natural; el reconocimiento de objetos presentes en fotografías o vídeos mediante la visión computerizada o la realización de tareas de manera autónoma a partir de la percepción, el análisis del entorno y la toma de decisiones automatizadas por parte de robots.

Todas estas aplicaciones se basan en la capacidad de los ordenadores de realizar acciones que serían consideradas como inteligentes si fueran desarrolladas por personas³. En efecto, la inteligencia artificial persigue emular las facultades intelectuales humanas en máquinas para que estas puedan realizar tareas propias de los seres humanos. Sin embargo, no podemos desconocer que, hoy en día, la inteligencia artificial únicamente consigue realizar tareas espe-

¹ United States Government Accountability Office (2018: 26); Executive Office of the President National Science & Technology Council Committee on Technology (2016: 3).

² C. Holder, V. Khurana, F. Harrison y L. Jacobs (2016: 383); C. Salkin, S. C. Oner, A. Ustundag, y E. Cevikcan (2017: 5).

³ J. Kaplan (2017: 1).

Existe una dificultad ampliamente reconocida para definir la inteligencia artificial Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (2017: 14). De hecho, existen numerosas definiciones de inteligencia artificial cuyo contenido está estrechamente relacionado a la disciplina y la aproximación que se realice, así como la tecnología a la que se refiera.

cíficas siendo aún un mito conseguir que los ordenadores puedan tener una conducta tan avanzada y completa como una persona⁴.

La inteligencia artificial se basa en el procesamiento de datos por algoritmos⁵. Los algoritmos son aquellos procedimientos informáticos que permiten transformar automáticamente datos en resultados apropiados para lograr un determinado objetivo. En la actualidad, los ordenadores no solo ejecutan las instrucciones que han sido previamente programadas sino que también pueden tener la capacidad de aprender de manera automática a partir de los datos que están a su disposición lo que les permite generar sus propios patrones y correlaciones que son aplicados sobre nuevos datos (aprendizaje automático). La disponibilidad de grandes cantidades de datos (*big data*) está acelerando estos procesos y, por ende, el desarrollo de la inteligencia artificial y sus aplicaciones.

La inteligencia artificial ya tiene numerosas aplicaciones en las instituciones públicas. Así, la inteligencia artificial se utiliza en el análisis de datos, el procesamiento del lenguaje natural, el proceso de toma de decisiones, la atención a la ciudadanía, la personalización y la prestación proactiva de servicios públicos. Asimismo, la inteligencia artificial se utiliza para prestar determinados servicios (por ejemplo, transporte, seguridad, servicios sociales, educación). Incluso, se utiliza la inteligencia artificial en la resolución de conflictos.

En el ámbito de la justicia, la inteligencia artificial puede contribuir a aumentar su eficiencia y calidad, mejorar su predictibilidad y su proximidad a la ciudadanía y facilitar el trabajo de jueces y magistrados, del personal al servicio de la administración de justicia, así como de abogados y procuradores⁶.

Sin embargo, a pesar del potencial que tiene la inteligencia artificial, no se pueden desconocer los problemas y conflictos que puede generar su uso en la justicia. En efecto, la inteligencia artificial puede poner en entredicho principios como la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima o la transparencia y derechos como la protección de datos personales o la intimidad.

Por ello, cualquier llamada a utilizar la inteligencia artificial en la administración de justicia debe ir acompañada de la advertencia sobre la necesidad de adoptar las medidas (normativas, organizativas y técnicas) necesarias para evitar los distintos riesgos que estas tecnologías pueden entrañar.

⁴ Executive Office of the President National Science & Technology Council Committee on Technology (2016: 7).

⁵ D. Lehr habla ilustrativamente de manejar los datos (*playing with the data*) y ejecutar el modelo (*running model*) D. Lehr y P. Ohm (2017: 655).

⁶ European Commission for the Efficiency of Justice (2018: 4).

2. ¿CÓMO ABORDAR LA REGULACIÓN DEL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA?

Precisamente, en los últimos años, desde distintas instituciones se ha llamado la atención sobre la necesidad de regular el uso de la inteligencia artificial⁷. Todo ello tiene una manifestación concreta cuando son las instituciones públicas las que utilizan la inteligencia artificial en el desarrollo de sus funciones. Sin embargo, existe una dificultad para regular el desarrollo y uso de la inteligencia artificial, entre otros motivos, por la complejidad técnica de la inteligencia artificial y por la incertidumbre sobre cómo se desarrollará en el futuro y sobre cómo afectará a la sociedad y, en particular, a las instituciones públicas.

Esta tarea se puede abordar desde diferentes perspectivas.

Por un lado, se debe tener en cuenta el valor de la propia tecnología como instrumento de regulación⁸.

Asimismo, se debe valorar la posibilidad de aplicar la regulación vigente a la inteligencia artificial. Sin embargo, en España, ni la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ni la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa contienen mención al respecto y son difícilmente aplicables para regular esta nueva realidad.

Otra opción sería adaptar las normas vigentes a la nueva realidad o adoptar nuevas normas para darles una respuesta adecuada⁹. No obstante, en esta dirección, no podemos desconocer que la Ley 18/2011, de 5 de julio que tiene por objeto precisamente regular el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia no hace mención alguna a la inteligencia artificial ya que se centra exclusivamente en la regulación de la utilización de las tecnologías de la información por parte de los ciudadanos y profesionales en sus relaciones con la Administración de Justicia y en las relaciones de la Administración de Justicia con el resto de las Administraciones y organismos públicos. Su contenido versa más en lo que se ha venido a conocer cómo e-justicia que, en general, sobre el uso de la tecnología en la propia administración de la justicia¹⁰.

⁷ Por todos, la Comisión Europea afirma que la estrategia europea de inteligencia artificial tiene como fin «garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado, basado en los valores de la Unión y en consonancia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE». Comisión Europea (2018). Sin embargo, ello no debe frenar la innovación. Parlamento Europeo (2017: 2).

⁸ N. Petit (2017: 3).

⁹ U. Pagallo (2013).

¹⁰ E. Gamero Casado (2012: 65-66).

Asimismo, puede ser útil impulsar regulaciones internacionales. En este sentido se puede traer a colación la Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y en su entorno adoptada por la Comisión Europea para la Eficiencia en la Justicia (CEPEJ) en diciembre de 2018 que recoge los principios que deben guiar la regulación del uso de la inteligencia artificial en la justicia:

- principio de respeto de los derechos fundamentales. El uso de la inteligencia artificial en la justicia no puede poner en entredicho las garantías que se derivan el derecho a la tutela judicial efectiva y a las garantías del proceso;
- principio de no discriminación. Las decisiones judiciales no deben contener sesgos que generen discriminaciones¹¹. Para ello, se debe garantizar que los algoritmos y los datos utilizados respondan a patrones de desigualdad o discriminación preexistentes. En última instancia, se debe garantizar la independencia judicial;
- principio de calidad y seguridad. El uso de algoritmos en la administración de justicia no puede afectar negativamente a la protección de los datos personales y a la privacidad de las personas. Para ello, se deben adoptar las medidas de seguridad necesarias;
- principio de transparencia, imparcialidad y equidad. El uso de la inteligencia artificial puede constituir un obstáculo a la transparencia por la opacidad que en ocasiones caracteriza a los algoritmos;
- principio «bajo el control del usuario». La complejidad de la inteligencia artificial puede resultar en que sus usuarios desconozcan sus fundamentos y funcionamiento. Para evitarlo, deben adoptarse las medidas de formación, asesoramiento o información necesarias para evitarlo. Asimismo, deben articularse mecanismos de recurso y auditoría que permitan revisar las decisiones judiciales adoptadas usando algoritmos.

A la vista de estos principios también se puede ver la oportunidad de recurrir a la ética para poder regular determinados aspectos relativos al uso de la inteligencia artificial ante las limitaciones que puede tener el derecho¹².

Finalmente, no se puede desconocer que el desarrollo de la inteligencia artificial está estrechamente vinculado a la intervención del sector privado lo

¹¹ D. Lehr y P. Ohm (2017: 704)

¹² El Parlamento Europeo en su resolución «estima que es preciso un marco ético claro, estricto y eficiente que oriente el desarrollo, diseño, producción, uso y modificación de los robots, a fin de complementar tanto las recomendaciones jurídicas expuestas en el presente informe como el acervo nacional y de la Unión en vigor».

que puede hacer aconsejable el fomento de la autorregulación para que los propios actores elaboren y se comprometan a respetar las normas que regulan la inteligencia artificial¹³.

3. PROYECTOS SOBRE EL USO DE ALGORITMOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO JUDICIAL Y EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La inteligencia artificial puede tener numerosas aplicaciones en la justicia. De hecho, ya se está utilizando, particularmente en el orden penal¹⁴. Asimismo, se están realizando procesos de auditoría de los resultados producto del uso de algunas de estas herramientas, en el ámbito penal y no pueden considerarse del todo satisfactorios¹⁵. También se ha constatado que, mientras que el uso de inteligencia artificial en el ámbito judicial parece estar bastante extendido en Estados Unidos, tanto en el ámbito civil como en el penal, parece que entre los Estados europeos su uso es aún muy incipiente¹⁶.

Más allá de examinar los principios generales reguladores del uso de inteligencia artificial y de los algoritmos en el ámbito de la justicia, es preciso siquiera apuntar algunos de los proyectos que ya se están desarrollando en otros sistemas judiciales, como ejemplos del potencial que ofrecen estos instrumentos.

De todas las clasificaciones que vamos a apuntar a continuación, los sistemas que más expectación generan son aquellos que permiten realizar análisis predictivos con un alto grado de precisión¹⁷. Estos sistemas, también denominados *expert systems*, si estuvieran ampliamente disponibles, tendrían un profundo efecto en los sistemas judiciales. Se ha defendido que, en un contexto legal y judicial como el de Estados Unidos, si se ofreciera la posibilidad a los litigantes de obtener un acuerdo elaborado por un algoritmo, muchas de las demandas judiciales decaerían de inmediato, y ello por dos factores: por un lado, por la aversión al riesgo de quienes no pueden asumir un fallo en sentido totalmente contrario a sus pretensiones y aceptarían un fallo por debajo de sus expectativas. Por otro lado, por un motivo más importante aún, con el fin de evitar el alto coste en honorarios de los abogados. No obstante, se ha argumen-

¹³ M. Guihot, A. Matthew y N. Suzor (2017: 421).

¹⁴ Véanse diversas aplicaciones en: <<http://harvardpolitics.com/online/artificially-intelligent-criminal-justice-reform/>> (última consulta, 22.01.2019).

¹⁵ J. Angwin, J. Larson, S. Matu y L. Kirchner (2016).

¹⁶ CEPEJ (2018: 14).

¹⁷ Nótese que ya existe una inteligencia artificial que es capaz de predecir en un 79% de los casos las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase N. Aletras *et al.* (2016). En general, K. Benykhlef y J. Zhu (2018).

tado que, aunque un sistema de estas características sería, en teoría, atractivo para las partes, es difícil de poner en práctica de forma generalizada¹⁸.

En el documento elaborado por el CEPEJ se enumeran distintos tipos de instrumentos relacionados con servicios en el ámbito de la justicia de alcance y potencial variable. La clasificación es la siguiente: 1. Motores avanzados de búsqueda de jurisprudencia (como por ejemplo, «Doctrine.fr» o «Juris Data Analytics» en Francia); 2. Sistemas de resolución de conflictos on-line; 3. Herramientas de ayuda para la redacción de documentos legales; 4. Instrumentos de análisis para realizar predicciones o baremos (como por ejemplo, «HART», en Reino Unido, para analizar el riesgo de reincidencia penal; «Prédicte» en Francia para realizar análisis predictivos, excepto en casos penales; «Watson/Ross» (IBM) y «Lex Machina», en Estados Unidos; y «Luminance» en Reino Unido); 5. Sistemas de categorización de contratos de acuerdo con diferentes criterios y detección de cláusulas contractuales incompatibles; y, 6. *Bots* conversacionales de apoyo a las partes litigantes en los procesos judiciales¹⁹.

Otra clasificación distinta de los diferentes proyectos de inteligencia artificial que se vienen utilizando en el ámbito de la justicia es aquella que distingue entre instrumentos para la mejora de la gestión y el desempeño, donde se incluyen: en primer lugar, herramientas de gestión y tramitación de las causas, herramientas para la mejora de la calidad de la información producida en audiencia e instrumentos para facilitar la toma de decisiones; y, en segundo lugar; instrumentos para mejorar el acceso a la justicia, como sistemas para otorgar el acceso, y el acceso a distintos servicios relacionados con la justicia²⁰.

Si examinamos ahora sistemas concretos, uno de los proyectos que parece estar más desarrollado en el ámbito de la inteligencia artificial aplicada a la administración de justicia, más allá de Estados Unidos y de los países europeos, es «Prometea» una herramienta desarrollada por el Ministerio Público de Buenos Aires (Argentina). De la información facilitada por sus responsables se desprende que «Prometea» es un asistente de búsqueda de documentos legales, que se puede activar por voz, y que permite tanto reconstruir expedientes judiciales de forma sencilla, como facilitar el acceso de los ciudadanos a esa información²¹.

A parte de los instrumentos citados, deben señalarse dos experiencias exitosas de resolución de conflictos en línea ya implementadas. En Canadá, concretamente en Québec, encontramos el proyecto (PARLe), una plataforma de ayuda a la resolución de conflictos en línea, que se puso en marcha en 2016.

¹⁸ D. H. Berman y C. D. Hafner (1989).

¹⁹ CEPEJ (2018: 14).

²⁰ R. Lillo Lobos (2011: 119).

²¹ J. Gustavo Corbalán (2017).

Mediante esta plataforma, tanto consumidores como comerciantes, tienen acceso gratuito a un servicio de resolución rápida de conflictos sólo de carácter civil. El sistema permite una negociación directa o pueden negociar directamente o bien, si es necesario, facilita los servicios de un mediador. Dicha plataforma, que garantiza la neutralidad, la confidencialidad y la seguridad de todo el proceso, permite solucionar este tipo de conflictos sin recurrir a los tribunales de justicia, sin que para ello sea determinante el monto del litigio o el tipo de bien o servicio prestado. Las condiciones de uso del sistema vienen establecidas de forma clara en la web del servicio²².

También en Canadá se ha puesto en marcha un Tribunal denominado *The Condominium Authority Tribunal* (CAT)²³. Este Tribunal nace de una delegación del Gobierno de Ontario para resolución de los conflictos —pero solo determinados conflictos expresamente tipificados en la normativa— relacionados con la propiedad horizontal a la *Condominium Authority de Ontario*²⁴. Esta autoridad es la creadora del CAT cuyo sistema de resolución de conflictos está totalmente digitalizado. De hecho, es una plataforma *on-line* de resolución alternativa de conflictos, donde una parte implicada en un conflicto puede iniciar una «demanda» registrando su solicitud mediante un formulario e identificando las personas implicadas en el litigio y, a la vez, puede subir toda la documentación requerida para apoyar su pretensión. A continuación, se abre un proceso de negociación *on-line* con la contraparte. Si no se llega a ningún acuerdo, se designa un mediador, cuyas funciones también son ejercidas totalmente *on-line*, y en caso de no alcanzarse ningún acuerdo, el Tribunal acabará fallando y notificando electrónicamente su decisión.

Como vemos el alcance de cada uno de los instrumentos citados varía enormemente, pero estos ejemplos nos permiten ya otear el futuro digital que aguarda a nuestra jurisdicción contenciosa que, como el resto de la Administración de Justicia española, transita lentamente por la vereda tecnológica, pese a todos los intentos por modernizarla.

Junto a los usos de la inteligencia artificial en la administración de justicia, no podemos desconocer el impacto que estas tecnologías pueden tener en su entorno y, en particular, entre los abogados. En efecto, tal y como se ha pro-

²² La herramienta PARLe ha sido desarrollada por el Laboratorio de ciberjusticia de la Universidad de Montreal. Toda la información sobre este servicio puede encontrarse aquí: <<https://www.opc.gouv.qc.ca/a-propos/parle/>> (última consulta, 17.01.2019).

²³ A la plataforma *on-line* de resolución de conflictos se accede desde este enlace: <<https://www.condoauthorityontario.ca/en-US/tribunal/>> (última consulta, 22.01.2019).

²⁴ Puede encontrarse toda la normativa relacionada con el CAT aquí: <<https://www.condoauthorityontario.ca/en-US/about-cao/corporate-documents/>> (última consulta, 22.01.2019).

nosticado, la inteligencia artificial supondrá una transformación radical de la abogacía²⁵.

4. EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL USO DE ALGORITMOS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Se ha afirmado que la «justicia y su administración hace tiempo ya no dependen de los agentes que participan. Esto es, la justicia ya no depende de la capacidad de ser objetivo de los tribunales, de la sabiduría del juez o del poder coercitivo del estado para hacer cumplir la ley, sino principalmente de la información. La información es algo externo y neutro que una vez se dispone, permite hacer justicia al aplicar mecánicamente la instrucción y la pena correspondiente de la norma aceptada por la comunidad»²⁶. Esa afirmación reduce y simplifica, en mucho, la complejidad de la función atribuida al juez en cualquier jurisdicción ya sea en la penal, ya sea en la contencioso-administrativa. Ciertamente, la justicia no puede comprimirse en meros actos predictivos ni puede contenerse en modelos matemáticos gobernados por algoritmos²⁷. Sin embargo, no es menos cierto que la impartición de justicia podría ser más rápida, eficaz y eficiente (y por tanto más justa) si se implementaran los medios tecnológicos y las herramientas de inteligencia artificial, con todas las cautelas necesarias, que ya están disponibles en otros sectores (en los despachos de abogados, por ejemplo) y, también, en otros ordenamientos jurídicos y que facilitarían la gestión y tramitación de los procesos judiciales y el acceso a la información judicial por parte de los litigantes, así como herramientas auxiliares de apoyo a la labor de los jueces para la recopilación y análisis de normativa y jurisprudencia.

La modernización tecnológica de la Administración de Justicia y la renovación de la Administración de Justicia son viejas aspiraciones del legislador español y del Consejo General del Poder Judicial. Con ese objetivo, se han sucedido una serie de iniciativas «parciales y discontinuas pues no alteraron la estructura organizativa básica (juzgado y oficina judicial) y los mecanismos

²⁵ Según ha pronosticado Deloitte, «la profesión de abogado será radicalmente distinta en diez años», entre otros motivos por el desarrollo tecnológico (Deloitte, 2016) lo que puede determinar que se automaticen hasta 114.000 puestos de trabajo jurídicos en el Reino Unido en los próximos 20 años. Deloitte (2017: 2). De hecho, según la encuesta anual entre despachos de abogados elaborada por la unidad de investigación de The Law Society, los despachos de abogados están empezando a evolucionar automatizando determinadas funciones jurídicas. The Law Society (2017). Véase, en general, R. Susskind (2017).

²⁶ V. Cavaller (2019).

²⁷ M. Barrio Andrés (2018).

procesales de gestión de los casos judiciales»²⁸. En la reforma de la LOPJ de 1994 ya se hacía referencia, en su art. 230 a la necesidad de regular la utilización de las tecnologías de la información y el conocimiento en el ámbito judicial, reconociendo, en primer lugar, la posibilidad de uso por parte de los Tribunales y Juzgados en el desarrollo de sus funciones, y, en segundo lugar, atribuyendo la gestión de los ficheros automatizados y la garantía de la interoperabilidad de los aplicativos utilizados al CGPJ²⁹. Más allá de estas previsiones, y de los diagnósticos y proyectos contenidos en el «Libro Blanco de la Justicia (1997)», en el «Plan de Modernización de la Justicia» del CGPJ y en el «Plan Estratégico de Modernización de la Justicia (2009-2012)»³⁰, se aprueba, en el marco de este último, la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, cuyos preceptos se encargan de establecer previsiones relativas a la digitalización los documentos judiciales y al establecimiento de las medidas organizativas y del software necesario para la tramitación electrónica de los procesos y su desmaterialización. Esta Ley, criticada por establecer medidas de carácter programático³¹, en tanto que su efectivo cumplimiento depende de la dotación presupuestaria que se fije en cada ejercicio, y de su ejecución real, supuso, no obstante, un avance en la garantía de los derechos de los ciudadanos³².

Pese a todo, sus previsiones resultan una base endeble tanto para regular el uso de algoritmos o de inteligencia artificial como soporte a la función judicial, como para tomar las medidas de precaución necesarias si se admitiera su implementación. A mayor abundamiento, téngase en cuenta, que la Instrucción 1/2018 de 22 de noviembre, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, relativa a la obligatoriedad para jueces/zas y magistrados/as del empleo de medios informáticos a que se refiere el artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuando emplea el término «inteligente» lo hace a los siguientes efectos: «(...) la Administración deberá proporcionar al/a juez/a o magistrado/a unos terminales que pueden ser equipos o procesadores de sobremesa, terminales “no inteligentes” (...)». Expresión ésta que no deja margen a la interpretación.

Constatada la falta de previsión legal, es preciso recordar, de nuevo, que el uso de inteligencia artificial y de algoritmos no está exento de retos en el ámbito judicial. Dejando a un lado los problemas, que ya se han apuntado, sobre el diseño de algoritmos y sus posibles sesgos, y la falta de control de los usuarios del modo de operar de estos instrumentos, en la medida en que hayan sido

²⁸ C. E. Jiménez Gómez (2012: 6).

²⁹ P. Simón Castellano (2012: 298-299).

³⁰ C. Carretero González (2010: 255 y ss.).

³¹ A. Lombardía Villalba (2011: 63).

³² P. Simón Castellano (2012: 299-300).

desarrollados por terceros (habitualmente, empresas privadas), quizás, el obstáculo más relevante, y también objeto de énfasis por el CEPEJ sea compatibilizar la obligación de que las decisiones judiciales sean motivadas (art. 120.3 CE), y la plena efectividad del derecho de defensa ante los tribunales (art. 24.2 CE), con el uso de sistemas predictivos. Se ha afirmado que ello no es factible cuando se utilizan algoritmos de carácter opaco³³, es decir, lo que en tecnología se denomina una caja negra (*black box*).

Estos sistemas permiten saber y observar qué información entra (*input*) y cuál es el resultado de su procesamiento (*output*), pero no se puede examinar, ni entender, su funcionamiento interno³⁴. En este sentido, el CEPEJ ha destacado que estas herramientas comportan no sólo el riesgo de lesionar la legítima discrecionalidad atribuida a los jueces y magistrados, sino también, de potenciar, a largo plazo, una estandarización de las decisiones judiciales, puesto que, entonces, los pronunciamientos judiciales no estarían basados en un examen exhaustivo de cada caso, sino en un cálculo estadístico puro vinculado a la compensación promedia previamente otorgada por otros órganos judiciales³⁵.

5. REFLEXIONES FINALES

En las páginas precedentes hemos definido el concepto de inteligencia artificial y algoritmo y hemos analizado los retos y dificultades que su uso genera en el ámbito de la justicia. La tecnología que ya tenemos a disposición puede ser una herramienta que modernice el funcionamiento de la justicia y que la ponga al nivel de los estándares tecnológicos del siglo XXI. Siendo esto deseable, no se oculta que el uso de inteligencia artificial y de algoritmos puede resultar también problemático.

A fin de minimizar los riesgos en la implementación de estas soluciones ya se están dedicando esfuerzos por parte algunas instituciones para establecer principios éticos que guíen su uso en el ámbito judicial. A parte del respeto debido a dichos principios, sería conveniente establecer normativamente la posibilidad de uso, aunque sólo sea de herramientas de tipo auxiliar, así como arbitrar mecanismos de auditoría y control de las herramientas de inteligencia artificial que se quieran emplear en nuestros juzgados y tribunales, por parte del CGPJ. Idealmente, sería necesario implicar en su desarrollo a los organismos públicos concernidos, para no quedar cautivos de los productos y soluciones que por medio de la contratación pública de innovación puedan adquirirse a empresas privadas del sector.

³³ M. Barrio Andrés (2018).

³⁴ D. Card (2017).

³⁵ CEPEJ (2018: 13).

6. BIBLIOGRAFÍA

- Aletras, N. *et al.* (2016): «Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective». *PeerJ Computer Science* 2:e93 <<https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>>.
- Angwin, J.; Larson, J.; Mattu, S. y Kirchner, L. (2016): «ProPublica: Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks».
- Barrio Andrés, M. (2018). *Derecho Inteligencia artificial, justicia y cláusulas suelo*. Retina, 12.11.2018.
- Benyekhlef, K. y Zhu, J. (2018): «Intelligence artificielle et justice: justice predictive, conflits de basse intensité et données massives». *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 30 (3).
- Berman, D. H. y Hafner, C. D. (1989): «The Potential of Artificial Intelligence to Help Solve the Crisis in Our Legal System». En: *Communications of the ACM August 1989*, Volume 32, Number 8, pp. 928-938.
- Card, D. (2017): «The “black box” metaphor in machine learning». Accesible en: <<https://towardsdatascience.com/the-black-box-metaphor-in-machine-learning-4e57a3a1d2b0>>.
- Carretero González, C. (2010): «La Administración de Justicia y sus propuestas de renovación». *RVAP*, núm. 87-88/2010, pp. 253-283.
- Cavaller, V. (2019): «Información y justicia». COMeIN, 84.
- Comisión Europea (2018): «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Inteligencia artificial para Europa” COM(2018) 237 final».
- Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (2017): *How can humans keep the upper hand? The ethical matters raised by algorithms and artificial intelligence*.
- Deloitte (2016): *Developing legal talent. Stepping into the future law firm*.
- (2017): *Objections overruled. The case for disruptive technology in the legal profession*.
- European Commission for the Efficiency of Justice (2018): *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*.
- Executive Office of the President National Science, & Technology Council Committee on Technology (2016): *Preparing for the Future of Artificial Intelligence*.
- Gamero Casado, E. (2012): «El objeto de la Ley 18/2011 y su posición entre las normas relativas a las tecnologías de la información». En E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos (eds.), *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*. Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.

- Guihot, M., Matthew, A. F. y Suzor, N. (2017): *Nudging Robots: Innovative Solutions to Regulate Artificial Intelligence*.
- Gustavo Corvalán, J. (2017): «Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – “Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia”». *Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 5, n.º 1, pp. 295-316, jan./abr. 2018.
- Holder, C., Khurana, V., Harrison, F. y Jacobs, L. (2016): «Robotics and law: Key legal and regulatory implications of the robotics age (Part I of II)». *Computer Law & Security Review*, 32(3), 383-402. doi: <<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2016.03.001>>.
- Jiménez Gómez, C. E. (2012): *Impacto de la nueva Ley 18/2011 reguladora del uso de las TIC en la Administración de Justicia*. Barcelona. Generalitat de Catalunya-CEJFE.
- Kaplan, J. (2017): *Inteligencia artificial. Lo que todo el mundo debe saber*. Zaragoza: Teell.
- Lehr, D. y Ohm, P. (2017): «Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning». *University of California Davies Law Review*, 51, pp. 653-716.
- Lillo Lobos, R. (2011): «El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial: experiencias y precauciones». *Buenas Prácticas para la Implementación de Soluciones Tecnológicas en la Administración de Justicia*, pp. 117-140.
- Lombardía Villalba, A. (2011): «Nuevas tecnologías y Administración de Justicia». *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 30-2011, pp. 63-68.
- Pagallo, U. (2013): *The Law of Robots: Crimes, Contracts and Tort*. Berlin: Springer.
- Parlamento Europeo (2017). *Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica*.
- Petit, N. (2017): *Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots — Conceptual Framework and Normative Implications*.
- Salkin, C.; Sezi Cevi Onar; Ustundag, A. y Cevikcan, E. (2017): «A Conceptual Framework for Industry 4.0». En: A. Ustundag y E. Cevikcan (eds.), *Industry 4.0: Managing The Digital Transformation*. Berlin: Springer.
- Simón Castellano, P. (2012): «La modernización tecnológica de la Administración de Justicia». *RVAP*, núm. 92, enero-abril 2012, pp. 295-317.
- Susskind, R. (2017): *Tomorrow's lawyers. An introduction to your future* (2.ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- The Law Society (2017): *Legal services sector forecasts*.
- United States Government Accountability Office. (2018): «Trends affecting Government and Society». Accesible en: <<https://www.gao.gov/assets/700/690262.pdf>>.

CONTROL JUDICIAL DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS: ¿DEFERENCIA O DESAUTORIZACIÓN?*

Francisco J. Rodríguez Pontón

SUMARIO: 1. Sucesión de informaciones relativas a sentencias contrarias a las decisiones de la autoridad de la competencia y dudas que se plantean. 2. La complejidad del análisis jurídico acerca del grado de control judicial de las decisiones del regulador: método y contenidos. 3. La resolución de una destacada cuestión de interés casacional relativa a la extensión del control judicial de la autoridad de la competencia. 4. Bibliografía.

RESUMEN: En esta comunicación se presentan algunos elementos centrales del planteamiento y desarrollo del Proyecto «El alcance del control jurisdiccional de las decisiones de los órganos administrativos colegiados dotados de autonomía funcional». Se parte de la reciente sucesión de informaciones sobre sentencias contrarias a decisiones de la autoridad de la competencia. Para contribuir a ponderar adecuadamente la cuestión, se presentan elementos de método y de contenido que integran la complejidad de su análisis jurídico. Finalmente se considera en este contexto la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo sobre la extensión del control judicial del regulador en el ámbito de la competencia.

PALABRAS CLAVE: control jurisdiccional, deferencia, autoridades reguladoras.

* Se presentan algunas conclusiones obtenidas en el marco del planteamiento y desarrollo del Proyecto «El alcance del control jurisdiccional de las decisiones de los órganos administrativos colegiados dotados de autonomía funcional», DER 2015-70981-P, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, cuya investigadora principal es la profesora Elisenda Malaret.

SUMMARY: This paper presents some central elements of the approach and development of the Project «The scope of the jurisdictional control of the decisions of the collegiate administrative bodies with functional autonomy». It starts with the recent succession of informations on judgments which run counter to the national competition authority. In order to contribute to balance this issue, elements of method and content that integrate the complexity of their legal analysis are presented. Finally, in this context the recent jurisprudence of the Supreme Court on the extension of judicial review of the regulator in the field of competition law is considered.

KEYWORDS: judicial review, deference, regulatory authorities.

1. SUCESIÓN DE INFORMACIONES RELATIVAS A SENTENCIAS CONTRARIAS A LAS DECISIONES DE LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA Y DUDAS QUE SE PLANTEAN

Recientemente se ha producido una sucesión de informaciones sobre el control judicial de las decisiones de la autoridad de la competencia. La de más impacto mediático ha venido dada por tres referencias de la prensa en el transcurso de tan solo una semana que se hacían eco de diversas resoluciones judiciales contrarias a las decisiones y a la posición de la actual CNMC y anterior CNC¹. Destaca con fuerza el acento que se pone en estas informaciones sobre lo desfavorables que resultan dichas decisiones judiciales en relación con la posición del regulador. Se habla de «derrotas», de multas «tumbadas», de «reveses», de «nuevo varapalo», de tareas realizadas por la autoridad reguladora que «quedan en nada» y de la consiguiente «desautorización» de la misma. Más allá, pues, de cada caso, se expresa una idea clara de repetidos fracasos de la autoridad reguladora ante los tribunales de justicia y de cuestionamiento de su quehacer.

¹ Las mencionaremos tal como aparecieron en el diario *El País*: «La doble derrota de Competencia. Además de perder en los tribunales, la CNMC se ve obligada a indemnizar a las empresas a las que intenta sancionar» (7 de enero de 2019); «la Audiencia Nacional anula la multa de 58 millones que la CNMC impuso a empresas papeleras por fijar precios. La autoridad de Competencia notificó la sanción cuando el procedimiento había caducado por unos días» (12 de enero de 2019, puede verse en este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2018, Rec. 598/2015, ponente Castillo Badal); «El Supremo tumba otra multa de Competencia a Telefónica, Vodafone y Orange por 120 millones. La CNC impuso esta sanción, anulada en la Audiencia Nacional, en 2012 por el abuso de posición dominante en la reventa de los mensajes cortos a otros operadores móviles» (14 de enero de 2019, caso al que nos referiremos posteriormente).

Este episodio en el plano de la prensa coincide con un acontecimiento en el plano jurídico de singular interés, y cuyo objeto es precisamente el de la tercera información aludida. Y es que, más allá de haberse producido *otra* sentencia desfavorable a las decisiones de la autoridad de la competencia, lo que ha ocurrido es que el Tribunal Supremo ha resuelto unas cuestiones de interés casacional, como decimos, de particular relevancia jurídica e interés científico. Se trata de tres sentencias que confirman la anulación de una sanción que sumaba 120 millones de euros impuesta por la CNC a tres compañías telefónicas por abuso de posición de dominio. A este caso vamos a hacer luego referencia; pero antes, conviene enunciar algunas dudas que nos asaltan: ¿Se corresponde con la realidad la imagen que puede derivarse de esa sucesión de informaciones de reiterados reveses judiciales y sobre todo de *desautorización* judicial de las decisiones de la actual CNMC? ¿Implican de igual modo una *desautorización* estimaciones de recurso con independencia de su motivo concreto? ¿Es mayor o menor el éxito de las acciones judiciales contra el regulador que en el caso de otras autoridades administrativas? ¿Hay razones de fondo para pensar que deben existir ese tipo de diferencias? ¿Qué clase de asuntos son susceptibles de una mayor o menor intensidad de control? ¿Cómo, con qué cautelas, deben interpretarse los datos cuantitativos para llegar a conclusiones en el plano cualitativo? ¿Con qué medios contamos los juristas para detectar, cuantificar e interpretar estos fenómenos y qué expresan en su sustancia?

2. LA COMPLEJIDAD DEL ANÁLISIS JURÍDICO ACERCA DEL GRADO DE CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES DEL REGULADOR: MÉTODO Y CONTENIDOS

¿Se compadece la contundencia del impacto de determinadas informaciones con la complejidad jurídica del tema? El proyecto de investigación «El alcance del control jurisdiccional de las decisiones de los órganos administrativos colegiados dotados de autonomía funcional», que se viene desarrollando desde 2016, dirigido por la profesora Elisenda Malaret y del que formamos parte un grupo de profesores españoles, italianos y franceses, surge de la preocupación precisamente de clarificar de una manera sistemática cuestiones como las antes apuntadas con una base empírica suficiente y con la articulación de un marco teórico coherente capaz de llevar a cabo explicaciones y propuestas, así como de desarrollar un método adecuado para hallar algunas respuestas útiles. El proyecto nació, pues, con la idea de verificar la medida en que los tribunales contencioso-administrativos, en su rol de tutela de los derechos, pero también especialmente de control de las decisiones de las Administraciones Públicas, tienen en consideración, de un modo más explícito o implícito, la composición específica y los criterios de designación de los miembros de los órganos cole-

giados que han intervenido de manera determinante o han tomado decisiones con espacios relevantes de apreciaciones técnicas. Para dicha verificación, se seleccionaron los ámbitos del empleo público, la contratación pública y aquellos en los que actúan las denominadas *autoridades administrativas independientes*. Los estudios sobre órganos dotados de autonomía o independencia, por un lado, y sobre la discrecionalidad, su fundamento y sus límites, por otro, son abundantes y de mucha calidad en nuestra doctrina, como es bien conocido. Sin embargo, este planteamiento sistemático y de base empírica resulta un paso suplementario necesario. Dejando ahora de lado el tratamiento comparado del tema, en España contamos ya con una primera y reciente publicación relevante en este ámbito, centrada en las áreas de energía y telecomunicaciones².

En el proyecto se planteó un cuestionario común, a modo de panel de análisis, para poder ordenar los datos y articular los debates, que contenía preguntas como: ¿Podemos hallar evidencias explícitas de *deferencia* por parte de los tribunales de justicia en relación con las decisiones de determinados órganos o instituciones con una composición caracterizada por la profesionalidad de sus miembros, por su sustracción a la jerarquía y por su independencia? ¿Existen fuentes específicas que permitan conocer directamente los elementos referidos a las especificidades del control jurisdiccional en estos casos? ¿Se puede hablar de una verdadera jurisprudencia al respecto? ¿Las especificidades en cuestión van referidas a la materia, al tipo de decisión, a la complejidad material o técnica del caso concreto? ¿Es posible establecer una diferencia sistemática de análisis en función de si nos referimos a los hechos o a las consecuencias jurídicas? ¿Cuál es el lugar que ocupa en este contexto el *error manifiesto de apreciación*? ¿Cuál es el alcance de las exigencias del juez en relación con aspectos como la motivación o las garantías de procedimiento? ¿En qué medida la ciencia administrativista ha sistematizado y elaborado estas cuestiones en diálogo con la jurisprudencia?

Por contenido y por enfoque, estas sintéticas referencias ponen de relieve algunas de las preocupaciones, retos y dificultades de la tarea emprendida, que contempla un delicado equilibrio de factores, muchos de ellos intrínsecamente vinculados a los rasgos de cada cultura jurídica, y también dependientes en gran parte de la concepción que se tenga de los márgenes de discrecionalidad, su definición y su ámbito de operatividad.

Las hipótesis de partida y también gran parte de los desarrollos mostraron la complejidad y la sutileza de los elementos a tener en cuenta para llegar a

² Nos referimos a la obra de N. Ruiz Palazuelos (2018). Por otra parte, también hay que destacar en los últimos años la gran utilidad desde el punto de vista del análisis empírico en general de la Jurisdicción contenciosa de S. Díez Sastre (dir.) y C. Martínez Sánchez (coord.) (2018).

conclusiones útiles. Entre la diversidad de factores a considerar cabe mencionar la muy diversa tipología de órganos e instituciones; la diversidad también de ámbitos y materias en las que toman sus decisiones; la diversa tipología de decisiones o potestades que ejercen; o la diversidad de puntos de vista a considerar en el análisis de la jurisprudencia. Y entre los elementos a tener en cuenta en cada caso, son en gran parte poco explícitos, siendo así que la jurisprudencia ofrece un panorama a menudo fragmentario y heterogéneo, que muchas veces nos obliga a fijarnos más en indicios que en certezas, con los riesgos que ello conlleva. Sin embargo, la gran pregunta, si existe o no una *deferencia* judicial en este ámbito, reclama una respuesta más allá de la mera acumulación de estadísticas en bruto.

Uno de los métodos utilizados en el proyecto mencionado es entonces también el de tratar de dar respuesta a preguntas sucesivas más concretas, habiendo partido de la hipótesis, en gran parte confirmada, de que los jueces y tribunales no proceden regular y sistemáticamente a un análisis minucioso y riguroso de elementos como la composición precisa de los órganos en cuestión y aplican unos razonamientos más genéricos y a menudo no directamente relacionados con las circunstancias concretas del caso. Y en ese sentido partimos de la base de que la jurisprudencia no puede más que adaptarse a las singularidades del objeto de su control (de la misma manera que ha ido construyendo el tratamiento de la discrecionalidad en general), si bien a menudo no lo hace de modo explícito y sistemático. No deja de ser consustancial al desarrollo mismo de la jurisprudencia su adaptación a entornos objeto de su control en los que concurren márgenes o espacios de apreciación, el carácter a menudo sumamente especializado de la materia y la peculiar composición de los órganos administrativos que participan de esas decisiones, aunque no sea fácil un seguimiento de sus elementos constitutivos. Los tribunales, no es ya que modulen más o menos su control de las decisiones que llegan ante los mismos, sino que no pueden dejar de determinar el espacio y la intensidad de su propio control. El juez es dueño del control que ejerce, naturalmente no sin límites, pero sí con márgenes importantes³.

Con este punto de partida, un estudio empírico de la jurisprudencia, así como la utilización de fuentes específicas como las memorias anuales de las autoridades reguladoras independientes, nos ha ido llevando a caracterizar la aproximación de los tribunales al control que llevan a cabo en estos casos. A grandes rasgos, se ha podido comprobar que existe una cierta *deferencia*⁴, aunque no fácil de cuantificar, una deferencia raramente formulada de modo

³ Hay que recordar aquí la gran contribución del libro de A. Nieto García (2000) sobre el arbitrio judicial. Y por ejemplo también las oportunas consideraciones de P. Delvolvé en la doctrina francesa (1988: 295-303).

⁴ Sobre ello también puede verse N. Ruiz Palazuelos (2018: 208).

explícito, obtenida de una diversidad de indicios, que además los tribunales «conceden» con una exigencia variable de control de la *consistencia* de la decisión impugnada, y una deferencia que resulta en último lugar *administrada* o *arbitrada* en función de factores de múltiple naturaleza en los que no es infrecuente advertir áreas donde el juez se encuentra más predispuesto a entrar o donde se mueve con mayor comodidad y otras donde lo hace con más prudencia e incluso con reconocimiento explícito de los márgenes de apreciación relevantes con los que cuenta la autoridad administrativa independiente⁵. Estos aspectos configuran un *relato de la deferencia* que resulta necesario poner de manifiesto, con todas sus incertidumbres y zonas oscuras.

Los indicios son muy diversos: el tipo de afirmaciones de la *ratio decidendi* de la sentencia; el cuidado en distinguir las exigencias de procedimiento de los elementos de fondo, o los juicios de ponderación de intereses de otro tipo de juicios; la utilización o remisión a ciertos documentos también de las propias autoridades reguladoras; la frecuencia y el modo de alusión a los hechos declarados probados y asumidos por el tribunal; el contraste con las pruebas periciales; los términos en que se describe el proceder de la autoridad (razonabilidad, proporcionalidad, respeto de los márgenes legales, adaptación al caso concreto, análisis más o menos sistemático y claro de la problemática en cuestión) serían algunas muestras de esta gran diversidad de elementos a considerar.

En cualquier caso, se ha puesto de manifiesto la complejidad de los factores a tener en cuenta, desde las fuentes y su interpretación, hasta el peso que se puede estar dispuesto a conceder a determinados indicios, en un contexto en el que a menudo el *referente comparativo* no es claro. Algunos tipos de decisiones muestran en este sentido una complejidad propia, incluso una destacada ambivalencia, como es el caso precisamente del ejercicio de la potestad sancionadora de la CNMC⁶.

⁵ Así, mientras en aspectos como el alcance de ciertas potestades o el control de determinadas cuestiones de las sanciones administrativas se advierte mayor *comodidad*, en casos como ciertas decisiones no sancionadoras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores advertimos supuestos en que se da ese reconocimiento (así, Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2013, Rec. 87/2012, ponente Soldevila Fragoso).

⁶ En el caso de la CNMC, la complejidad comienza con la propia exposición y el tratamiento que de ellos hace en sus memorias y otros documentos (como el análisis publicado en mayo de 2018 sobre la revisión jurisdiccional de sus resoluciones en materia de competencia entre 2014 y 2017, en el que se da cuenta de la reacción del regulador ante jurisprudencia del TS que cuestionó su metodología de cuantificación de las sanciones), que muestran por otra parte la sensibilidad del propio regulador hacia esta pieza clave de la defensa de la competencia. La complejidad se manifiesta también en una diversidad de apreciación por parte de los tribunales de los márgenes de decisión del regulador, de la mano de los principios y garantías del Derecho sancionador, en función de los diversos problemas o perspectivas planteados en el ejercicio de esta potestad, que pueden ser muy diferentes entre ellos.

3. LA RESOLUCIÓN DE UNA DESTACADA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL RELATIVA A LA EXTENSIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA

Irrumpe en este panorama el planteamiento de unas cuestiones de interés casacional que constituyen el contrapunto en la perspectiva de las informaciones que presentábamos al principio. En efecto, tres sentencias de la Audiencia Nacional del mes de septiembre de 2017⁷ anularon las decisiones sancionadoras impuestas a tres compañías telefónicas por parte del regulador de la competencia, a las que hacíamos mención anteriormente. En ellas, la Audiencia se extiende en el análisis de las exigencias de motivación del regulador en relación con la delimitación de los mercados y la declaración de la existencia de una posición de dominio y el abuso de ésta y del tema de la extensión del control jurisdiccional y sus límites en este tipo de escenarios. Y lleva a cabo, recurriendo a la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea, un análisis crítico de la *consistencia* de las tesis del regulador de la competencia, advirtiendo sin ambages incoherencias, faltas de análisis y déficit de motivación. Lo que le lleva a concluir, como decíamos, en la anulación de las multas millonarias impuestas por abuso de posición de dominio al considerar el regulador que las compañías cobraban precios excesivos en el mercado de terminación de mensajes cortos SMS y MSS. La Administración recurre estas tres sentencias, y ello da lugar a tres autos de admisión de la casación del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018⁸ que plantean, en suma, y en lo que aquí más interesa, la cuestión de *«esclarecer, a la luz de la jurisprudencia europea, la extensión y los límites del control jurisdiccional de las resoluciones de la CNMC que implican apreciaciones económicas complejas en relación, particularmente, con la delimitación del mercado/s relevante/s a efectos de determinar la existencia de una posición de dominio y el eventual abuso de dicha posición»*. Es importante también destacar que estos autos plantean que *«lo que en definitiva cuestiona el abogado del Estado es cuál ha de ser el ámbito y la extensión del control jurisdiccional de las resoluciones dictadas por la CNMC en relación con apreciaciones económicas complejas; en particular, el grado de exhaustividad del control sobre los elementos tenidos en cuenta por la autoridad reguladora»*, así como que *«hasta qué punto resulta trasladable la jurisprudencia europea sobre el carácter reciente de los datos (fresh analysis) y la posibilidad de que el órgano judicial pueda anular una delimitación realizada por una autoridad reguladora —que ejerce, en cierto sentido, una discrecio-*

⁷ Recursos n.º 36/2013 (Sentencia de 01/09/2017), 40/2013 (Sentencia de la misma fecha) y 41/2013 (Sentencia de 04/09/2017), ponentes Soldevila Fragoso (de las dos primeras) y Santillán Pedrosa (de la tercera).

⁸ Recursos n.º 5618/2017; 5720/2017 y 6552/2017, ponente de todos ellos Del Riego Valledor.

nalidad técnica por falta de motivación o falta de pertinencia de los datos utilizados». O sea, se plantea de manera totalmente explícita la pregunta sobre el alcance del control judicial de estas autoridades, en un ámbito muy delimitado y precisamente también en el marco del Derecho de la Unión⁹, con una trascendencia indudable. Hasta ahora, las referencias explícitas a la intensidad o canon de control habían sido escasas¹⁰, y en cualquier caso esta tiene particular alcance y relevancia.

Estos autos de admisión vienen ahora seguidos de las sentencias que resuelven los recursos. No pretendemos ahora comentarlas. Sí queremos señalar, de modo provisional, tres aspectos, tomando como referencia la STS 1857/2018, de 20 de diciembre¹¹. En primer lugar, el enfoque del recurso del Abogado del Estado, que plantea que la facultad del órgano jurisdiccional de verificación y comprobación respecto a la decisión administrativa no es solo una facultad, sino una «obligación jurídica» que si no se cumple, por falta de examen completo y profundo, determina la nulidad de la sentencia. Planteamiento al que el Supremo responde que lo que se hace entonces es discrepar de la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida, y no en realidad basarse en la ausencia de control judicial. Afirma el Supremo que en un caso como este, en el que precisamente la Audiencia llevó a cabo un exhaustivo control conforme a la jurisprudencia europea, llegando al resultado de la insuficiencia del análisis del regulador, «*el reproche a la sentencia no puede ser la infracción de dicha jurisprudencia sino el exceso en que eventualmente pudiera haber incurrido el órgano judicial al suplantar el análisis económico realizado por el organismo regulador por uno propio, ajeno a los datos disponibles, o los errores cometidos en la calificación jurídica o en las consecuencias en derecho del juicio emitido por el tribunal a la vista de los elementos existentes y de la valoración realizada*» (FJ 2). Se muestra así con toda claridad el debate sobre los límites del control judicial. En segundo lugar, la compañía telefónica afectada en este caso plantea explícitamente, en su oposición al recurso, que la sentencia recurrida cumple con lo que dispone la jurisprudencia europea, «*absteniéndose de mantener una actitud “deferente”*» respecto a la definición de mercado de la autoridad de la competencia; pero añadiendo: «*que el control judicial deba ser completo no quiere decir que pueda ser ilimitado*», dado que no se puede incurrir en una indebida sustitución de las apreciaciones por las propias del tribunal (Antecedente de Hecho cuarto). Y por supuesto, en tercer

⁹ En un ámbito, el de la competencia, en el que es cada vez más relevante la aplicación en paralelo de la normativa interna y europea, como se vuelve a poner de manifiesto con la Directiva (UE) 2019/1, de 11/12/2018, que pretende reforzar la independencia y los medios de las autoridades nacionales (DOUE L 11, 14/01/2019).

¹⁰ Se puede citar la STS 254/2018, de 19 de febrero, Rec. 3082/2015, ponente Calvo Rojas, en la que se plantea el ámbito del control jurisdiccional sobre la decisión de archivo de expediente sancionador en materia de defensa de la competencia.

¹¹ Recurso n.º 6552/2017, ponente Córdoba Castroverde.

lugar, conviene destacar que el TS establece como doctrina que «[C]onforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [...], el control judicial de apreciaciones económicas complejas realizadas por el ente regulador puede extenderse, no solo a la “exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia” sino también a la pertinencia de los datos y su adecuación para sostener las conclusiones alcanzadas. De modo que cuando el tribunal entienda que las deducciones obtenidas no tienen una base suficiente y fiable o no existe una correspondencia lógica entre la decisión obtenida con los datos en los que se sustenta, pueden anular la decisión del organismo regulador» (FJ 5). Y también señala que, a propósito del peculiar enfoque antes señalado del Abogado del Estado, esta jurisprudencia solo es aplicable cuando el tribunal se abstiene de llevar a cabo este control profundo, y no en caso de que haya un desacuerdo sobre su resultado habiéndose llevado a cabo dicha fiscalización. Además, también fija como doctrina que, en cuanto a la delimitación del mercado relevante, en casación el TS se encarga de determinar si el tribunal de instancia llevó a cabo dicho control conforme a la jurisprudencia europea, «o si, por el contrario, incurrió en excesos», lo que puede ofrecer un enorme interés en el seguimiento de la futura jurisprudencia. En definitiva, podemos decir que el TS reafirma un nivel alto de control judicial de la racionalidad, consistencia, coherencia y carácter propio de los análisis del regulador, más allá de un estrecho control del error manifiesto, sin dejarse de reconocer los límites del control judicial de no sustitución de las apreciaciones económicas complejas. Ante la disyuntiva de *deferencia* o *desautorización* nos podemos plantear si se perfila un control judicial exigente, en el plano de las garantías¹² y de la coherencia de las decisiones del regulador, exigencia que a su vez deberá reforzar la fortaleza del mismo y la calidad de sus criterios expertos, gracias también a la responsable articulación de la intervención de las diversas instituciones, reguladoras y jurisdiccionales.

Los elementos dignos de comentario de esta última jurisprudencia del TS son, así, múltiples. Tiempo habrá de irlos desgranando. Sin embargo, queremos apuntar una consideración final. La aparición reciente de la traducción por parte del profesor Luciano Parejo de la obra de Adrian Vermeule *La abdicación del derecho*¹³ —precisamente en un contexto como el Derecho norteamericano,

¹² Como es normal que ocurra como parte esencial de la tarea jurisdiccional, véase el caso reciente de la STJUE de 18 de enero de 2019 (C-265/17 P), en la que se confirma la anulación de una decisión de la Comisión por un vicio de procedimiento (en este caso relativo al derecho de defensa respecto a los modelos econométricos utilizados también en un tema de competencia). Por otra parte, cabe indicar que el párrafo 22 del Preámbulo de la Directiva 2019/1 antes mencionada indica que la independencia operativa de las autoridades no debe excluir el control jurisdiccional, en el mismo párrafo en que se destaca la necesaria rendición de cuentas de dichas autoridades.

¹³ A. Vermeule (2018).

familiarizado con un largo debate acerca de los equilibrios necesarios en el control judicial de las agencias y el significado del «*hard look*»— vuelve a poner de manifiesto que la «deferencia», actitud de ceder por respeto ante las decisiones de otros sujetos, recorre un espectro semántico sensible que no puede dejar indiferentes a los juristas. El camino de la fijación de jurisprudencia sobre el control de las decisiones de órganos o instituciones cualificadas por su saber especializado y por su independencia es largo. Hemos intentado mostrar muy sumariamente la variedad y complejidad de vectores y elementos implicados en esta tarea y en la de su análisis científico. Sin embargo, las cuestiones de interés casacional pueden empezar a marcar un hito, propiciando un debate más explícito y menos basado en indicios sobre el canon de control, sobre su intensidad y en fin, suponemos que con el tiempo, sobre la compleja red de elementos que lo determinan en la diversidad de ámbitos afectados. La seguridad jurídica, la formación de una jurisprudencia sólida y un enriquecedor diálogo con la ciencia iuspublicista pueden resultar especialmente favorecidos en esta dinámica.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Delvolvé, P. (1988): «Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?», en *Conseil Constitutionnel et Conseil d'État. Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, París, LGDJ Montchrestien, pp. 269-312.
- Díez Sastre, S. (dir.), Martínez Sánchez, C. (coord.) (2018): *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018*, Madrid, CIJA UAM, CGPJ, CEPC, 335 pp.
- Nieto García, A. (2000): *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 444 pp.
- Ruiz Palazuelos, N. (2018): *El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los organismos reguladores*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 299 pp.
- Vermeule, A. (2018): *La abdicación del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 326 pp.

EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LAS DECISIONES OBJETIVAMENTE ADMINISTRATIVAS DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PRIVADO

Antonio Descalzo González

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. La tutela o supervisión sobre las entidades instrumentales de la Administración. 3. La fiscalización administrativa y el control judicial contencioso-administrativo. 4. Bibliografía.

RESUMEN: Esta comunicación tiene por objeto reflexionar sobre el posible control en vía administrativa y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo de las decisiones dictadas por las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas en ejercicio de las potestades públicas que pueden tener atribuidas, conforme a las leyes de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común de 2015. Pues, en primer lugar, no hay previsto expresamente en esas dos leyes una suerte de recurso de alzada impropio, como sí sucede para los organismos públicos estatales; así como tampoco aparece recogido entre las competencias de tutela contenidas en la Ley de patrimonio de las Administraciones públicas. Y, de otra parte, el artículo 1.1 y la cláusula residual de atribución establecida en el artículo 2.d) de la vigente Ley ritual no parecen ofrecer cobertura para el conocimiento por el contencioso-administrativo de las decisiones adoptadas por entidades de derecho privado. Así las cosas, todo sugiere acudir a la imputación de la decisión a la Administración matriz sobre la base de la mera condición instrumental de la personificación privada.

PALABRAS CLAVE: Entidades de derecho privado, control en vía administrativa y contencioso-administrativo.

SUMMARY: This paper studies the possible administrative control and contentious-administrative jurisdiction of the decisions of private law entities linked or

dependent on public administrations. The study is conducted in the context of the exercise of public powers that private law entities may have attributed, according to the laws of the legal regime of the public sector and the common administrative procedure of 2015. On the one hand, in the aforementioned laws there is no provision for a «recurso de alzada impropio», as it does for state public bodies; the «recurso de alzada impropio» neither exists among the powers of guardianship included in the Law on the patrimony of public administrations. And on the other hand, article 1.1 and the residual clause of attribution established in article 2.d) of the current ritual Law do not seem to offer coverage for the control of the contentious-administrative jurisdiction of the decisions adopted by private law entities. Consequently, the solution could be the imputation of the decision to the parent Administration due to the mere instrumental condition of the entity of private law.

KEYWORDS: Entities of private law, administrative control and non-contentious Jurisdiction, administrative control and contentious jurisdiction

1. PLANTEAMIENTO

Entre las pocas novedades relevantes contenidas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP) y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (en adelante, LPAC), merece destacarse la posibilidad de atribuir potestades administrativas a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas.

Al margen de otras posibles consideraciones sobre el alcance y relieve de la nueva regla general así establecida¹, la presente comunicación tiene por objeto analizar, de manera muy breve, la posible fiscalización en vía administrativa y, en su caso, el ulterior acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa de las decisiones adoptadas por dichas entidades de derecho privado que, sin embargo, deben merecer la condición objetiva de actuación administrativa al dictarse en ejercicio de una potestad pública.

La primera vía de control es una de las posibles manifestaciones de la tutela o supervisión administrativa de legalidad admitida en el marco de la relación jurídica trabada entre la Administraciones públicas y sus organizaciones

¹ Entre las cuales destaca la referida a la necesaria disquisición entre «el ejercicio de potestades administrativas» que sí pueden tener atribuidas y las «facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública» que tienen vedadas; sobre este tema, C. Chinchilla Marín (2017: 23), G. Fernández Farreres (2018: 214), E. Gamero Casado (2015: 40), L. Martín Rebollo (2015: 19), M. Sánchez Morón (2015: 6) y también (2018: 56).

de carácter instrumental en aras del interés general². La segunda responde evidentemente al necesario control judicial de las decisiones administrativas, conforme al artículo 24 y 106 de la norma fundamental y al artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

2. LA TUTELA O SUPERVISIÓN SOBRE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN

Las entidades de régimen privado del sector público institucional estatal —a las que se refiere esta comunicación por razones de espacio— que, según lo dicho, pueden ejercer hoy potestades administrativas son, de acuerdo con los artículos 84, 113 y 128.2 LRJSP, las sociedades mercantiles estatales³, ya que para las fundaciones del sector público no obstante su condición de personas privadas se deja bien claro en la LRJSP que no hay excepción posible al afirmar que «no podrán ejercer potestades públicas».

Como las demás organizaciones instrumentales, las sociedades mercantiles estatales se encuentran sujetas a la tutela o supervisión de la Administración matriz de la que dependen.

Aunque la exposición de motivos de la LRJSP indica que la nueva regulación dedica una atención suficiente a la supervisión de los entes instrumentales en cuanto materia que, por poco frecuente, no había «demandado un régimen detallado en el pasado», conviene notar que la idea de tutela o supervisión orgánica es una técnica bien conocida en nuestro Derecho administrativo en cuanto necesario reverso al principio de descentralización funcional.

En efecto, y según la doctrina⁴, la tutela administrativa tiene lugar entre dos organizaciones distintas —en nuestro caso, Administración pública y entidades de derecho privado— y puede manifestarse en un «control que puede extenderse tanto a los actos del ente tutelado como a las personas titulares de los órganos de éste y basarse en razones de legalidad e, incluso, también de oportunidad»⁵.

² L. Parejo Alfonso (1982: 128), A. Gallego Anabitarte (1999: 12).

³ Sobre las mismas en la reciente literatura y con amplia bibliografía véase L. Parejo Alfonso (2016: 9).

⁴ J. A. García-Trevijano Fos (1967: 445), A. Gallego Anabitarte (1971: 106), L. Parejo Alfonso (1982: 127), A. Gallego Anabitarte (1999: 11).

⁵ L. Parejo Alfonso (1982: 128). Ejemplo de esta tutela material o de oportunidad es la tutela que los ministerios competentes pueden ejercer sobre las sociedades mercantiles estatales con arreglo al artículo 116 LRJSP.

Este «control efectivo» al que alude el artículo 84.2 LRJSP es el determinante de la propia definición normativa otorgada para las sociedades mercantiles estatales en los artículos 111.1 LRJSP y 116.1.c) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas (en adelante, LPAP)⁶; control que se traduce, para todas las entidades integrantes del sector público institucional estatal, en un régimen general de control de eficacia y supervisión continua, regulado en el artículo 85 de la misma LRJSP, y pormenorizado luego para las sociedades que aquí interesa en el artículo 116 LRJSP y en el artículo 177 LPAP para las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos.

Al margen de otras posibles manifestaciones de la supervisión, importa destacar en este lugar el control de legalidad de la actuación de las entidades sujetas a tutela mediante la forma de recursos o reclamaciones contra sus decisiones con la posibilidad, por tanto, de confirmarlos, modificarlos o revocarlos.

En esta línea, y para salvar el óbice procesal fijado en el artículo 20 de la LJCA, se sitúa la disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, donde se regula el procedimiento de resolución de las controversias jurídicas entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos; procedimiento que excluye la vía administrativa y jurisdiccional para resolverlas y que, asimismo, es aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección general de patrimonio o los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias⁷.

A los efectos de esta disposición se entienden por controversias jurídicas relevantes aquellas que, con independencia de su cuantía generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300.000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público.

⁶ Basado en el tradicional criterio formal de la participación mayoritaria en la sociedad y objeto de crítica por la doctrina, que se muestra favorable a la idea de la influencia dominante, véanse M. Fuertes (2007: 76) y J. M. Sala Arquer (2016: 51).

⁷ C. Chinchilla Marín (2017: 45).

Planteada una controversia, corresponde a la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas⁸ dictar resolución estableciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá adoptar para solucionar el conflicto o controversia planteados.

3. LA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Pero, como es lógico, junto a esta perspectiva de la tutela *ad intra* de la Administración pública matriz sobre una organización instrumental de derecho privado, resulta igualmente necesario ofrecer a los interesados concernidos por su actuación vías para la defensa de los derechos e intereses que consideren afectados por las decisiones de esas entidades cuando ejercen prerrogativas de naturaleza pública. Vías de legítima defensa en Derecho que lógicamente deben situarse en el marco jurídico público al que pertenecen las actuaciones que son objeto de una posible controversia.

A este sistema general de control de legalidad sobre las entidades instrumentales se refiere tanto el artículo 89.2 LRJSP, al establecer que «los actos y resoluciones dictados por los organismos públicos en el ejercicio de potestades administrativas son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas», como el artículo 114.2 de esta segunda Ley 39/2015 al indicar que en los organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado ponen fin a la vía administrativa los actos y resoluciones «emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa»; lo que equivale a decir, por tanto, que en principio no cabe en estos casos el llamado recurso de alzada impropio.

Pero, como puede verse, en ninguno de estos dos preceptos se ha incluido expresamente la posibilidad de controlar en vía administrativa las decisiones materialmente administrativas que en ejercicio de potestades públicas pueden adoptar hoy las entidades privadas en atención, seguramente, a la inercia de la idea tradicional de que la utilización instrumental de la «forma mercantil supone la introducción en el tráfico de una entidad que externamente, en sus relaciones con terceros, va a producirse bajo un régimen de Derecho privado»,

⁸ Dicha Comisión estará presidida por el ministro de la Presidencia y tendrán la consideración de vocales natos el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia, correspondiendo también a éste designar dentro de su ámbito al órgano que ejerza la secretaría de la Comisión. Se integrarán en la Comisión el ministro o ministros de los Departamentos afectados por la controversia.

sujetas al control judicial de la misma naturaleza (STC 14/1986, de 31 de enero).

Ahora bien, si las leyes administrativas admiten hoy el ejercicio de potestades públicas por sujetos de naturaleza privada, debe seguirse de inmediato que dicha actuación debería ser objeto, en su caso, del correspondiente control en vía administrativa y en sede judicial contencioso-administrativa. Con ello, desde luego, no se pretende mutar la naturaleza jurídica de los acuerdos o decisiones adoptados por entidades de derecho privado que, por definición, no son Administraciones públicas en sentido estricto y, consecuentemente, no dictan actos administrativos insertos en procedimientos de la misma condición.

Más sencillamente, y al igual que sucede con el supuesto clásico del concesionario, cabe sostener con la doctrina que «lo que sí es cierto es que el eventual ejercicio de funciones administrativas supone que tales personas actúan en ese momento *en el lugar de la Administración* y ello justifica que se le aplique el régimen de ésta»⁹. Actuación de naturaleza pública que sobre la base de la necesaria extensión del artículo 149.1.18 CE obliga, en particular, a garantizar un tratamiento común de todos los ciudadanos. Si, como bien expresa la reciente STC 55/2018, de 24 de mayo, recordando la doctrina constitucional anterior, el título relativo a las «bases del régimen jurídico de las administraciones Públicas» (art. 149.1.18 CE) responde al objetivo fundamental de «garantizar un tratamiento común a los administrados» no resulta en modo alguno admisible que la atribución de potestades públicas a entidades de derecho privado pueda acarrear que los ciudadanos o «administrados» concernidos en la actividad reciban un tratamiento diferente ante el ejercicio de prerrogativas públicas.

Es más, y en línea directa con la doctrina sentada por la STC 14/1986, de 31 de enero, para tachar de inconstitucional el régimen establecido en su día por la Ley 12/1983, de 22 de junio, de principios ordenadores de la Hacienda general del País Vasco, sobre las llamadas «sociedades públicas especiales», puede afirmarse que la regulación de las entidades administrativas instrumentales de naturaleza privada como las aquí consideradas:

«posee un notorio carácter público, en cuanto rectora de la actuación de entes de tal naturaleza, merced a la creación de una forma societaria atípica, como instrumento de acción administrativa, lo que en esencia no es otra cosa que incidir en el régimen jurídico de las Administraciones públicas, lo que está reservado en exclusividad al Estado en cuanto al establecimiento de sus bases en el art. 149.1.18 de la CE, sin duda con la finalidad de posibilitar el mantenimiento de un tratamiento uniforme de las instituciones esenciales atinentes a las públicas administraciones y de que el régimen

⁹ M. López Benítez y M. Rebollo Puig (1994: 516), en el mismo sentido J. Leguina Villa (2001: 58).

jurídico de las autonómicas no discrepe del referente al Estado, y sin que, finalmente, surjan dudas en cuanto a que nos hallamos ante un supuesto al que conviene la precitada normativa constitucional, porque si existe alguna institución cuyo encuadramiento pueda realizarse del modo más absoluto dentro de la amplia rúbrica “régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, esta es precisamente la personificación de tales Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación en cualquiera de sus posibilidades legales».

En suma, dando por asumido que las entidades privadas, con personalidad jurídica propia, dependientes de las Administraciones públicas pueden tener atribuidas hoy prerrogativas de carácter público es muy claro que las decisiones objetivamente administrativas que adopten en este concreto orden de consideración pueden ser luego objeto de la necesaria fiscalización en vía administrativa y, en su caso, judicial.

Así dispuestas las cosas, cabe considerar que tal es, en rigor, el criterio último al que parecen responder los artículos 2.2.b) de la LRJSP y de la LPAC cuando afirman que las entidades de derecho privado vinculadas a las Administraciones públicas quedarán sujetas a lo dispuesto en ambas leyes «que específicamente se refieran a las mismas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas»; esto es, y al igual que sucede con las entidades públicas empresariales (artículo 104 LRJSP), la sujeción general al derecho privado no impide la aplicación de la normas de derecho administrativo cuando ejercen potestades administrativas. Interpretación que al margen de alcanzar a otras figuras del derecho administrativo —régimen de formación de la voluntad de sus órganos y de validez de las decisiones—¹⁰, conduce, en lo aquí importa, a la posibilidad de poder someter tales acuerdos al sistema de recursos y reclamaciones administrativas y, en particular, al denominado recurso de alzada impropio ante el ministro del departamento al que se encuentran adscritas o vinculadas.

De esta manera, y como quiera que en una primera lectura las decisiones de las entidades de derecho privado no son directamente impugnables en vía contencioso-administrativa, conforme al tenor literal de los artículos 1 y 2 de la Ley ritual, el previo agotamiento de la vía administrativa mediante el recurso de alzada impropio ante el órgano administrativo correspondiente de la Administración matriz tendría la utilidad ya no únicamente como medio para proporcionar a la Administración la posibilidad de reconsiderar la decisión adoptada por la entidad privada adscrita o vinculada, sino más bien conseguir la intervención de una Administración pasivamente legitimada en vía contencioso-administrativa contra la que podrían acudir los interesados concernidos por la decisión controvertida.

¹⁰ C. Chinchilla Marín (2017: 26).

En esta línea, el que fuera Proyecto de la actual Ley ritual, publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados núm. A-70-1, de 18 de junio de 1997, marginal 121/68, establecía en su artículo 2.d) que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «los actos administrativos de supervisión de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos y entidades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, de conformidad con la legislación sectorial correspondiente». Este precepto fue objeto de atención en los dictámenes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado apuntándose en este último que su redacción resulta confusa pues: «en primer lugar, la expresión actos “de supervisión” es excesivamente limitada y cabría hablar también de “control” o “fiscalización” por la Administración concedente. Tampoco queda clara la referencia a “entidades” que contiene el precepto»¹¹.

Finalmente, como es conocido, el vigente artículo 2.d) de la Ley ritual se refiere sólo a los actos de «control o fiscalización» de los dictados por los concesionarios y omite toda referencia expresa al control judicial de los actos de supervisión o fiscalización sobre los dictados por las «entidades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas» donde, como se ha visto a lo largo de esta comunicación, cabría incluir los dictados por las entidades de derecho privado.

De otro lado, y como se ha dejado apuntado más arriba, ocurre asimismo que conforme al actual artículo 114.2 LPAC el recurso de alzada impropio previsto inicialmente para los organismos públicos y entidades derecho público constituye hoy una excepción incluso para esas entidades y, por lo mismo, no parece posible extenderlo, salvo que por una Ley expresa se establezca otra cosa, a las personificaciones privadas objeto de nuestra atención.

En suma, al no existir una regla de atribución con una redacción de contenido similar al inicialmente propuesto para el artículo 2.d) de la LJCA, el posible enjuiciamiento de las decisiones objetivamente administrativas de las personificaciones privadas vinculadas a la Administración no parece fácil a primera vista.

No obstante, para resolver este obstáculo cabe considerar que tales decisiones no son otra cosa que una suerte de actuación «delegada» de la Administración matriz donde las entidades de derecho privado deben asimilarse a las Corporaciones de Derecho público, los concesionarios o las Federaciones de

¹¹ Dictamen del Consejo de Estado, número de expediente 1125/1997, de 29 de mayo de 1997; sobre los cambios habidos en la redacción del precepto véase L. Martín Rebollo (1998: 90-94).

portivas en su condición de «meros agentes o mandatarios de ella» *ex* artículos 2.c) y d) y 20.b) LJCA para así llegar al control judicial contencioso.

Equiparación que resulta abonada por la previsión del procedimiento de resolución de las controversias jurídicas previsto en la disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, establecida para salvar, como se ha dicho, el óbice procesal fijado en el artículo 20 de la LJCA¹².

O, mejor dicho, y aunque es del todo cierto que las entidades de derecho privado en examen —sociedades mercantiles estatales— no son Administración pública en sentido estricto, así como que conforme establece la doctrina la situación de instrumentalidad requiere, además del control, una identidad necesaria del interés y la actividad¹³, es posible convenir que la misma tiene lugar en el caso del ejercicio de potestades administrativas del que se viene hablando y, por tanto, puede concluirse en la procedencia de imputar a la Administración pública matriz la actividad objetivamente administrativa de aquéllas a los efectos de su acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, con arreglo al artículo 1.1 de la LJCA¹⁴.

Así lo estableció hace ya tiempo el Tribunal Constitucional al enjuiciar la supuesta irregularidad en la salida de su puesto de la Directora general de la Fundación del Teatro Lírico al considerar que «en el presente caso la empresa, si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando solo de manera instrumental la veste fundacional» (Auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio).

Con todo, la utilidad de la anterior solución no excluye mantener aquí, con carácter general, la oportunidad de modificar la LJCA a los efectos de abrir expresamente a la jurisdicción contencioso-administrativa el enjuiciamiento de las decisiones de personificaciones privadas que como las examinadas en esta comunicación «impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, de conformidad con la legislación sectorial correspondiente», en línea con la apuntada redacción del Proyecto inicial de la actual Ley ritual al tratarse de un supuesto cada vez más frecuente en nuestro ordenamiento. Y, con carácter particular, asumir, hasta tanto tenga lugar esa hipotética modificación, que el acceso al contencioso de las decisiones de naturaleza pública exige obviar su condición de entidad de derecho privado para centrarse, desde

¹² Equiparación que, sin embargo, conlleva también el riesgo de negar la legitimación pasiva de las susodichas entidades de derecho privado en el enjuiciamiento de sus decisiones en una interpretación rigurosa del artículo 21 LJCA.

¹³ L. Parejo Alfonso (2006: 33).

¹⁴ J. Leguina Villa (2001: 58).

una perspectiva funcional, en la constatación de la naturaleza pública de la decisión adoptada. Indagación que, sin embargo, no siempre será fácil culminar, como bien apunta la doctrina¹⁵.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Chinchilla Marín, C. (2017), «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?», *RAP*, núm. 203, pp. 17-56.
- Fernández Farreres, G. (2018), *Sistema de Derecho administrativo I*, 4.^a ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas.
- Fuertes, M. (2007), *Grupos públicos de sociedades*, Madrid, Marcial Pons.
- Gallego Anabitarte, A. (1971), *Derecho general de organización*, Madrid, IEA.
- (1999), «Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda», *RAP*, núm. 122, pp. 7-101.
- García-Trevijano Fos, J. A. (1967), *Tratado de Derecho administrativo*, II, Madrid.
- Gamero Casado, E. (2015), *Desafíos del Derecho administrativo en un mundo en disrupción*, Granada, Comares.
- Leguina Villa, J. (2001), «El ámbito de la Jurisdicción», en J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (coords), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Valladolid, Lex Nova, pp. 37-86.
- López Benítez, M. y Rebollo Puig, M. (1994), «Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18 de la Constitución a entes no administrativos», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Madrid, Civitas.
- Martín Rebollo, L. (1998), «Comentario al artículo 2.d)», *REDA*, núm. 100, pp. 90-94.
- (2015), «La nueva Ley del procedimiento administrativo común», *REDA*, núm. 174, pp. 15-20.
- Parejo Alfonso, L. (1982), *La organización administrativa en general. Apuntes de Derecho Administrativo de la Cátedra del Prof. Dr. E. García de Enterría*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- (2006), «El juego de la técnica del levantamiento del velo en el caso de personas jurídicas creadas por o en mano de la administración pública», *Revista jurídica de les Illes Balears*, núm. 4, pp. 9-34.

¹⁵ Véanse, de nuevo, C. Chinchilla Marín (2017: 23), G. Fernández Farreres (2018: 214), E. Gamero Casado (2015: 40), L. Martín Rebollo (2015: 19), M. Sánchez Morón (2015: 6) y también (2018: 56).

—(2016), «El campo del sector público empresarial estatal y sus tipos de actividades y organización», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 83, pp. 9-46.

Sala Arquer, J. M. (2016), «Sociedades mercantiles estatales y sector público», *REDA*, núm. 177, pp. 39-51.

Sánchez Morón, M. (2015), «La regulación del sector público institucional en el proyecto de ley de régimen jurídico del sector público», *DA*, núm. 2, pp. 1-11.

—(2018), «El retorno del Derecho administrativo», *RAP*, núm. 206, pp. 37-66.

SMART CONTRACTS Y FUNCIÓN JUDICIAL

José Antonio Pérez Bastida

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los conceptos de *Smart Contracts* y *Blockchain*. 3. Principales utilidades para el tráfico jurídico-económico de los *Smart Contracts*. 4. Aplicación de los *Smart Contracts* a los procedimientos de contratación pública. 5. Los límites de los *Smart Contracts*. 6. Contratos inteligentes y procesos judiciales. 7. Bibliografía empleada.

RESUMEN: Los *Smart Contracts* son instrumentos técnicos que permiten conectar al contrato con el entorno electrónico relevante gracias a la traducción del clausulado contractual en un conjunto de protocolos informáticos, postulándose como el futuro de la contratación. Esta tecnología permite automatizar la relación contractual con la finalidad de obtener una mayor eficiencia, lo que no sólo puede suponer cambios en cómo los individuos contratan sino también en los roles tradicionales de los principales profesionales del Derecho, donde se incluyen, por ejemplo, jueces y magistrados. El presente estudio busca analizar las principales cuestiones que surgen entorno a la contratación inteligente con la finalidad de examinar aspectos importantes a tener en cuenta de cara a un proceso judicial.

PALABRAS CLAVE: *Smart Contracts*, *Blockchain*, Jueces, Automatización.

ABSTRACT: Smart contracts are technical devices which allows to connect relevant electronic environment with the term of the contract thanks to the translation of the whole into computational protocols, postulating as the future of contracting. This technology allows to automatize the contractual relationship with the aim to obtain a higher efficiency, which would not only mean changes in how individuals contracts but also in the traditional roles of the main law

professionals, which includes, for instance, judges. The present study aims to analyse the main issues that arise around the smart contraction with the purpose of examine relevant aspects in views of court process.

KEYWORDS: Smart Contracts, Blockchain, Judges, Automatization.

1. INTRODUCCIÓN

Blockchain y *Smart Contracts* (o contratos inteligentes) son dos términos recurrentes en la actualidad jurídica que son objeto de frecuentes análisis por artículos de prensa y obras científicas, ya que de forma evidente se vislumbra la magnitud de la revolución que proponen aunque todavía se halle en ciernes.

Una de las cuestiones candentes que surge al hilo del análisis de los citados instrumentos tecnológicos es la relativa a cómo quedará la estructura de roles que desempeñan los principales agentes jurídicos tras la masificación de estos sistemas en el tráfico jurídico-económico. Sobre este punto los operadores jurídicos manifiestan diversas opiniones: por un lado, los más «tecno-utópicos» afirman que estas innovaciones desplazarán de forma íntegra en sus funciones a tribunales, notarios, registradores, abogados y otros profesionales del Derecho, mientras que, en sus antípodas, los más «tecno-distópicos» (por respetar la nomenclatura) piensan que esta revolución se trata de una burbuja temporal y que es un error dejar al juicio de una «máquina» tantas decisiones con efectos significativos sobre la esfera profesional y/o personal de un individuo.

Entre los dos extremos aludidos, se hallan posturas ecléticas que defienden, por ejemplo, que el núcleo esencial de las funciones que proyectan los principales profesionales del Derecho sobre el tráfico jurídico-económico es insustituible y que, por ende, estos instrumentos técnicos participarán en el juego no a título de sustitutivos sino de complementarios, generando ganancias de eficiencia al hibridar todo el potencial de un hombre con el de una «máquina».

Este trabajo pretende exponer los principales aspectos que se deberían tener en cuenta a la hora de analizar esta revolución tecnológica desde el prisma de la actividad judicial, examinando las utilidades de los *Smart Contracts* para los agentes jurídicos, las limitaciones de estos instrumentos y su principal uso en el campo de la actividad administrativa (la contratación pública) para concluir con una exposición de cuestiones relevantes de cara a un proceso judicial en el que se vean involucrados contratos inteligentes.

2. LOS CONCEPTOS DE *SMART CONTRACTS* Y *BLOCKCHAIN*

La tecnología *Blockchain* forma parte de las llamadas tecnologías de registro distribuido (DLT por sus siglas en inglés: *Distributed Ledger Technology*)

y en su funcionamiento se asemeja a un registro descentralizado cuya llevanza se lleva a cabo por todos los agentes participantes del sistema, es decir, no existe un sujeto central que se encarga de realizar las anotaciones, una especie de validador que garantiza la autenticidad de lo inscrito, sino que es cada usuario el que realiza la anotación y una serie de algoritmos matemáticos complejos velan porque lo que se integre en el sistema sea auténtico, impidiendo la manipulación de los datos o que la información sea borrada.

Las cadenas de bloques o *Blockchain* son bases de datos distribuidas en las que se van uniendo las operaciones que realizan los agentes de forma cronológica y, a su vez, las transacciones se van agrupando en unidades mayores que se llaman bloques: cada vez que se forme un bloque nuevo queda enlazado con el anterior a través de un puntero *hash*, que, básicamente, es un elemento que actúa como enlace o nexo entre ambos bloques, sellándolos¹.

Un *Smart Contract* (o contrato inteligente), a pesar de lo que pueda a dar a entender la morfología de la expresión, no se trata de un contrato en sí mismo sino de la traducción del clausulado contractual a un conjunto de protocolos informáticos que permiten conectarlo con el entorno digital relevante (un *contractware*) de manera que los dispositivos tecnológicos enlazados se comportan en puridad como las extremidades y sentidos del contrato (se denominan oráculos)².

Blockchain y *Smart Contracts* son dos instrumentos técnicos inseparables al aprovechar los segundos las características de la cadena de bloques, lo que permite que la información que se provea al contrato del exterior sea lo más auténtica posible al registrar y ejecutar el negocio jurídico en una *Blockchain*, denominándose *smart code contract* (cuando no se da la circunstancia aludida, se tratará de un *smart legal contract*)³.

3. PRINCIPALES UTILIDADES PARA EL TRÁFICO JURÍDICO-ECONÓMICO DE LOS *SMART CONTRACTS*

La ganancia de eficiencia se deriva de la automatización de la totalidad o una parte del negocio jurídico, es decir, de la innecesaridad de la intervención humana al margen de una dotación inicial de instrucciones en forma de código para que la «máquina» pueda proceder en consecuencia⁴, dependiendo el grado de eficiencia ganado de cuanto se aproxime el diseño de escenarios inicial que se representen las partes en sus mentes a lo que acaba sucediendo real-

¹ J. Jiménez Ibáñez (2018a).

² J. Feliu Rey (2018).

³ A. Legerén-Molina (2018).

⁴ E. Fernández de Marcos (2017).

mente. Por ende, será útil el empleo de estos instrumentos si el contrato ha sido redactado de forma inteligente⁵.

Con base en lo anterior, se pueden señalar tres funciones con relevancia para el tráfico jurídico-económico⁶:

- En primer lugar, aportación al negocio jurídico de datos nuevos de manera ágil y segura, que pueden formar parte del contenido de las cláusulas, términos y condiciones del contrato.
- En segundo lugar, procesamiento de los datos anteriormente referidos para que se desarrolle una actividad física o real programada que tiene como fin cumplir lo dispuesto en el contrato, lo que también permite hacer un seguimiento del cumplimiento del clausulado contractual gracias, por ejemplo, a la conexión del *Smart Contract* con los indicadores que expresan el grado de cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes.
- En tercer lugar, ejecución del contrato en caso de incumplimiento, adoptando e implementando diferentes medidas e instrumentos que persiguen la coerción de las prestaciones y el pago de compensaciones derivadas.

4. APLICACIÓN DE LOS *SMART CONTRACTS* A LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública es la parcela de la actividad administrativa donde el empleo de *Smart Contracts* encontraría su principal cabida. Partiendo del estado actual de la técnica, estos instrumentos presentan vocación de ser empleados de forma exitosa en la fase de tramitación y resolución de licitaciones, en el control del cumplimiento del contrato y en la ejecución del mismo.

Tras la presentación de las ofertas, comprobando su autenticidad mediante el cotejo de huellas electrónicas y que no ha sido modificada la documentación que la integra, el contrato inteligente podría ser útil para el examen de las ofertas formuladas y, en concreto, para valorar estas y formular una propuesta de adjudicación. El logro de la virtualidad en la realización de las tareas aludidas dependerá de si la valoración de las ofertas se realiza exclusivamente aplicando fórmulas establecidas en los pliegos o no (es decir, sin incluir juicios de valor, sólo situaciones objetivas fácilmente evaluables). De ser afirmativa la respuesta, después de que se cierre el plazo de presentación de ofertas, el contrato inteligente seleccionará de forma automática la que obtenga un mayor

⁵ J. Alfaro Águila-Real (2016).

⁶ J. Jiménez Ibáñez (2018b).

puntaje conforme a las fórmulas establecidas de manera previa, generando así una propuesta de resolución para el órgano de contratación o, inclusive, una adjudicación directa⁷.

Pero las utilidades de los contratos inteligentes en la contratación pública no se quedan exclusivamente en lo antedicho, ya que a efectos de acreditación de la solvencia económica del licitador podrían los *Smart Contracts* conectarse a un hipotético registro donde cada licitador posea una identidad digital asociada a su solvencia económica como consecuencia de las evaluaciones de riesgos por parte de las entidades financieras, por ejemplo, evitando manipulaciones a este respecto que hagan obtener al licitador «tramposo» el contrato y, por tanto, posibles agudas disfuncionalidades en la ejecución del mismo ante la inexistencia de una «verdadera» solvencia de este.

También podrían ser configurados para el análisis de atributos distintos del expuesto, como pueden ser la reputación del licitador medida en base a históricos del mismo. Para esta tarea, la tecnología *Blockchain* puede ser de gran utilidad dado que se podría medir este atributo en base a la información que figura en la cadena de bloques, la cual goza de un elevado grado de autenticidad gracias al juego de los protocolos de consenso y de los complejos algoritmos matemáticos, que estaría conectada a diversos Registros Públicos (como el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Calificadas del Sector Público), dándose un puntaje a cada licitador en función de la diligencia y grado de cumplimiento manifestados en anteriores contratos públicos⁸.

Por último, los *Smart Contracts* podrían ser empleados en la ejecución de los contratos públicos. Dado el estado actual de la tecnología, se limitaría su uso a automatizar la ejecución de las prestaciones a partir de la comprobación de hechos que sean objetivos y fácilmente verificables.

5. LOS LÍMITES DE LOS *SMART CONTRACTS*

Después del examen de lo que es un contrato inteligente y de sus principales utilidades, la siguiente cuestión que por inercia se plantea es si el instrumento técnico puede aplicarse a cualquier contrato y de ser la respuesta afirmativa, si puede aplicarse a la totalidad de la relación contractual o sólo a una parte.

En primer lugar, se analiza si el Ordenamiento Jurídico prohíbe directa o indirectamente la contratación inteligente. A este respecto y partiendo de la base de que lo que subyace al fenómeno es la automatización de la toma de

⁷ A. Muñoz Carmona (2018).

⁸ A. Muñoz Carmona (2018).

decisiones se debe examinar si el tratamiento legal que se le da a la automatización en nuestro Ordenamiento Jurídico la permite y bajo qué supuestos.

En términos generales, el último párrafo del apartado segundo del artículo 11 de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que remite a lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) da a entender (*a contrario sensu*) que si existe una cláusula en el contrato donde ambas partes acepten de forma clara, expresa e inequívoca que a consecuencia de un tratamiento automatizado de datos se van a tomar decisiones con efectos jurídicos y/o significativos sobre su esfera patrimonial, la automatización de la relación contractual es conforme a Derecho⁹.

Para el caso concreto de la Administración Pública, no sólo se permite la actuación administrativa automatizada, siempre que se cumpla con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sino que también se incentiva de forma indirecta al establecerse como obligatorio y generalizado el uso de medios electrónicos en el procedimiento administrativo, como bien señala el preámbulo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Se ha de añadir que no se observan disposiciones normativas que de forma expresa o implícita hagan ver que existe un conflicto entre la forma «contrato inteligente» y la forma «documento público» o la inscripción del contrato en un Registro Público.

A pesar de todo lo previo, se debe tener en cuenta que, en determinadas ocasiones, el Ordenamiento Jurídico al hilo del desarrollo de la relación contractual exige la intervención de las propias partes o de profesionales del Derecho para que realicen una declaración de voluntad que no puede ser sustituida por la de una «máquina».

Aunque en el plano legal no existe ningún óbice para que cualquier relación contractual pueda ser automatizada casi de forma plena (salvando lo expuesto en el párrafo anterior), hay que sacar a colación el carácter no omnicomprendido de los contratos inteligentes, es decir, sólo pueden ser aplicables a supuestos que resulten verificables de manera objetiva y automática¹⁰. Por tanto, el instrumento técnico no admite cláusulas necesitadas de interpretación para ser verificadas (principalmente, conceptos jurídicos indeterminados), ni tampoco

⁹ E. Fernández de Marcos (2017).

¹⁰ A. Legerén-Molina (2018).

funciona bien ante circunstancias sobrevenidas al no estar, lógicamente, contempladas en el diseño inicial de escenarios. En síntesis, en relaciones contractuales complejas la aplicación indiscriminada de sistemas de *Smart Contracts* podría derivar en un decremento de eficiencia antes que en un incremento, quedando relegado su uso a aquellos tramos contractuales susceptibles de una automatización exitosa.

6. CONTRATOS INTELIGENTES Y PROCESOS JUDICIALES

Como se ha comentado de forma previa, un *Smart Contract* no es un contrato sino un instrumento técnico que sirve a este, por lo que se puede inferir que todas las cuestiones que tradicionalmente se han tratado en sede judicial se seguirán tratando, aunque con las oportunas modulaciones legales que puedan existir por el empleo de estas innovaciones.

Al margen de lo anterior, cabría plantearse como una posibilidad que al hilo de la evolución de la relación jurídica sobrevengan circunstancias no previstas en el clausulado y, por ende, el contrato inteligente no contemple una respuesta ante lo sucedido y/o discurriendo todo dentro del escenario diseñado inicialmente existan deficiencias en la ejecución material del contrato que puedan dar lugar a problemáticas diversas como un «incumplimiento involuntario», es decir, la parte tiene un claro ánimo de cumplir pero por la falla en el mecanismo técnico no se realiza el acto físico o real de cumplimiento y, teniendo en cuenta que el fallo informático no libera al deudor, lo ideal sería prever canales alternativos para garantizar la efectiva realización de las prestaciones que se han pactado con los requisitos objetivos exigidos por la Ley¹¹. En estos supuestos, el monólogo de la «máquina» tendrá que ser sustituido por el diálogo de las voluntades humanas, y cuando la cuestión no se resuelva en sede extrajudicial, será preciso recurrir a los tribunales.

En el caso de que las partes tengan que litigar, lo primero que se puede decir es que el artículo 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa remite a la normativa sobre medios de prueba contemplada para el proceso civil (artículos 299 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante, LEC), siendo, por tanto, aplicables las conclusiones que se alcancen para la Jurisdicción Civil también a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y si se conjugan los artículos 299 (contiene un *numerus apertus* de medios de prueba) y 384.1 (admisión medios electrónicos) de la LEC; lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (que admite el soporte electrónico en el que conste

¹¹ C. Tur Faúndez (2018: 110).

un contrato celebrado por vía electrónica como prueba documental); y los artículos 3.4 y 3.8 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (que hace equivaler a la firma electrónica reconocida y a la manuscrita, y que admite como prueba documental el soporte en el que se hallen los datos firmados electrónicamente, respectivamente), se llega a la conclusión de que la información que yace en la cadena de bloques (o en el medio electrónico donde se almacene el contrato inteligente en caso de tratarse de un *smart legal contract*) puede ser aportada *ad processum* y valorarse judicialmente conforme a las reglas de la sana crítica con la finalidad de probar la identidad de los contratantes, la fecha de la operación, el contenido de los datos registrados y la autenticidad de las firmas. Más exactamente, el juzgador tendría que valorar si la información que aparece en la cadena de bloques es auténtica en su contenido de conformidad con los protocolos de consenso para introducirla y recuperarla, ha sido conservada de forma íntegra y es obtenible a fines procesales sin menoscabo de los Derechos y Libertades de las partes¹².

Se ha de añadir que será necesario traducir el contenido del código al lenguaje usual (sin presumir el conocimiento informático por parte del tribunal) con la finalidad de interpretar y conocer el contenido contractual que se ha codificado¹³, acción que también se deberá realizar cuando se acuda a mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Cuando existe una versión «tradicional» del contrato, no plantea problemática alguna, ya que simplemente se examina que los protocolos informáticos de aplicación, verificación y ejecución del contrato se correspondan con lo dispuesto en el mismo. Dicho de otra forma, que se haya traducido de manera exacta el clausulado contractual a protocolos informáticos. De lo contrario, si no se corresponde y ello deriva en un incumplimiento del contrato, no podrá excusarse el incumplidor invocando fallo informático pero sí que podría dirigirse en las relaciones internas a su «proveedor de tecnología *Smart Contracts*» para exigirle responsabilidad por el error técnico habido. Como valor añadido, el empleo de contratos inteligentes facilitará la resolución de los conflictos al poder comprobar de forma sencilla con periciales informáticas estandarizadas quién tiene la razón, siendo lo expuesto sobre todo aplicable a supuestos donde el grado de automatización de la relación contractual es elevado.

El verdadero problema se planteará cuando en el futuro (próximo) existan contratos íntegramente automatizados que sean elaborados y suscritos *ab initio* por inteligencias artificiales¹⁴, siendo una realidad que postulan algunos doctos como el profesor Jesús Alfaro Águila-Real, que afirma como un hipotético futurible el hecho de que llegará un momento donde lo habitual sea que los

¹² J. Jiménez Ibáñez (2018a).

¹³ R. O'Shields (2017).

¹⁴ A. Legerén-Molina (2018).

individuos deleguen la mayoría de decisiones contractuales en las «máquinas» ante la imposibilidad de la mente humana de analizar de forma óptima toda la información necesaria para decantarse por la opción más adecuada para la satisfacción de sus propios intereses¹⁵.

Lo que sí que es seguro es que esta revolución va a implicar colaboraciones cada vez más estrechas entre juristas e ingenieros: de cara a evitar que los errores puramente informáticos sean los que definan el resultado del litigio y de cara a facilitar a los profesionales del Derecho el entendimiento de estas innovaciones.

7. BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

Alfaro Águila-Real, J. (2016): «Contratos inteligentes (II)». Disponible en Internet: <<https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2016/10/contratos-inteligentes-ii.html>>. Fecha de consulta: 22/01/2019.

—(2017): «Contratos mecanizados». Disponible en Internet: <<https://almacenederecho.org/contratos-mecanizados/>>. Fecha de consulta: 21/01/2019.

Feliú Rey, J. (2018): «*Smart Contract*: concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho Privado». Disponible en Internet: <<https://bit.ly/2TfftnV>>. Fecha de consulta: 22/01/2019.

Fernández de Marcos, E. D. (2017): «Los *Smart Contracts*». Disponible en Internet: <<https://bit.ly/2Wi3WP4>>. Fecha de consulta: 21/01/2019.

Ibáñez Jiménez, J. (2018a): «Cuestiones jurídicas en torno a la cadena de bloques (“blockchain”) y a los contratos inteligentes (“Smart Contract”)». Disponible en Internet: <<http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/8407>>. Fecha de consulta: 24/01/2019.

—(2018b): «*Smart Contract* y notariado español: algunas claves orientadoras». Disponible en Internet: <<https://bit.ly/2CJCnVO>>. Fecha de consulta: 23/01/2019.

Legerén-Molina, A. (2018): «Los contratos inteligentes en España. La disciplina de los *Smart Contracts*». Disponible en Internet: <<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320/267>>. Fecha de consulta: 20/01/2019.

Muñoz Carmona, A. (2018): «Implicaciones jurídicas del uso de *Blockchain* en la Administración Pública». Disponible en Internet: <<https://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/61679>>. Fecha de consulta: 21/01/2019.

O’Shields, R. (2017): «*Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain*». Disponible en Internet: <<https://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol21/iss1/11/>>. Fecha de consulta: 22/01/2019.

Tur Faúndez, C. (2018): *Smart Contracts, análisis jurídico*, 1.ª ed., Madrid, Reus, 207 pp.

¹⁵ J. Alfaro Águila-Real (2017).

RELACIÓN DE SÍNTESIS

RETOS ACTUALES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Leonor Rams Ramos

SUMARIO: 1. La necesaria adaptación de la jurisdicción contencioso-administrativa a la cambiante realidad socio-económica y tecnológica. 2. La disgregación de las normas jurídicas llamadas a solucionar los problemas que estos retos plantean. 3. La necesaria transformación del sistema jurídico para hacer frente a los retos planteados y los principios de seguridad jurídica, lealtad constitucional y confianza legítima como piedra angular del mismo. 4. A modo de conclusión final: los principales obstáculos para lograr la necesaria transformación.

RESUMEN: Aunque no es tarea fácil resumir el contenido de las importantes e interesantes cuestiones tratadas por ponentes, comunicantes e intervinientes de la segunda sesión del XIV Congreso de la AEPDA, la presente relación tiene como objetivo la síntesis de los principales temas que se trataron, presentándolos a modo de conclusiones, en relación con los retos que se plantean a día de hoy para la jurisdicción contencioso-administrativa y de las posibles vías de actuación identificadas, como propuestas para su consecución.

PALABRAS CLAVE: Administración de Justicia, Derecho de la Unión Europea, Innovación Tecnológica.

ABSTRACT: The main objective of this work is to summary the contents of the most important and interesting questions outlined by the speakers, communicators and intervenients in the second Session of the XIV Congress of the AEPDA, regarding the main challenges faced nowadays by the administrative courts of justice and the proposals for their consecution, presented as conclusions.

KEYWORDS: Courts of Justice, European Union Law, Technological Innovation.

1. LA NECESARIA ADAPTACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA A LA CAMBIANTE REALIDAD SOCIO-ECONÓMICA Y TECNOLÓGICA

Bajo el escueto título de «Retos», en la segunda Sesión del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo se han abordado, desde diversas perspectivas, algunas de las cuestiones que sin duda tienen un carácter central en el futuro de la regulación de la Administración de Justicia, en general, y de la jurisdicción contencioso-administrativa que aquí nos ocupa, en particular, pues es imprescindible que la misma sea capaz de adaptarse —como debe hacer en general el Derecho—, a la cambiante realidad socio-económica, ideológica, cultural y tecnológica en la que nos encontramos.

Esta adaptación no puede abordarse sin tener en cuenta, como nos presentó el profesor Martínez Gutiérrez en su ponencia, la necesaria actualización tecnológica que la Administración de Justicia debe hacer para seguir actuando eficazmente, ni tampoco puede llevarse a cabo, como expuso el profesor Álvarez Carreño en la suya, sin la integración del Derecho de la Unión Europea en nuestro ordenamiento jurídico, función que corresponde en buena medida a jueces y tribunales de justicia que, para redondear la cuestión, depende a su vez de disponer de mecanismos adaptados tecnológicamente e interoperables.

En este sentido, la primera conclusión que puede extraerse de la sesión celebrada —pese a la aparente disimilitud de contenidos de las ponencias defendidas— pudiera entenderse similar: el legislador no puede desconocer la realidad cambiante y evolutiva a la que se enfrentan jueces y tribunales en su función jurisdiccional —no hay vuelta atrás—, y debe dotarles de mecanismos y medios suficientes e idóneos para afrontar estos retos que, más allá de establecer su mera obligatoriedad, respondan a los principios de seguridad jurídica, lealtad institucional y confianza legítima.

Bajo esta premisa, las cuestiones abordadas en esta sesión pueden sintetizarse en torno a tres ideas: 1.^a El carácter disgregado y fragmentario de las normas existentes en relación con estos retos; 2.^a Los cambios de paradigma, e incluso, de conformación del sistema jurídico que implican; y, 3.^a La necesidad de afrontarlos con pleno respeto a los mencionados principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

2. LA DISGREGACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS LLAMADAS A SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS QUE ESTOS RETOS PLANTEAN

Respecto de la primera cuestión, el carácter disgregado y fragmentario de las normas que regulan estas realidades —muchas veces redactadas sin tener

en cuenta a quienes están llamados a aplicarlas— es perfectamente visible, como expusieron los ponentes.

En relación al Derecho de la Unión Europea hay que recordar que su imprescindible referencia no se produjo —salvo respecto a cuestiones menores— hasta las reformas legales acometidas por la LO 7/2015, con la efectiva referencia ¡por fin! a la aplicación de jueces y tribunales del Derecho de la Unión Europea y al planteamiento de la cuestión prejudicial, en la LOPJ y su mención también en la LJCA.

Estas concretas referencias al Derecho comunitario como parámetro de aplicación del derecho interno han provocado transformaciones jurídicas de gran relevancia. Puede tenerse en cuenta, al respecto, que la reforma del recurso de casación contencioso-administrativa, que permite la posibilidad de recurrir cualquier sentencia que presente «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», ha convertido al Tribunal Supremo en posible decisor de última instancia y, por tanto, en el órgano que debe plantear en todo caso cuestión prejudicial —aunque los demás jueces y tribunales, puedan plantearlo—, provocando todo un cambio en este sentido.

No obstante, las medidas adoptadas no resultan siempre del todo satisfactorias, por implicar una serie de requisitos adicionales, como recordó el profesor Álvarez Carreño, tanto en relación con el recurso de casación, ya mencionado, cuya regulación hace harto difícil su planteamiento, como también respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador regulada en las leyes administrativas, advirtiendo además el ponente en este último caso sobre su posible contradicción con los principios de equivalencia y efectividad.

Por otra parte, en materia de justicia electrónica, debe tenerse en cuenta igualmente que las cuestiones tecnológicas no se contemplan específicamente en la LJCA, no siendo hasta su importante reforma por la misma LO 7/2015, cuando se acogen, casi por primera vez, estas realidades, sobre todo en el artículo 230 LOPJ; son, sin embargo, otras normas las que recogen la específica regulación de la materia, con la complejidad que implica su aplicación integrada, sobre todo teniendo en cuenta el reparto competencial en esta materia.

El profesor Martínez Gutiérrez propuso, en este sentido, el tratamiento de las medidas tecnológicas —como hizo para las Administraciones Públicas la Ley 39/2015 y ha sido declarado constitucional por el Tribunal Constitucional en su STC 55/2018—, como obligatorias por su carácter estructural, entendiendo que si la deficiencia en TICs afecta a la prestación jurisdiccional, entonces su uso se aproxima —o se integra, incluso— en la materia Administración de Justicia, de manera que resulta posible aplicar el principio de coordinación para asegurar su obligatoriedad, con plenas garantías de interoperabilidad.

Así, frente a los sistemáticos incumplimientos de estas normas en el pasado, el ponente señaló como esperanza de cambio la actual obligatoriedad de las

Instrucciones del Consejo General del Poder Judicial, como coordinador en esta materia, y en particular, de la recientemente aprobada Instrucción 1/2018, vinculante tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas.

3. LA NECESARIA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO PARA HACER FRENTE A LOS RETOS PLANTEADOS Y LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA, LEALTAD CONSTITUCIONAL Y CONFIANZA LEGÍTIMA COMO PIEDRA ANGULAR DEL MISMO

Lo anteriormente expuesto nos lleva, en segundo lugar, hacia un cambio de paradigma e incluso a mutaciones en el sistema jurídico derivadas de estos retos, que hace necesario delimitar claramente su aplicación al servicio de la mejora de la Administración de Justicia.

Y es que en relación con las TICs, es obligada la referencia a la obligatoriedad de los programas ya existentes, en particular del sistema LEXNET, que tan criticado ha sido por los problemas que ha generado. En este sentido, hay que destacar, como recordó el profesor Martínez Gutiérrez, que el Tribunal Supremo, en su STS 1218/2018, consideró recientemente de que la obligatoriedad de su uso no lesiona derechos fundamentales, aunque deba mejorarse su funcionamiento y seguridad, pues no puede suponer, en todo caso, la carga a los sujetos obligados de los posibles fallos de funcionamiento.

Sin embargo, es necesario traer aquí a colación la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2019, de 17 de enero, en relación con la constitucionalidad del artículo 152.2 LEC, que ha establecido que «la falta de aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida», con duro voto particular en contra, eso sí, del Magistrado Xiol Ríos, quien califica de arbitrariedad, contraria al artículo 9.3 CE, «pretender que el perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación recaiga sobre la parte no incumplidora», cuando la norma claramente establece el deber de la Administración de Justicia de efectuar el aviso. Y debe tenerse en cuenta que, sobre el análogo art. 41.6 LPAC, había recaído ya con anterioridad Sentencia 579/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de junio, en la que rotundamente se afirma que la consideración de la notificación como válida, cuando falte el aviso —pese a verse dado el correo electrónico para ello—, vulnera el principio de confianza legítima, que protege al ciudadano que confía en la forma de actuar de las Administraciones Públicas. Esto es, los recientes pronunciamientos jurisprudenciales hacen ver la falta de diálogo —y de acuerdo— sobre el alcance de estas medidas.

También en relación con los límites que cabe imponer a la aplicación de nuevos instrumentos tecnológicos al servicio de la Administración de Justicia,

pese a que el profesor Martínez se mostró optimista sobre el posible acogimiento en el futuro de la inteligencia artificial para actuaciones totalmente automatizadas, los profesores Cerrillo y Velasco expusieron en su comunicación cómo pueden ser sumamente útiles como sistemas auxiliares —como también señaló para los contratos inteligentes Pérez Bastida en la suya—, pero insistiendo en que son muchos los límites y garantías que se deben establecer en esta regulación para no subvertir el sistema de garantías constitucionales.

Por su parte, a través de un breve pero completo análisis de la evolución de la Unión Europea en sus facetas política, normativa y jurisprudencial, el profesor Álvarez Carreño expuso cómo el juez nacional se ha convertido en juez ordinario del Derecho de la Unión Europea, confrontándole con la enorme tarea de garantizar la aplicación uniforme y efectiva del acervo comunitario. Pero, más allá de esto, el ponente mostró cómo el Derecho de la Unión Europea conforma la propia configuración jurisdiccional de los Estados Miembros, que deben en todo caso establecer su estructura judicial respetando este derecho.

En este sentido, una de las principales conclusiones que se alcanzan, es la de la indefectible mutación de la Constitución, en cuanto a que la construcción europea implica un sistema multinivel, en virtud de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo del derecho comunitario. La primacía y el efecto directo del Derecho de la UE, la aplicación de la doctrina *Cilfit* de los actos claros, o la cuestión prejudicial —calificada como «piedra angular del sistema» e incluso como «arma federalizante», por convertir al Tribunal de Justicia en el máximo y único intérprete del Derecho de la Unión Europea—, entre otros muchos principios, implican una reinterpretación de las funciones jurisdiccionales de los jueces ordinarios, que deja a los Tribunales Constitucionales en un lugar a veces relegado —por lo que generan enormes reticencias en los mismos—, pero que determina indiscutiblemente una mutación constitucional y de las fuentes del derecho, que el legislador, como ya advirtiera hace años el profesor Martín-Retortillo al hablar de las interconexiones entre ordenamientos jurídicos, no puede desconocer, sin poner en riesgo el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 CE.

Esta idea entronca o incluso es parte de la última conclusión que puede extraerse de la sesión celebrada, que no es otra que la rotunda afirmación de que la consecución de estos retos debe hacerse, en todo caso, con pleno respeto a los mencionados principios de seguridad jurídica, lealtad constitucional y confianza legítima.

En materia de medios electrónicos, la cuestión es también esencial, y se traduce en la necesidad de diseño de software que responda a las normas de interoperabilidad, seguridad y protección de datos por diseño, que a la vez que debe dar respuesta concreta —y no estandarizada— a las finalidades de los diversos procedimientos y actuaciones procesales.

Por ello, como se insistió en el debate planteado, no es posible diseñar estas TICs acudiendo únicamente a informáticos y dejando al margen a quienes están llamados a su utilización, pues es necesario que permitan cumplir con todos los requisitos jurídicos que se le puede exigir a la Justicia, sea esta electrónica o no. En este sentido, todas las aplicaciones deberán respetar las normas sobre seguridad, interoperabilidad y protección de datos, así como los demás requerimientos tecnológicos considerados por la mencionada Instrucción 1/2018 y quizás, como se adelantaba antes, limitar su uso a cuestiones auxiliares dejando, al menos de momento, la garantía de la labor sustantiva de la impartición de justicia en manos de los jueces y tribunales y no de las máquinas.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL: LOS PRINCIPALES OBSTÁCULOS PARA LOGRAR LA NECESARIA TRANSFORMACIÓN

No son éstas las únicas ideas y cuestiones que ponentes, comunicantes e intervinientes en el debate presentaron, referidas tanto a estos retos, como a otros tantos a los que se enfrenta la jurisdicción contencioso-administrativa, como la necesaria extensión del control judicial al ejercicio de potestades por entidades de derecho privado, presentada por el profesor Descalzo González en su comunicación, o la calidad del mismo en relación con las decisiones de las autoridades reguladoras, tratadas en su comunicación el profesor Rodríguez Pontón.

Pero a modo de conclusión final de lo tratado, puede desatarse la idea de que no basta —aunque sea sin duda necesaria—, con una reforma de la LJCA que vele por supuesto por la garantía de la tutela judicial efectiva y de los derechos de los ciudadanos para hacer frente a los retos planteados, sino que resulta imprescindible tanto una real voluntad política de cambio, como una buena formación y mayor especialización de los jueces y magistrados, lo cual requiere sin duda alguna mayores medios personales y económicos al servicio de la Administración de Justicia —o al menos, una mejor distribución de los mismos—, que es, quizás, en definitiva, el mayor obstáculo que, a día de hoy, encuentran estos retos.

TERCERA SESIÓN

EFICACIA

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

María Jesús Montoro Chiner

1. El Derecho Administrativo fue construido sobre lo nacional; pero desde su origen ha sufrido un proceso proyectado hacia lo transnacional, internacional, supranacional (europeo y global).
2. La (hipotética) ineficacia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante JCA) y el déficit de ejecución de sus Sentencias en concreto, proyectarían los males del sistema más allá de los límites nacionales.
3. Toda proposición de mejora en este ámbito ha de enfocarse de conformidad con la interpretación del Derecho Europeo y bajo la protección de los derechos fundamentales de la Carta y del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El llamado método jurídico de la conocida como «quinta interpretación» será inevitable.
4. La diferente cultura judicial, anglosajona y continental conducen, una, al predominio de lo dictado por el Juez (protagonismo judicial), otra, a la hegemonía del legislador (protagonismo legislativo). A velocidades diferentes, el legislativo atenderá más lentamente a toda nueva circunstancia social, económica o ambiental; cualquier adaptación fuera de los *tempi* que la realidad impone repercutiría en contra de la mejora de la eficacia de la JCA.
5. Nuestro sistema exige la intervención del legislativo para dictar las medidas de mejora y reforma; y se sospecha y mal entiende cualquier medida que provenga de «sentencias fríamente jurídicas», «apasionadamente filosóficas» o «alternativamente creativas».

6. Malo sería controlar la Administración pública en la órbita de un Derecho Administrativo global por un sistema de JCA territorialmente localizado (cuando conforme al caso corresponda), aquejado de un déficit sistémico de ejecución de sentencias.
7. La hipotética ineficacia de la JCA, el déficit del sistema de ejecución de sentencias y de adopción de medidas cautelares repercutiría en la aplicación del Derecho Europeo; aunque no solamente. Padece, también, el principio de aplicación uniforme; más matizadamente, padecen los principios de equivalencia y de efectividad (Preston-Fletcher, 16/5/2000 C-78/98).
8. En un *crescendo*: el déficit de eficacia en la ejecución de resoluciones judiciales afectaría a los derechos fundamentales y a la efectividad de los derechos fundamentales; acabaría por encarecer «la consecución de los derechos» en un sistema global. Ejecutar de manera eficaz lo reconocido por la Sentencia vale tanto como poder acceder a la tutela judicial efectiva.
9. Al legislador corresponde cumplir el mandato de dar efectividad al derecho a la tutela judicial. Se espera del legislativo que actúe para evitar vicios en el sistema interno que repercutirían extrasistémicamente.
10. No pueden siempre adelantarse a los legisladores, porque son más útiles, los actos derivados (solo por poner un ejemplo), de los *Hybrid Global Administrative Bodies, drafting soft law and ruling public life by private actors*, muestra del compromiso entre eficiencia y constitucionalidad que, más allá de las medidas cautelares y las de ejecución de resoluciones judiciales, efectúan algo similar a un «*judicial review extending powers beyond the boundaries imposed by states*».
11. Las garantías jurisdiccionales no son tales si el legislador no establece medidas de aseguramiento eficaces. La doctrina está construyendo conceptos (control de la causa, de la procedencia de las causas, de la motivación, de la Buena administración y de la verificación de todas sus razones) que se disuelven, se diluyen y se esfuman si no van acompañadas de la implementación exacta y rápida del resultado del enjuiciamiento judicial, si no se asegura durante el proceso su finalidad legítima o no se hace realidad su reconocimiento.
12. Necesitamos un proceso justo y pretendemos la eficacia del remedio impuesto. Cuando la Administración y el poder público se apartan de la Ley y la revisión de su comportamiento no es efectiva porque no es suficientemente eficaz la ejecución de la resolución que así lo dicta, lo nulo, lo inválido, ¿se transforma, también, en injusto? Qué se hizo del *due process of law*?

13. El derecho al remedio efectivo, *effective remedy* en su tradición anglosajona, como garantía de los derechos reconocidos en el CEDH, exige efectivos mecanismos procesales. Los vicios en la ejecución de Sentencias, su defectuoso cumplimiento, las carencias procesales del aseguramiento del derecho en el pleito ¿son vicios del proceso o son vicios del Derecho positivo?
14. El CEDH protege mediante la exigencia de que existan recursos/remedios en los ordenamientos internos y, además, bajo la condición de que aquellos sean efectivos. La efectividad depende de cada uno de los ordenamientos internos. Que un recurso sea eficaz no quiere decir que sea necesariamente jurisdiccional. Sea o no sea, el art. 6 del CEDH exige que siendo jurisdiccional, también sea eficaz.
15. El caso Kudla (30210/1996) recuperó el sentido literal de la primigenia redacción del precepto del Convenio en lengua inglesa: *an effective remedy*. Que se procure una satisfacción en lo sustantivo y en lo procesal. Equivale a exigir tutela material concreta más ejecución correcta de la Sentencia (sin dilaciones indebidas, además). El caso citado, de 26 de octubre de 2000, ya no es un caso aislado.
16. La efectividad de un proceso va más allá de la evitación de las dilaciones indebidas. Se trata de asegurar remedio efectivo, en un plazo razonable, y que se hayan previsto las medidas de reparación en caso de dilaciones.

Los Estados poseen un amplio margen de apreciación para adoptar medidas al respecto que permitan el acceso al proceso y la ejecución de las Sentencias en plazo razonable por el propio Tribunal o mediante la cooperación de la Administración y de otros agentes, en su caso. Pero no adoptar tales medidas o hacerlo sin efectividad podría infringir el CEDH.
17. Las fisuras o imperfecciones en ambos ámbitos perturban el sistema; pueden ser tan graves como un mal sistema. Eficacia es hacer un servicio efectivo; puede conseguirse sin necesidad de sustituir el sistema por otras técnicas como mediaciones, arbitrajes, o Tribunales específicos *ad hoc* para cada sector; aunque introducir las citadas técnicas pudiese acrecentar la efectividad del sistema en ámbitos concretos.
18. La actual composición de Juzgados y Tribunales de la JCA ¿está dispuesta de forma que pueda afrontar, por poner un caso, medidas cautelares sobre asuntos en los que el juicio técnico, o de ciencia, sea determinante para asegurar la efectividad legítima del proceso? ¿Sería jurídicamente admisible incorporar en su organización miembros con perfil científico o técnico para el enjuiciamiento o para la adopción de medidas cautelares? O, ¿para ambos supuestos? Pongo por ejemplo:

autorización de implantes o elementos digitalmente monitorizados en el cuerpo humano contra epilepsias o Parkinson; asuntos de transmisiones *on line* en segundos a través de algoritmos; el mismo control de los sesgos de los algoritmos; la censura previa en internet; los seguros de automóviles autónomos; el uso de drones y de inteligencia artificial; la «privacidad» de los neuroderechos (datos médicos del cerebro de las personas); que el derecho de la persona no se disuelva en la red... «el derecho a la identidad». En fin, el Derecho, al igual que la sociedad están tan tensionados por las nuevas tecnologías...

19. Los ordenamientos procesales han sufrido mutaciones como consecuencia de la aplicación del CEDH y de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo.

El poder estatal ha sido permeable a la globalización; especialmente en lo referente a su estructura. Los derechos fundamentales se han transfigurado, por no decir transmutado, También la eficacia de la JCA, que no es que esté larvada, habría de lucir como crisálida.

20. Dar nueva luz al texto de la LJCA en lo tocante a su eficacia es cosa del legislador; pero a la vez de otros actores que no usen del proceso para entorpecer el proceso. Puede que los vigentes capítulos relativos a las medidas cautelares y a la ejecución de sentencias tuvieran diferente lectura vistos bajo otra cultura y bajo otra forma de ética.

PONENCIAS

EFICACIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Anabelén Casares Marcos

SUMARIO: 1. La evolución de la justicia cautelar en el ámbito contencioso-administrativo. A) De la suspensión del acto administrativo en vía de recurso a la consolidación jurisprudencial de un sistema cautelar al amparo de la LJCA 1956. B) La reforma de la tutela cautelar por la actualmente vigente LJCA. 2. Fundamento de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo. A) Su justificación actual. B) Definición y caracteres. 3. Presupuestos de la tutela cautelar en vía contencioso-administrativa. A) El riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso: *periculum in mora*. B) La valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. C) La ponderación judicial de la apariencia de buen derecho: la construcción jurisprudencial de *fumus boni iuris*. 4. Procedimiento cautelar en sede contencioso administrativa. A) Iniciación. B) Instrucción. C) Medidas provisionales o la excepción a la regla general en la iniciación e instrucción del trámite cautelar. D) Terminación. E) Eficacia. F) Medida cautelar, recursos y ejecución provisional de sentencia. 5. Bibliografía.

RESUMEN: La aprobación de la Constitución sustituye los cimientos sobre los que se había asentado hasta entonces la tutela cautelar por una nueva piedra angular, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Habrá que esperar hasta 1998 para que el legislador regule un nuevo sistema de justicia cautelar fundado en sus exigencias. De alguna forma las buenas intenciones expresadas en la Exposición de motivos de la LJCA se pierden a la hora de encontrar concreción en su articulado, por lo que, superado un primer estadio inicial de euforia tras su aprobación, resulta inevitable cierto desánimo, en cuanto el legislador pasa de puntillas por muchos de los aspectos más espinosos de la cuestión, dejando su resolución en manos del juzgador.

PALABRAS CLAVE: tutela judicial efectiva, justicia cautelar, medidas cautelares.

ABSTRACT: The approval of the Constitution replaces the existing foundations of precautionary protection with a new cornerstone, the fundamental right to effective judicial protection. It will be necessary to wait until 1998 for a new regulation of a system of precautionary justice based on its requirements. The good intentions voiced by the Preamble of the LJCA are somehow lost along the way and do not find due expression in its articles, so that, after a first stage of euphoria after its approval, a certain discouragement is inevitable, as the legislator tiptoes past the most thorny aspects of the issue, leaving their resolution in the hands of the judging Court.

KEYWORDS: effective judicial protection, precautionary justice, precautionary measures.

1. LA EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA CAUTELAR EN EL ÁMBITO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN VÍA DE RECURSO A LA CONSOLIDACIÓN JURISPRUDENCIAL DE UN SISTEMA CAUTELAR AL AMPARO DE LA LJCA 1956

La hoy denominada justicia cautelar aparece revestida en sus orígenes de un ropaje más modesto, en cuanto la suspensión del acto administrativo en vía de recurso era la única medida prevista inicialmente por nuestro Derecho histórico para contrarrestar, al menos en parte, los efectos de la prerrogativa de autotutela de la Administración. En su evolución, al abrigo de la del contencioso-administrativo español desde una perspectiva más general, cabe apreciar dos etapas bien diferenciadas¹. La primera, marcada por una jurisdicción retenida, tratándose entonces de una suspensión propiamente administrativa; la segunda, en cambio, inaugurada por la Ley de 13 de septiembre de 1888, sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, hito normativo que

¹ Sobre el origen y desarrollo histórico de la suspensión del acto administrativo en España, por todos, C. Martín-Retortillo González (1963: 41 y ss.), J. Rodríguez-Arana Muñoz (1986: 60 y ss.) y E. Osorio Acosta (1995: 17 y ss.), sin olvidar la obra de J. R. Fernández Torres (2007) y, desde una perspectiva más acotada, sobre la Ley de 1888, L. Martín Rebollo (1975). Sobre los orígenes de lo contencioso en España y el privilegio administrativo de dictar actos ejecutorios, resulta de obligada cita la polémica mantenida en su día por J. R. Parada Vázquez (1968: 65 y ss.; 1969: 41 y ss.) y A. Nieto (1968: 9 y ss.).

permite hablar ya de la suspensión jurisdiccional del acto administrativo recurrido, si bien de carácter extraordinario en la práctica².

Excepcionalidad que acompañará posteriormente de forma ininterrumpida a las soluciones que vayan adoptándose por la normativa en la materia y, en particular, a la jurisprudencia habida en su aplicación³. También a la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA 1956), cuyo artículo 122 regula la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto de recurso, única medida cautelar contemplada por la Ley si bien en ausencia aun de esta denominación expresa⁴. El precepto sanciona más una salvedad en relación con la ejecutividad del acto que un auténtico sistema cautelar. Su interpretación y aplicación jurisprudencial fue aun más restrictiva de lo que podía hacer prever en un primer momento su enunciado, desembocando en cierta rigidez que contribuyó a acentuar sobremanera lo insólito de la suspensión del acto⁵.

Pese a no sufrir variaciones posteriores en el tenor literal de su enunciado, vigente durante más de cuatro décadas⁶, la justicia cautelar conocerá tiempo después un desarrollo espectacular al albur de su expansión y progresiva consolidación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, primero, y del Tribunal Constitucional, después⁷, en especial, a raíz del revulsivo que supone, también en esta materia, la Constitución de 1978⁸. Los estrechos márgenes del artículo 122 de la LJCA 1956 fueron superados rápidamente por una jurisprudencia no solo decidida sino adelantada a su época por cuanto la evolución reseñada comenzó algún tiempo antes, incluso, de la aprobación del texto constitucional⁹. Su avance estará pautado no solo por la necesidad de reequilibrar en vía contenciosa las posiciones procesales de los litigantes, sino por la urgencia,

² *Vid.* la reflexión de L. Martín Rebollo (1975: 91) al albur de la situación vigente a comienzos de los 70.

³ J. Rodríguez-Arana Muñoz (1986: 92 y ss.) da noticia de la evolución normativa entre 1894 y 1956.

⁴ *Vid.* V. Conde Martín de Hijas (1998: 74). Sobre la tradicional «interpretación extraordinariamente restrictiva» del Tribunal Supremo al efecto, su continua denegación de las solicitudes planteadas y el lamento doctrinal al respecto, T. Font i Llovet (1982: 477) y J. M. Fernández Pastrana (1989: 277).

⁵ *Vid.* J. M. Fernández Pastrana (1989: 277 y ss.). También, F. López Ramón (1988: 63).

⁶ J. A. Santamaría Pastor (1983: 1618) denuncia, a tal efecto, la «tendencia sacralizante y petrificadora» del texto de la Ley que deriva de la «creencia general» en sus excelencias.

⁷ *Vid.*, con mayor profundidad, M. Bacigalupo Saggese (1999: 13 y ss.).

⁸ Destaca el esfuerzo doctrinal por abordar el impacto del texto constitucional sobre la regulación de la suspensión del acto administrativo recurrido en la LJCA 1956. *Vid.*, por todos, J. M. Fernández Pastrana (1989: 281) y C. Chinchilla Marín (1991: 142 y ss.), así como la doctrina allí citada.

⁹ Así lo señala T. Quintana López (1989: 536), de tal forma que no cabe concebir hoy día al contencioso sino como señala J. Arozamena Sierra (1986: 707), esto es, como un «baluarte contra la arbitrariedad». Ya E. García de Enterría (1974: 19) había subrayado cómo la LJCA

más pragmática, derivada del paulatino colapso de la jurisdicción, sobrecargada en número de procesos, de duración temporal, a su vez, excesivamente dilatada¹⁰. En este contexto se torna prácticamente inevitable abogar por la potenciación de la justicia cautelar¹¹.

La abundante jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa¹² sobre el alcance, función, fundamento y requerimientos constitucionales mínimos de la justicia cautelar como pieza indispensable de la tutela judicial efectiva contribuye a erigir la cuestión de las medidas cautelares en «uno de los temas centrales de la evolución del recurso contencioso-administrativo tras la publicación de la Constitución», tratándose de «una de las cuestiones más analizadas y de mayor interés» en sede doctrinal, como atestigua la extensa bibliografía habida al efecto¹³. Pese a que un elemental principio de seguridad jurídica habría aconsejado abordar la cuestión acometiendo lo antes posible la reforma legal de la jurisdicción contenciosa desde el prisma de las nuevas bases constitucionales¹⁴, habrá que esperar veinte años, hasta 1998, para que el legislador regule un nuevo sistema de justicia cautelar fundado en las exigencias del artículo 24.1 de la Constitución. Entre medias el artículo 122 de la LJCA 1956 será objeto de una profunda reinterpretación jurisprudencial, mutando de forma decidida el régimen de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento sin la menor variación del tenor literal de los preceptos aplicables en la materia.

1956 «inventó en el plano real las posibilidades de un amparo judicial frente a la Administración en nuestra patria».

¹⁰ Diferencia entre ambas preocupaciones V. Conde Martín de Hijas (1998: 75).

¹¹ J. R. Parada Vázquez (1991: 14) relata cómo en aquel momento la lucha por la tutela cautelar, librada, entre otros, de forma brillante por el Profesor E. García de Enterría, había terminado por presentarla como la «última oportunidad desde el frente procesal de salvar a la justicia de su profunda crisis». Sobre ello incide también T. Font i Llovet (1982: 477).

¹² Jurisprudencia no siempre uniforme, como constata V. Conde Martín de Hijas (1998: 77), para quien cabe apreciar en un análisis global retrospectivo «un déficit de coherencia, con avances y retrocesos que hacen muy difícil el hallazgo de unas líneas de interpretación discernibles y consolidadas».

¹³ A. Palomar Olmeda (2017: 866).

¹⁴ En todo caso, F. López Ramón (1988: 66 y ss.) identifica a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional como los primeros hitos de una reacción legislativa en materia de suspensión de actos administrativos recurridos que habría de continuar los progresos con la aprobación, entre otras, de las Leyes Orgánicas 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial. Para el autor no hay duda que operan «un importante cambio de sentido en la tradicional autotutela administrativa sobre actos recurridos» al invertir el sistema cautelar de 1956 y sancionar como regla general la suspensión de los actos impugnados, sin perder, como subraya J. A. Santamaría Pastor (1983: 1618), «su carácter sectorial y, en cierta manera, excepcional».

La evolución reseñada cristalizará finalmente en el decisivo ATS de 20 de diciembre de 1990¹⁵, que representa, sin duda alguna, un hito clave, por cuanto supone la irrupción en el ámbito jurisprudencial de la teoría del *fumus boni iuris* como criterio para adoptar la suspensión¹⁶. Confirmada al poco por el Auto de 17 de enero de 1991 que remite abiertamente a «una interpretación evolutiva» de la LJCA 1956 que permita «suspender la ejecución del acto impugnado en razón de la “apariencia de buen derecho” de la pretensión articulada»¹⁷, contribuye a poner aun más en entredicho las mugas que aun subsistían en torno a la posible adopción de medidas cautelares en vía contencioso administrativa¹⁸.

Sin pretender desmerecer la trascendencia y el impacto causado por ciertos pronunciamientos jurisprudenciales y, en particular, por su línea aperturista, favorable a una concesión más generalizada, menos excepcional, en fin, de la tutela cautelar¹⁹, no cabe ignorar que se trata de una posición cuando menos debatida, polémica, que no habrá de cristalizar, sin más, en una línea jurisprudencial pacíficamente aceptada y generosamente aplicada²⁰. En ausencia de un régimen legal claro y expreso, la jurisprudencia retuerce en ocasiones, con la mejor de sus intenciones, el tenor literal de la LJCA 1956 para expresar nuevas posibilidades, más acordes al enunciado constitucional, empeño no exento del riesgo de incurrir en algún exceso. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es, sin embargo, de necesaria configuración legal, debiendo ponderarse en vía judicial no solo el enunciado positivo del régimen jurídico aplicable en materia cautelar, sino también el silencio o la inactividad del legislador que ha optado por no regular ciertas posibilidades²¹.

¹⁵ Ponente: Francisco González Navarro, fundamento de derecho segundo.

¹⁶ No ha de ignorarse la complejidad de este proceso de construcción jurisprudencial, no exento de contradicciones, como señala V. Conde Martín de Hijas (1999: 539), por cuanto la jurisprudencia evoluciona siempre, en palabras de J. A. Santamaría Pastor (1983: 1626), «prudentemente, como la historia misma, con pasos adelante y atrás».

¹⁷ Ponente: Francisco Javier Delgado Barrio, fundamento de derecho primero.

¹⁸ C. Chinchilla Marín (1993: 447 y ss.) destaca cómo los importantes Autos de comienzos de la década de los noventa habían contado con un «terreno ya abonado» en años inmediatamente anteriores.

¹⁹ Da cuenta de ello la STS de 17 de diciembre de 2001, rec. 8520/1996, fundamento de derecho tercero.

²⁰ La discrepancia se manifiesta en la pervivencia de una corriente jurisprudencial que aplica la suspensión del acto recurrido como algo en verdad excepcional, en forma de voto particular a algunas de estas resoluciones más innovadoras y de crítica doctrinal acerca de posibles excesos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. A tal efecto, el voto particular formulado por tres de los siete Magistrados al ATS de 21 de febrero de 1993 (Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate). Entre los autores con reservas al respecto, por todos, E. Calvo Rojas (1994), F. Sanz Gandásegui (1995) o A. Calonge Velázquez (1994).

²¹ Para A. Calonge Velázquez (1994: 469) esta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico por el Poder Judicial entra en el campo de *lege ferenda* y no en el de *lege data*. En idéntico sentido, F. Sanz Gandásegui (1995: 197) o E. Calvo Rojas (1994: 475 y ss.).

B) LA REFORMA DE LA TUTELA CAUTELAR POR LA ACTUALMENTE VIGENTE LJCA

La evolución reseñada permite la consolidación paulatina en nuestro ordenamiento de un auténtico sistema de justicia cautelar contencioso administrativa bajo la vigencia de la LJCA 1956. Se trata, sin duda, de un hito meritorio pero también, simultáneamente, del resultado de un proceso insólito, algo vergonzante, incluso, para nuestro legislador, en cuanto se desarrolla de la mano de la interpretación jurisprudencial y al margen, cuando no abiertamente en contra, de la propia literalidad de los preceptos entonces en vigor²², a fin de acomodarlos a las exigencias del nuevo texto constitucional²³.

La nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), supone, en todo caso, un vuelco fundamental en la materia, tanto en la forma como en el fondo. Dedicar un Capítulo completo al régimen jurídico de las medidas cautelares, que comprende, a su vez, ocho preceptos en los que se desgranar progresivamente su fundamento, presupuestos y tramitación procesal en sede contenciosa. Su enunciado incorpora, además, innovaciones esenciales, entre otras, el carácter innominado de las medidas que pudieran acordarse, el posible otorgamiento de las denominadas provisionalísimas o su adopción *inaudita parte*²⁴.

Su aprobación supone, asimismo, la desaparición en la práctica de la regulación especial de las medidas cautelares en el ámbito concreto de la protección de los derechos fundamentales de la persona, estableciendo un mismo sistema de justicia cautelar para todo tipo de procesos sustanciados ante la jurisdicción contencioso administrativa. Se trata de un cambio radical, por cuanto supone invertir por completo la regla avanzada de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, favorable a la suspensión²⁵. De algún modo, el tenor literal de la nueva LJCA

²² Para J. J. Torres Fernández (1999: 1) la decidida ampliación del marco de la decisión cautelar había convertido al artículo 122 en un «cadáver que, sin embargo, nadie tuvo el valor de enterrar».

²³ Así lo reconoce la Exposición de motivos de la LJCA. Se trata, como destaca V. Conde Martín de Hijas (1999: 540 y ss.), de un reto difícilmente asumible para la jurisprudencia a partir de los «condicionantes inexcusables» de la actuación jurisdiccional.

²⁴ Son muchas las esperanzas depositadas en un primer momento en el nuevo sistema de justicia cautelar de la LJCA. *Vid.*, por todos, C. Chinchilla Marín (1993: 448) o J. L. Terrero Chacón (1998: 1307).

²⁵ Se trata no solo de una «solución sorprendente» sino de un auténtico «retroceso» poco razonable en opinión de E. García Llovet (1999: 1895). Sobre la ruptura del esquema general que sancionaba Ley de 1978, *vid.* J. Salas y J. Tornos Mas (1980: 51 y ss.), A. Cano Mata (1982: 52 y ss.) y, con mayor profundidad, J. Díaz Delgado y V. Escuin Palop (1988).

parece retornar a la concepción de la medida cautelar como una posibilidad excepcional e insólita²⁶.

Son incontables las resoluciones del Tribunal Supremo que han contribuido a definir, sobre la base de una doctrina jurisprudencial que ya había comenzado a abrirse paso bajo la vigencia de la Ley anterior, los perfiles y presupuestos mínimos indispensables para otorgar, previa valoración de todos los intereses en conflicto, la tutela cautelar que pudiera estimarse adecuada, en su caso, al supuesto de hecho concreto de que se trate²⁷. Sirvan, como botón de muestra, las SSTs de 25 de julio de 2006²⁸ o de 6 de febrero de 2007²⁹, que disertan en profundidad sobre las notas que caracterizan al sistema general de medidas cautelares en el proceso contencioso tras la aprobación de la LJCA, así como la de 21 de diciembre de 2010³⁰, que refiere el fundamento constitucional de la medida cautelar, su finalidad, en suma, y evolución en la jurisprudencia a consecuencia del influjo directo de la Constitución, primero, y de la aprobación de la LJCA, después.

La regulación de la nueva Ley en la materia apenas ha sufrido reformas desde su aprobación. Su concreción y paulatina evolución se han producido, de nuevo, de la mano de la interpretación jurisprudencial, que ha continuado su intercambio anterior con la doctrina administrativista, sin que el enunciado literal de la LJCA se haya modificado, no obstante, en sus aspectos sustanciales³¹. Contribuye a ello la amplitud del enunciado legal, que plantea problemas interpretativos, así como cuestiones prácticas de primer orden al enfrentar al juzgador a la compleja decisión sobre la procedencia de la solicitud cautelar, sin haber roto del todo con el *statu quo* anterior. De este modo, ni el régimen cautelar de la LJCA se revela tan novedoso como parecía vislumbrarse en un

²⁶ Así se desprende también de la propia jurisprudencia en la materia, que, pese a la aprobación de un nuevo texto legal, mantiene que la operación interna o mental que ha de realizar el juzgador para decidir sobre la concesión de este tipo de medidas es, en esencia, la misma. Resulta especialmente significativa al efecto la STS de 20 de mayo de 1999, rec. 7282/1995, fundamento de derecho segundo.

²⁷ No en vano, como señala J. A. Razquin Lizarraga (2015: 67), «la praxis muestra una diferente aplicación de esos criterios generales a los distintos tipos de actos y de sectores administrativos».

²⁸ Rec. 8165/2004, fundamento de derecho cuarto; realiza un indudable esfuerzo pedagógico por exponer de la forma más clara posible los presupuestos y caracteres esenciales del nuevo sistema de justicia cautelar alumbrado por la LJCA.

²⁹ Rec. 6632/2004, fundamento de derecho cuarto.

³⁰ Rec. 1935/2010, fundamento de derecho quinto.

³¹ Como subraya C. Chinchilla Marín (1999: 19) el legislador tenía en 1998 «gran parte del trabajo hecho», ya que se encontró con un «Derecho de creación jurisprudencial muy elaborado», capaz de definir «fórmulas o criterios» para su aplicación de los que «ni podía prescindir el legislador a la hora de regular la tutela cautelar, ni podemos prescindir ahora los juristas a la hora de interpretar».

primer momento³², ni imprime un cambio tan sumamente radical en la práctica relativa a esta cuestión en vía contencioso administrativa³³.

Y así, superado un primer estadio inicial tras su aprobación, cunde cierto desánimo, dado que el paso del tiempo desmentirá cualquier ruptura y confirmará, en cambio, la continuidad en la materia³⁴, sin que se produzca un giro decisivo en la praxis judicial al respecto³⁵. En la práctica los órganos jurisdiccionales del orden contencioso seguirán aplicando la doctrina y los criterios hermenéuticos tradicionales desarrollados en materia cautelar al amparo de la legislación anterior³⁶, socavando, incluso, aunque solo sea parcialmente, los avances y garantías logrados al efecto por la jurisprudencia constitucional³⁷.

2. FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) SU JUSTIFICACIÓN ACTUAL

Frente al enunciado de la LJCA 1956 que disponía la procedencia de la suspensión «cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil», la vigente LJCA anuda la adopción de la medida cautelar al aseguramiento de «la efectividad de la sentencia», en consonancia con el artículo 24 de la Constitución, anudando su otorgamiento a aquellos supuestos en que «la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». Aunque ambos enunciados son concreciones del conocido proverbio inglés *justice delayed, justice denied*, esto es, de aquel principio general de derecho por el que «la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien

³² E. Collado García-Lajara (1998: 2188). Inconstitucional para E. García de Enterría (2000: 274 y ss.).

³³ J. A. Santamaría Pastor (2010: 1262 y ss.).

³⁴ La «pobre e insuficiente tradición en la materia» mantenida tenazmente entre nosotros por nuestros legisladores, en expresión de E. García de Enterría (2000: 487).

³⁵ Para J. J. Díez Sánchez (2010: 71) «de nada sirve [...] encerrarse en la “torre de marfil” del pensamiento teórico», desconociendo la realidad del desempeño de la actuación judicial.

³⁶ De «percepción general de desesperanza» habla J. A. Santamaría Pastor (2010: 1263), destacando la «acusada renuencia» de jueces y tribunales contenciosos a otorgar medidas cautelares. En el mismo sentido, J. R. Chaves García (2018: 105), S. González-Varas Ibáñez (2012: 979) o L. Miguez Macho (2015: 15).

³⁷ Da noticia de ello J. M. Baño León (2016: 76 y ss.) al referir la «tradición autoritaria española tan presente en nuestro Derecho Administrativo que ha impulsado una retrointerpretación de la Constitución desde el Derecho Administrativo y no, en este punto, una verdadera transformación de nuestro Derecho Administrativo *ex constitutione*».

tiene la razón»³⁸, el actual es más amplio y flexible, en la medida en que se encuentra al servicio de la garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en todas sus manifestaciones y desde las diversas vertientes en que despliega sus efectos, también, la temporal. El propio Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar en su Sentencia 26/1983, de 13 de abril, que si bien «desde el punto de vista sociológico y práctico, puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva; jurídicamente, en el marco de nuestro ordenamiento, es forzoso entender que se trata de derechos distintos que siempre han de ser considerados separadamente y que, en consecuencia, también pueden ser objeto de distintas violaciones»³⁹.

No se trata ya de evitar perjuicios, sino de garantizar la efectividad de la sentencia que pudiera recaer como consecuencia de la tramitación del recurso correspondiente, de asegurar, en definitiva, que la finalidad legítima que se persigue con su interposición no quede frustrada⁴⁰. El respeto y la observancia del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes exige no solo el cumplimiento de las garantías propias del proceso, trámites que habrán de dilatar su duración en el tiempo, sino también que la Sentencia recaiga y pueda ejecutarse en un plazo razonable de tiempo⁴¹, sin que quepa inferir del silencio del artículo 24.1 de la Constitución respecto a las medidas cautelares o a la potestad de suspensión, como subraya la STC 238/1992, de 17 de diciembre, «que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno»⁴².

En cualquier caso, la variación en el fundamento de la tutela cautelar en vía contenciosa está llamada a jugar un papel clave a la hora de valorar y decidir sobre su otorgamiento. El margen de apreciación del juzgador, vinculado con anterioridad por la LJCA 1956 al riesgo cierto de la producción de «daños o perjuicios de reparación imposible o difícil» habrá de pivotar ahora, en cambio, a la luz del enunciado del artículo 130 de la LJCA que concreta las nuevas exigencias constitucionales, en torno a la mera posibilidad, que no certeza, de que pudiera producirse la pérdida de la «finalidad legítima» del recurso interpuesto⁴³. Esta última expresión remite a las pretensiones ejercitadas por el

³⁸ E. García de Enterría (1991a: 256) se hace eco del origen doctrinal del principio y de su adopción y propagación jurisprudencial.

³⁹ FJ 2.

⁴⁰ Así se sostiene de forma expresa en la STC 61/1984, de 16 de mayo, FJ 1.

⁴¹ Como destaca la STC 24/1981, de 14 de julio, FJ 3, con cita de otros tratados, acuerdos e incluso jurisprudencia internacionales.

⁴² FJ 3.

⁴³ En este mismo sentido, V. Conde Martín de Hijas (1999: 586 y ss.) para quien no existe una «exacta coextensión sustancial» entre evitación de daño o perjuicio, finalidad legítima del recurso y efectividad de la sentencia.

solicitante de amparo cautelar⁴⁴, de manera que la adopción, en su caso, de la medida oportuna estará al servicio del aseguramiento de su plena satisfacción futura, caso de recaer sentencia favorable al respecto una vez culminado el correspondiente proceso⁴⁵. Tutela cautelar y ejecución de sentencia se encuentran así íntimamente conectadas. Son, de algún modo, haz y envés de una misma moneda, en cuanto la medida cautelar tiene por finalidad garantizar, precisamente, la ejecución de la futura sentencia⁴⁶.

Ahora bien, el fundamento constitucional de la justicia cautelar va más allá del reconocimiento expreso del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, enlazando, asimismo, con el artículo 106 de la Carta Magna⁴⁷. Corresponde al legislador pergeñar, dentro de los parámetros y del canon de constitucionalidad expresados al respecto por el Tribunal Constitucional, el alcance, los presupuestos y factores que marcan su operatividad, límites y, en definitiva, régimen procesal, garantizando en vía contenciosa la satisfacción de aquel derecho a la tutela judicial efectiva a la vez que aproxima la posición procesal de las partes⁴⁸, procurando su igualdad y contrarrestando la posición tradicionalmente privilegiada de la Administración a fin de erradicar, en feliz expresión del Profesor García de Enterría, cualesquiera inmunidades del poder⁴⁹. Sin ese equilibrio la facultad de control o fiscalización administrativa que establece el artículo 106.1 de la Constitución quedaría en «pura ficción»⁵⁰.

Por lo demás, el intolerable colapso de la justicia, en particular, en el orden contencioso-administrativo⁵¹, no hará sino alentar y favorecer la expansión y

⁴⁴ Reguladas por los artículos 31 a 33 de la LJCA, se enuncian de forma amplia y flexible, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así, en su Sentencia 15/1987, de 11 de febrero, FJ 4.

⁴⁵ Se amplían con ello las posibilidades de la tutela cautelar como señala V. Conde Martín de Hijas (1999: 595), ya que el concepto jurídico indeterminado de «finalidad legítima del recurso» remite a la perseguida en concreto por el recurrente.

⁴⁶ Así lo refiere C. Chinchilla Marín (1991: 29). Así lo sanciona también el Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia 218/1994, de 18 de julio, FJ 3.

⁴⁷ De este modo encuentra un fundamento constitucional, como señala T. López-Fragoso Álvarez (1999: 727), tanto desde el punto de subjetivo, en relación con el derecho fundamental *ex* artículo 24.1 de la Constitución, cuanto desde una perspectiva objetiva, con el control jurisdiccional *ex* artículo 106.1.

⁴⁸ Para J. B. Lorenzo de Membrilla (2006: 511) se trataría de moldear la «posición exorbitante de las Administraciones públicas».

⁴⁹ E. García de Enterría (1962).

⁵⁰ Así se recoge expresivamente en el ATS de 29 de abril de 2014, rec. 260/2014, razonamiento jurídico segundo.

⁵¹ De «congeladores de disputas» califica R. Rivero Ortega (1998: 278) a los tribunales de lo contencioso. Para T. R. Fernández Rodríguez (1996: 396) el aumento constante del número de asuntos no es sino fruto de la «cultura difundida por el Estado social, que ha contribuido a situar la justicia en primer plano, al mismo nivel que la enseñanza o la sanidad», sin que el esfuerzo realizado por sucesivos Gobiernos en los tres campos haya sido, no obstante, igualitario.

el crecimiento de la preocupación por la tutela cautelar, que no ayuda a resolver *per se* el problema de la sobrecarga en el número de procesos o la lentitud para su resolución⁵², pero puede ayudar a proteger eficazmente los intereses en conflicto hasta la resolución final del recurso⁵³. En este sentido, se ha querido ver en la medida cautelar una posible solución para dotar de agilidad al proceso⁵⁴. Una idea que entiendo incompatible, sin embargo, con su propia esencia, ya que, como indica su nombre, ofrece una tutela llamada a ser meramente provisional⁵⁵. La justicia cautelar no debiera incidir siquiera en la duración del proceso judicial. Cabe apreciar, sin embargo, cómo el centro de gravedad de la justicia administrativa se ha desplazado paulatinamente a la tutela cautelar⁵⁶, sin que el legislador haya acometido, no obstante, una reflexión en profundidad acerca de la necesaria reinterpretación de la prerrogativa de la ejecutividad de los actos administrativos a la luz de los nuevos postulados constitucionales⁵⁷. Su dejadez favorece, innegablemente, a la Administración⁵⁸.

De esta forma, aunque la LJCA parte en materia cautelar de las buenas intenciones expresadas en su Exposición de motivos, estas se pierden de alguna forma a la hora concretarse en su articulado. Es cierto que el equilibrio entre las exigencias de ejecución de la actuación administrativa, de un lado, y la garantía de los derechos de los administrados, de otro, es esencialmente inestable⁵⁹, pero también que el legislador pasa de puntillas por muchos de los aspectos más complejos de la cuestión, dejando su resolución en manos del juzgador y reforzando, incluso, en determinados supuestos, la ejecutividad del acto administrativo⁶⁰.

⁵² Vid. J. L. Meilán Gil (2001: 24 y ss.), así como la jurisprudencia allí citada y analizada. El informe colectivo dirigido por S. Díez Sastre y coordinado por C. Martínez Sánchez (2018) ofrece datos generales sobre el funcionamiento actual de la jurisdicción contenciosa; *vid.*, asimismo, la Memoria anual 2018 del Consejo General del Poder Judicial, correspondiente al ejercicio 2017, pp. 398 y ss.

⁵³ De ahí que la medida cautelar sea considerada abiertamente por P. Teso Gamella (1999: 189) como «uno de los elementos decisivos para paliar la crisis de la justicia administrativa».

⁵⁴ Así lo defiende M. J. Pérez Estrada (2014: 2362).

⁵⁵ En este sentido, J. M. Álvarez-Cienfuegos Suárez y J. J. González Rivas (1998: 370) al afirmar que la tutela cautelar «no constituye un juicio provisional y anticipado de la sentencia».

⁵⁶ Así lo denuncian, en concreto, E. García de Enterría (1992) y T. R. Fernández Rodríguez (1996: 397).

⁵⁷ Lo afirma J. Rodríguez-Arana Muñoz (2001: 341), que profundiza en ello en (2006).

⁵⁸ J. B. Lorenzo de Membiela (2006: 511). *Vid.*, también, V. Conde Martín de Hijas (1999: 537) y, al amparo de la entonces vigente LJCA 1956, la lúcida crítica de J. A. Santamaría Pastor (1983: 1614).

⁵⁹ Para J. Rodríguez-Arana Muñoz (2001: 350) la LJCA representa un «serio intento» de encontrar tal equilibrio.

⁶⁰ Así lo denuncia, en concreto, C. Chinchilla Marín (1998: 864).

B) DEFINICIÓN Y CARACTERES

Al margen del objeto y de las pretensiones concretas que se dilucidan en el proceso, del orden jurisdiccional, incluso, en que se solventa, existe un común denominador que permite reconducir la noción de medida cautelar⁶¹ al instrumento procesal que regula nuestro ordenamiento para garantizar en el proceso concreto la efectividad de la tutela judicial dispensada, que habrá de alcanzar no solo a la obtención de la sentencia correspondiente, sino también a su ejecución posterior⁶².

Cabe reconducir a cinco sus rasgos más importantes y definatorios⁶³. En primer lugar, su jurisdiccionalidad. Se adopta por auto motivado y en el contexto de un proceso judicial. Ciertamente es que en supuestos de inactividad o vía de hecho cabe la posibilidad de otorgarla al margen de proceso alguno, si bien la eficacia de la tutela cautelar queda condicionada, en estos supuestos, a la interposición posterior del recurso correspondiente en el plazo inexcusable de diez días a contar desde la notificación de la adopción de la medida.

Conecta este rasgo con la instrumentalidad de la medida cautelar, al servicio del proceso principal y de la pretensión cuya eficacia, caso de recaer resolución judicial favorable, pretende garantizarse. Así lo subraya el hecho de que el órgano competente para resolver la solicitud cautelar sea el mismo que conoce del proceso principal, así como la identidad de las partes con las de este último⁶⁴. De ahí que la formulación de las pretensiones de las partes tenga lugar, como regla general, antes de la solicitud de la medida cautelar. De ahí también que las únicas excepciones formuladas al efecto por el legislador, en supuestos de inactividad de la Administración o de su incursión en vía de hecho, supongan la adopción de la medida cautelar antes de la enunciación de la pretensión correspondiente pero condicionada, en todo caso, a su planteamiento y a la interposición del recurso pertinente en plazo. La instrumentalidad implica, por lo demás, la vigencia indubitada en este ámbito del principio *rebus sic stantibus*, orientada a equilibrar las pretensiones e intereses dilucidados en

⁶¹ Sobre la evolución del supraconcepto de medida cautelar, producto que califica de « eminentemente doctrinal », *vid.* J. Rodríguez Pontón (1999: 33 y ss.).

⁶² Esta es la finalidad primordial que late tras su otorgamiento. Así se desprende de la lectura de los preceptos correspondientes no solo de la LJCA, sino de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional o las Leyes 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, y 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

⁶³ Rasgos que sirven para distinguirlas de otras categorías afines, creadas, asimismo, para evitar los efectos perniciosos que el transcurso del tiempo pudiera acarrear para el proceso. S. de la Sierra (2004: 65 y ss.) cita, entre otras, la anticipación y el aseguramiento de la prueba, las respuestas procesales a la vía de hecho administrativa y los procesos sumarios.

⁶⁴ Sobre ello hace hincapié J. Rodríguez-Arana Muñoz (2001: 338). S. de la Sierra (2004: 51 y ss.) refiere, por lo demás, la plurisemia existente al efecto en la literatura jurídica.

el proceso cuando quepa apreciar una modificación sobrevenida de las circunstancias que originariamente motivaron el otorgamiento de la tutela cautelar, cesándola incluso, hipótesis más extrema, si desaparecieran los presupuestos que habían dado origen a su adopción inicial⁶⁵. Se trata de una posibilidad sujeta a límites explícitos, por cuanto el artículo 132.2 de la LJCA sanciona que la variación en las circunstancias que motivaron en su momento la adopción de la medida cautelar podrá incidir en su alteración o revocación, no así, en cambio, la posible rectificación posterior del criterio judicial empleado inicialmente para la valoración de los diversos intereses y presupuestos implicados en su otorgamiento, aun cuando sea debido al propio avance en el esclarecimiento de las cuestiones objeto de debate en el seno del proceso principal. Se trata, sin duda, de una distinción de gran finura jurídica y difícil implementación práctica por el indudable casuismo a que remite⁶⁶.

Destaca, en tercer lugar, la nota de la provisionalidad de la medida cautelar. La finalidad legítima del recurso contencioso que se dilucida en el proceso principal encuentra su debida satisfacción a raíz de la resolución final de este último. Esta podrá dar o no cumplida satisfacción a la pretensión esgrimida, confirmando o, en su caso, desacreditando la fundamentación de la medida cautelar otorgada durante la tramitación del proceso, sin que ello reste un ápice a la legalidad de la tutela cautelar acordada en su día. Se pone así de manifiesto el carácter no definitivo de la medida cautelar, propio, por otra parte, de su fundamento y fin últimos⁶⁷. Las medidas cautelares pierden su eficacia, además, cuando el proceso principal alcanza su fin por circunstancias diversas a la propia resolución o cuando desaparecen los presupuestos que originaron su adopción. En todo caso, no cabe afirmar la temporalidad *stricto sensu* de la medida, dado que su eficacia no se encuentra definida de antemano y limitada al transcurso de un plazo temporal específico. No es el paso del tiempo *per se* el que determina que decaiga su vigencia, sino otro evento posterior, ya sea la apreciación judicial de la desaparición de los presupuestos iniciales que habían justificado su otorgamiento o, en su caso, la resolución o circunstancia que ponga fin al proceso del que resulta instrumental el incidente cautelar⁶⁸. Se trata, por tanto, de una tutela provisional⁶⁹.

⁶⁵ Se trata de la nota de la variabilidad, destacada por M. A. Luque Mateo (2004: 122) o J. Rodríguez-Arana Muñoz (2001: 339).

⁶⁶ En todo caso, se ha referido a ello, entre otros, el ATS de 11 de diciembre de 1991, rec. 2319/1989.

⁶⁷ *Vid.* J. Rodríguez-Arana Muñoz (2001: 339).

⁶⁸ Como subraya S. de la Sierra (2004: 57), «las medidas cautelares han de perdurar durante el tiempo necesario para garantizar la efectividad de la sentencia, pero no más».

⁶⁹ C. Escudero Herrera (1998: 541) refiere, en este sentido, la discusión doctrinal habida en torno a los conceptos de «temporalidad» y «provisionalidad».

Es, asimismo, una tutela urgente. La doctrina procesalista pasa de puntillas, sin embargo, sobre la premura que necesariamente acompaña a la ponderación judicial sobre la conveniencia de adoptar la medida cautelar⁷⁰. No en vano, su otorgamiento se funda en una mera apariencia y en el cálculo preventivo de probabilidad de que se produzca la irreversibilidad o, en su caso, dificultad de reparar los daños que pudieran acaecer⁷¹. Se trata, sin duda, de un examen superficial, como corresponde a un trámite incidental que no entra en el fondo del proceso, y rápido, realizado en ocasiones, incluso, *inaudita parte*, esto es, sin contradicción⁷². Son precisamente esta premura y ligereza, así como el margen de error a que necesariamente abocan, los que justifican la previsión del artículo 133 de la LJCA que dispone, en prevención de eventuales perjuicios injustos para la otra parte y «de cualquier naturaleza» que pudieran derivar de la adopción y eficacia de la medida cautelar, el posible acuerdo de «las medidas que sean adecuadas» para evitarlos o paliarlos. Se contempla, incluso, la posible exigencia de «presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos».

Distingue también a la medida cautelar, en fin, su funcionalidad. Si la medida otorgada se encuentra al servicio de las pretensiones dilucidadas en el proceso principal, habrá de ser funcional y adaptarse de la mejor manera posible a su protección y salvaguardia. De ahí la exigencia, constitucional incluso, de que el catálogo de posibles medidas a adoptar no sea limitado, sino amplio, flexible, ilimitado en su posible proyección y determinación judicial, entendiéndose a tal efecto que cualquier posible listado que pudiera aprobarse al efecto por el legislador habría de ser meramente indicativo, enunciativo pero jamás taxativo o limitativo de las medidas a adoptar⁷³.

La LJCA acoge este planteamiento y dispone al efecto en su artículo 129.1 que los interesados podrán solicitar en cualquier momento y estado del proceso la adopción «de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia»⁷⁴. Una elasticidad quizá excesiva, en cuanto habría resultado más conveniente la incorporación a la Ley de un listado ejemplificativo de las posibles medidas a acordar con una cláusula general de cierre, abierta a la adopción de otras medidas cautelares innominadas⁷⁵. Así lo reivindicó, por lo demás, el Profesor

⁷⁰ Así lo refiere C. Chinchilla Marín (1991: 36), que entiende, no obstante, que es la «nota esencial», junto a la instrumentalidad, de la tutela cautelar.

⁷¹ *Vid.* C. Chinchilla Marín (1991: 36 y ss.), con cita de Calamandrei.

⁷² O con otras particularidades procedimentales, destacadas por S. de la Sierra (2004: 58), como es la adopción de la medida antes de la interposición del recurso principal.

⁷³ A tal efecto la STC 148/1993, de 29 de abril, FJ 6, había dado ya carta de naturaleza, al amparo de la LJCA 1956, a la adopción de medidas cautelares positivas.

⁷⁴ Sostiene M. Campos Sánchez-Bordona (1999: 107) que con ello «se ha superado, felizmente, el acantonamiento en la suspensión exclusiva del acto».

⁷⁵ C. Chinchilla Marín (1991: 38).

García de Enterría, cuyas palabras siguen siendo hoy plenamente aplicables a la cuestión⁷⁶.

La jurisprudencia se ha referido a la funcionalidad de la tutela cautelar y a la apertura del catálogo de posibles medidas a adoptar, destacando, por su vocación y claridad expositiva, el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de diciembre de 2004⁷⁷. Admitidas legalmente las medidas cautelares positivas⁷⁸, se plantean varios interrogantes. Así, ¿caben estas medidas positivas en caso de impugnación de disposiciones generales?⁷⁹ Del mismo modo, ¿las medidas cautelares inciden exclusivamente sobre el acto o la disposición general enunciados, sobre sus elementos concretos, o despliegan sus efectos, como parece apuntar aquella nota de la funcionalidad inherente a la tutela cautelar, sobre cualquier aspecto relevante de la relación jurídica subyacente y en litigio con tal de garantizar, en última instancia, la efectividad de la tutela judicial efectiva?⁸⁰ La selección y precisión por el juez de la medida más oportuna al caso concreto de que se trate habrá de partir, necesariamente, de la propia naturaleza e índole de las pretensiones enunciadas en el contencioso⁸¹. Resulta necesaria una mínima relación lógica y, por ende, congruencia, entre la tutela adoptada con carácter provisional y la pretensión que está llamada a proteger⁸². De ahí que haya llegado a predicarse, incluso, su homogeneidad con las medidas ejecutivas de la sentencia, en tanto la medida cautelar

⁷⁶ E. García de Enterría (2000: 264). En sentido similar, si bien centrando su reflexión sobre las medidas indeterminadas del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, M. Ortells Ramos (1989: 960).

⁷⁷ Rec. 1805/2004, razonamiento jurídico segundo.

⁷⁸ Por contraposición a la mera suspensión. En todo caso, la amplitud del enunciado del sistema de *numerus apertus* sancionado por la LJCA ha llevado a etiquetarlas también como «indeterminadas», «innominadas» o «inespecíficas». J. A. Santamaría Pastor (2010: 1275) denuncia el escaso rigor con que se emplea el concepto.

⁷⁹ Vid. la STS de 14 de diciembre de 2007, rec. 2958/2005, fundamento de derecho quinto. Asimismo, C. Chinchilla Marín (1998: 867), V. Conde Martín de Hijas (1999: 582 y ss.) y S. de la Sierra (2004: 159 y ss.). La posible adopción de medidas cautelares positivas, anticipatorias incluso, contra actos denegatorios dictados en fiel aplicación de una disposición general indirectamente impugnada ha sido plenamente aceptada en el caso de los reglamentos comunitarios, entre otras, en la célebre Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de noviembre de 1995, asunto C-465/93, *Atlanta*. Vid. a tal efecto M. Bacigalupo Saggese (2008: 50 y ss.) y, en especial, E. García de Enterría (1995).

⁸⁰ Vid. M. Campos Sánchez-Bordona (1999: 107 y ss.) y, en relación con la impugnación de Reglamentos, M. Fuertes López (2002: 62 y ss.).

⁸¹ Así lo afirma J. M. Baño León (1999: 261 y ss.). En idéntico sentido, V. Conde Martín de Hijas (1999: 579).

⁸² Comparto, en todo caso, la apreciación de J. J. Torres Fernández y J. Medina Guijarro (1999: 98) para quienes «parece razonable que se exija un esfuerzo mínimo de concreción» a quien insta, precisamente, la tutela cautelar. En esta línea, T. López-Fragoso Álvarez (1999: 741 y ss.).

estaría de algún modo preordenada a aquella ejecución, cuyos efectos puede llegar a anticipar, ya sea de forma total o parcial⁸³.

En ausencia de previsión legal expresa cabría acudir, a título indicativo y con las reservas oportunas, al listado de medidas cautelares específicas enunciado por el artículo 727 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). A ello conduce la interpretación y el juego conjunto de la Disposición final primera de la LJCA y del artículo 4 de la propia LEC⁸⁴. Pese a esta posibilidad, o precisamente por ella, la cuestión dista mucho de una resolución unívoca y pacífica⁸⁵. Aunque el concepto y los caracteres más importantes de la medida cautelar sean en buena medida comunes, no cabe duda que el fundamento y la justificación última de este tipo de tutela reviste especialidades en el orden contencioso⁸⁶, sin que resulte posible pautar en exceso la materia, llamada a ser sumamente casuística⁸⁷. Resulta difícil la definición apriorística de reglas al efecto, así como la extensión indiscriminada de pronunciamientos jurisprudenciales sin una reflexión en profundidad acerca de las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho y su comparación, para constatar su posible identidad o divergencia, con otro que desembocara en una resolución judicial anterior⁸⁸.

⁸³ J. Rodríguez-Arana Muñoz (1986: 192) las califica de *tertium genus* entre medidas declarativas y ejecutivas. Sobre el debate doctrinal acerca de su concepción como anexo, apéndice o al menos parte, *latu sensu*, de la ejecución forzosa, *vid.* C. Chinchilla Marín (1991: 39 y ss.) y, más recientemente, S. de la Sierra (2004: 59 y ss.). Asimismo, sobre la posible anticipación mediante medidas cautelares positivas del contenido de una eventual sentencia estimatoria y la incidencia en estos supuestos de la posible irreversibilidad de los efectos de la tutela cautelar otorgada, *vid.* M. Bacigalupo Saggese (2008: 31 y ss.).

⁸⁴ Sobre la articulación de la supletoriedad en las vigentes LJCA y LEC, *vid.* R. O. Bustillo Bolado (2005: 47 y ss.). El efecto supletorio de la normativa procesal es especialmente significativa para A. Palomar Olmeda (2017: 870).

⁸⁵ Así lo refiere también S. González-Varas Ibáñez (2015: 8).

⁸⁶ Desde una perspectiva procesalista, A. Rodríguez Merino (1992: 67). También J. Rodríguez Pontón (1999: 50), para quien esta peculiaridad encuentra «su última fuente» en la necesaria consideración de los intereses generales en esta sede. Asimismo, J. C. Cassagne (2001: 211) y R. Gómez Ferrer (1995: 158).

⁸⁷ F. A. Castillo Blanco (1998: 283). Falta, en todo caso, algo más de rigor para evitar, como denuncia S. González-Varas Ibáñez (2015: 17), que el antiformalismo derive en «la confusión y la aleatoriedad».

⁸⁸ Pese a todo, cabe apreciar cierta tendencia jurisprudencial en función de materias concretas y del tipo de acto administrativo de que se trate, estableciéndose criterios formales y materiales que han pervivido incluso tras la aprobación de la LJCA. Por todos, C. Chinchilla Marín (1991: 143 y ss.) o F. A. Castillo Blanco (1998: 288 y ss.).

3. PRESUPUESTOS DE LA TUTELA CAUTELAR EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

No existe un régimen jurídico cerrado en la LJCA que permita vislumbrar con incontestable claridad la procedencia o no de adoptar la tutela cautelar impetrada⁸⁹. Conforme a una asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto previa como posterior a la Ley, «hay que atenerse a la singularidad de cada caso debatido, lo que implica, desde luego, un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes»⁹⁰. El legislador enuncia, en consecuencia, unos presupuestos que, aplicados y afinados conforme a una reiterada jurisprudencia, implicarían, caso de concurrir, el otorgamiento de la medida solicitada. La LJCA no sanciona un vuelco fundamental en la materia. El cambio no se encuentra tanto en la formulación por parte del legislador de los presupuestos necesarios para la concesión de la tutela cautelar, cuanto en su reinterpretación y sistematización judicial, iniciada ya con anterioridad a la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa en 1998⁹¹.

Destacan así *periculum in mora* y *fumus boni iuris* como requerimientos propios de la tutela cautelar también en el ámbito contencioso, si bien con ciertas modulaciones que habrán de cristalizar en su matización a resultados de la ponderación de otros intereses concurrentes, en particular, del interés público afectado en cada caso⁹². Si se profundiza en la regulación que establecen los artículos 129 a 136 de la LJCA para las medidas cautelares, se aprecia, no sin cierta perplejidad, que estos presupuestos no se aplican de igual modo a toda pretensión cautelar, sino que conviven en realidad dos regímenes diversos. De un lado, el aplicable a las medidas cautelares que cabe calificar de régimen común, conectadas a la impugnación de un acto administrativo o de una disposición general y para las que la Ley define claramente el *periculum in mora* como presupuesto procesal esencial en sus artículos 129 y 130. De otro, el que

⁸⁹ De ahí la apelación de J. Vecina Cifuentes (1995: 264) a la motivación de la pretensión cautelar, aun cuando «haya de quedar en el grado de la mera probabilidad, de la prueba semiplena, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del juez».

⁹⁰ ATS de 12 de febrero de 1992, rec. 4340/1990, fundamento de derecho segundo.

⁹¹ Entre los muchos pronunciamientos que sintetizan el cambio en la materia, la STS de 17 de diciembre de 2001, rec. 8520/1996, fundamento de derecho cuarto. Resultan, asimismo, exhaustivas en su exposición acerca de la evolución, los caracteres y los presupuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares en el ámbito contencioso-administrativo, las SSTS de 6 de febrero de 2007, rec. 6632/2004, fundamento de derecho cuarto, y de 21 de diciembre de 2010, rec. 1935/2010.

⁹² Para C. Chinchilla Marín (1993: 450) las circunstancias de cada caso «y solo ellas» determinan cuál haya de ser en cada supuesto «el criterio predominante». T. López-Fragoso Álvarez (1999: 740) insiste en la «labor de valoración del órgano jurisdiccional mucho más activa» del nuevo sistema cautelar, que toma en cuenta, «proporcionalmente, los intereses de las partes y el interés general».

establece el artículo 136 para el supuesto especial en que la actuación pública impugnada es la inactividad de la Administración o su posible incursión en la vía de hecho. Este otro tipo de medidas de régimen especial exige *fumus boni iuris* como presupuesto procesal ineludible para su otorgamiento, acordándose por el juez de forma prácticamente automática, «salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones» de inactividad o vía de hecho o que la medida pudiera ocasionar, en su caso, «una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez ponderará de forma circunstanciada»⁹³.

A) EL RIESGO DE PÉRDIDA DE LA FINALIDAD LEGÍTIMA DEL RECURSO: *PERICULUM IN MORA*

El legislador apuesta decididamente por el criterio positivo de *periculum in mora* como presupuesto esencial para el acuerdo de la tutela cautelar en el régimen común del artículo 130 de la LJCA⁹⁴. La STS de 17 de diciembre de 2001 recuerda que su razón de ser «se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso», motivo por el que «el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil»⁹⁵. Remite a la noción clásica de imposible reparación de los daños o perjuicios que pudieran derivar de la actuación o de la disposición general adoptada por la Administración, si bien la irreparabilidad equivale a irreversibilidad, no a irresarcibilidad. Tiene remedio aquello que cuenta con «enmienda o corrección», rectificando de forma efectiva el «daño o inconveniente» sufridos⁹⁶. Resulta irreparable, en cambio, el daño irreversible que no permite restituir el bien jurídico lesionado⁹⁷. No cabe, por tanto, equiparar sin más los posibles obstáculos al resarcimiento económico del daño o perjui-

⁹³ Para M. J. Pérez Estrada (2014: 2364) el legislador considera que la ilegalidad en que incurre en estos casos la Administración «es de tal magnitud que no merece el privilegio de la ejecutividad». Y así, para S. de la Sierra (2004: 276) los criterios aplicables son los mismos, aligerándose la carga de la prueba exigible en relación con las medidas cautelares solicitadas al amparo del artículo 136 de la LJCA.

⁹⁴ Llama la atención de M. Bacigalupo Saggese (2008: 37), en cuanto supone configurar «como condición del otorgamiento de la protección cautelar lo que [...] no es sino la finalidad genérica».

⁹⁵ Rec. 8520/1996, fundamento de derecho segundo. En idéntico sentido, la STS de 25 de julio de 2006, rec. 8165/2004, fundamento de derecho séptimo. Para C. Chinchilla Marín (1993a: 173) el *periculum in mora* es la «base determinante» de la medida cautelar.

⁹⁶ Definición del *Diccionario de la Lengua Española*, RAE, actualización de 2017, para el que reparar no es otra cosa que «desagraviar, satisfacer al ofendido».

⁹⁷ M. J. Pérez Estrada (2014: 2364).

cio acaecido con su difícil reparación o el imposible restablecimiento a la situación inmediatamente anterior⁹⁸.

Profundiza en ello la STS de 6 de febrero de 2007. Tras subrayar «la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora*» como fundamento de la tutela cautelar⁹⁹, concluye «que la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso interpuesto 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 o imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso». Las medidas cautelares tienen así «su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia»¹⁰⁰.

La alegación de este tipo de riesgos o potenciales perjuicios, caso de no adoptarse la medida cautelar correspondiente, impone a quien la solicita la carga de su prueba¹⁰¹. El interesado ha de demostrar que se encuentra en una situación personal o patrimonial de carácter singular, que haga especialmente gravosa para él la ejecución del acto o disposición correspondiente¹⁰². Así lo ha entendido, entre otras, la STS de 17 de diciembre de 2001¹⁰³. Así concretado, el *periculum in mora* es una noción que «carece de significado absoluto»¹⁰⁴ y que contribuye, por lo demás, a poner de relieve dos rasgos inherentes a nuestro sistema de tutela cautelar en vía contencioso administrativa. Por una parte, la singularidad inherente a la medida cautelar, concebida como salvedad frente a la regla general que, amparándose en la presunción de validez de la

⁹⁸ Vid. C. Chinchilla Marín (1999: 53). No todos los daños han de ser cuantificables económicamente, como subraya E. Osorio Acosta (1995: 61), con cita de perjuicios apreciados jurisprudencialmente en forma, entre otros, de posible desprestigio, daños morales o pérdida del medio de vida de los afectados.

⁹⁹ De «presupuesto claro y evidente» habla la Sentencia, rec. 6632/2004, fundamento de derecho cuarto.

¹⁰⁰ Vid. al respecto C. Chinchilla Marín (1991: 41 y ss.), si bien tomando en consideración, como destaca J. Vecina Cifuentes (1995: 270), que «no todo perjuicio derivado de la tardanza en la emanación de la sentencia integra el *periculum in mora*, únicamente aquellos que sean inminentes [...] y además de una entidad tal que ponga en peligro la efectividad práctica de la posterior sentencia».

¹⁰¹ Los daños y perjuicios alegados por quien solicita la medida cautelar deben alcanzar cierto estándar de prueba en cuanto a la razonabilidad de su producción, debiendo darse un mínimo esfuerzo probatorio para identificar y cuantificar adecuadamente las distintas partidas de daños que pudieran ponerse de manifiesto. Vid., sobre el particular, A. Fernández de Araoz Gómez-Acebo (2002: 76 y ss.).

¹⁰² Vid. S. González-Varas Ibáñez (2012: 973), con abundante cita jurisprudencial.

¹⁰³ Rec. 8520/1996, fundamento de derecho cuarto. Vid. E. I. Cara Fuentes (2014: 70 y ss.).

¹⁰⁴ En cuanto solo puede precisarse en cada caso concreto, como recuerda C. Chinchilla Marín (1999: 53).

actuación administrativa, sanciona su ejecutividad inmediata¹⁰⁵. Por otra, la práctica imposibilidad de dar apriorísticamente con reglas teóricas cerradas que puedan resultar de aplicación a cualquier solicitud de tutela cautelar ante la variedad de situaciones y la dificultad de encontrar dos supuestos idénticos¹⁰⁶. Caracteres que abocan, en suma, a la ponderación de todas las circunstancias implicadas en el caso, según lo acreditado al momento de solicitar la medida cautelar correspondiente¹⁰⁷.

B) LA VALORACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE TODOS LOS INTERESES EN CONFLICTO

Los artículos 130.1 y 136 de la LJCA elevan el criterio de ponderación de los intereses concurrentes en el caso a auténtico presupuesto para la concesión de la medida cautelar, complementario, en todo caso, del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso¹⁰⁸, como ha destacado frecuentemente la jurisprudencia, por ejemplo, la STS de 17 de diciembre de 2001¹⁰⁹. Se trata de un criterio negativo hasta cierto punto previsible e inevitable, que puede llegar a erigirse en elemento obstructor para el avance de la pretensión cautelar, dando entrada y carta de naturaleza a los intereses de terceros y al propio interés general.

Pese al debate doctrinal suscitado en su día por su incorporación a la LJCA¹¹⁰, resulta muy pertinente. Son muy pocas las actuaciones o, incluso, omisiones administrativas que afectan en exclusiva al recurrente y que no

¹⁰⁵ Vid. el ATS de 14 de octubre de 2004, rec. 198/2004, razonamiento jurídico segundo. Excepcionalidad conceptual que no estadística, como bien apunta J. A. Santamaría Pastor (2010: 1272).

¹⁰⁶ J. A. Santamaría Pastor (2010: 1273) denuncia que la «doctrina jurisprudencial» en materia de medidas cautelares «solo lo es en apariencia», en cuanto la «práctica totalidad de las decisiones son *ad casum*». Vid., a título de ejemplo, el ATS de 10 de abril de 2012, rec. 3785/2011, razonamiento jurídico sexto.

¹⁰⁷ No en vano, «a diferencia del juicio que finalmente recaiga con la sentencia, el cautelar no lo es de certeza sino de verosimilitud», como subraya J. Vecina Cifuentes (1995: 279).

¹⁰⁸ Para E. García de Enterría (2008: 1467) la LJCA opta así por una cláusula general «imperfectamente formulada».

¹⁰⁹ Rec. 8520/1996, fundamento de derecho cuarto. Confirmado por la STS de 6 de febrero de 2007, rec. 6632/2004, fundamento de derecho cuarto, como «contrapeso o parámetro de contención» de la constatación de *periculum in mora*. Sobre la progresiva acogida del criterio por el legislador, la remisión de la Exposición de motivos de la LJCA 1956 y el aumento de su protagonismo jurisprudencial, vid. J. Rodríguez Pontón (1999: 70 y ss.). Asimismo, J. Rodríguez-Arana Muñoz (1986: 124 y ss.).

¹¹⁰ Un «error inadmisibile» para E. García de Enterría (2000: 258). Acudiendo al paralelismo con la Sentencia, negaba (1991a: 264) la oportunidad de cualquier subordinación al interés general de la decisión sobre la procedencia de otorgar la tutela cautelar solicitada. Vid. (2008: 1464 y ss.) a modo de síntesis de la postura mantenida hasta entonces.

puedan tener algún tipo de repercusión para el interés público o para otros titulares¹¹¹. Un terreno resbaladizo, en el que las posturas excesivamente categóricas ayudan poco a avanzar¹¹². Frente a la sentencia que decide de forma concluyente el fondo de la cuestión, la decisión del incidente cautelar resuelve, en cambio, de manera provisional y urgente, desde la perspectiva parcial de prueba meramente indiciaria y de la posición que, con gran cautela, se pueda barruntar que acredita inicialmente el solicitante¹¹³. Los intereses entrecruzados y las dudas planteadas al respecto exigen valorar la posición de todas las partes implicadas, evaluando la afección de los intereses de terceros, así como el impacto que pudiera experimentar, en su caso, de manera concreta, el interés general, no solo por el derecho a la tutela judicial efectiva de que es titular también la Administración¹¹⁴, sino por la propia relevancia de los intereses de la colectividad.

El interés general no ampara ni justifica la arbitrariedad administrativa¹¹⁵ y en ese sentido no hay duda que el derecho a la tutela efectiva del solicitante está por encima de las «simples conveniencias gestoras de la Administración»¹¹⁶, si bien una cosa es que se supedita la adopción de la medida cautelar a su compatibilidad con el interés general entendido en un sentido amplio, genérico e indeterminado y otra, muy distinta, que este último no deba valorarse ni pueda servir, en un caso especialmente oscuro, enrevesado o complejo, para inclinar la balanza, si fuera necesario, en contra de la adopción de la medida cautelar. Un juicio sumario, indiciario y provisional no puede desplazar sin más la presunción *iuris tantum* de legalidad y validez que acompaña al procedimiento mediante el que la Administración pública procura garantizar el acierto, la oportunidad y legalidad de sus decisiones¹¹⁷.

¹¹¹ Reflexión de C. Martín-Retortillo González (1963: 98) que cabe extender a cualquier otro tipo de actuación administrativa a la luz de los actuales parámetros de la LJCA.

¹¹² En sentido similar, J. Rodríguez Pontón (1999: 84).

¹¹³ A. Nieto (2000: 79), destaca que «corresponde al juez separar el grano de la paja, ordenar la discusión y centrar el objeto del debate», de forma que «identificar con precisión qué es lo que se está discutiendo y poner de relieve la cuestión que determina el fallo es quizás la tarea más importante del juzgador».

¹¹⁴ M. Lafuente Benaches (1994: 4989). Sobre el criterio de los intereses públicos, su contenido y el derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución, *vid.* J. Rodríguez Pontón (1999: 87 y ss.).

¹¹⁵ Pese al «uso y abuso» del concepto por las Administraciones públicas que denuncia E. J. Narbón Lainez (1997: 219), «al haberlo utilizado como talismán que todo lo puede y todo lo justifica».

¹¹⁶ E. García de Enterría (1991a: 264).

¹¹⁷ Con carácter general sobre el concepto y significado del interés general, *vid.* A. Nieto (1991: 2185 y ss.) y E. García de Enterría (1996: 69 y ss.).

Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, que subraya la dificultad de esta ponderación de intereses, entre otros, en su Auto de 21 de marzo de 2001¹¹⁸. No en vano, la LJCA remite a una operación compleja de valoración para equilibrar los diversos intereses en juego¹¹⁹. Aboca a la reflexión pormenorizada sobre los perjuicios que derivarían de no adoptar la medida para los derechos e intereses de su solicitante en relación con los daños que su otorgamiento habría de ocasionar a los intereses de la colectividad y a los de terceros que pudieran verse afectados en el supuesto¹²⁰. A estos efectos el interés general o de la colectividad debe ser debidamente individualizado e identificado para el caso particular de que se trate. No basta con invocarlo sin más de forma genérica, sino que debe concretarse de forma específica e inmediata¹²¹. Resultará clave a tal efecto la motivación que ofrezca el órgano judicial acerca de las razones por las que entiende que procede la adopción o el rechazo, en su caso, de la medida¹²², correspondiendo un protagonismo fundamental al respecto al principio de proporcionalidad¹²³. Asentado en la materia por la jurisprudencia, ha permitido calificar de dinámica la intensidad del daño o perjuicio exigible para acordar la tutela cautelar por cuanto será menor cuanto más reducido sea el vigor con que el interés general reclama la ejecutividad de la actuación administrativa correspondiente y mayor la apariencia de buen derecho con que litiga su solicitante¹²⁴.

¹¹⁸ Rec. 1602/2000, fundamentos de derecho segundo y quinto. A. Calonge Velázquez (1994: 474) pone de relieve la subjetividad de este criterio.

¹¹⁹ Para M. J. Pérez Estrada (2014: 2365) el cambio que impone la Ley se encuentra, precisamente, en la forma en que se deben valorar los intereses que entran en conflicto.

¹²⁰ Como bien concluye J. A. Santamaría Pastor (2010: 1277), la ponderación «no se refiere a la relevancia de los intereses respectivos, sino al balance de perjuicios/beneficios que puede ocasionar una medida concreta en el interés privado y en el interés público». Un criterio que ha sido empleado por la jurisprudencia comunitaria para matizar algunas conclusiones a que había llegado en aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris*, como exponen J. J. Torres Fernández y J. Medina Guijarro (1999: 96).

¹²¹ *Vid.* E. García de Enterría (1991: 383) sobre el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991, rec. 2444/1990, rectificando en parte, *a sensu contrario*, su posición inicial sobre la ponderación del interés general en la adopción de la tutela cautelar.

¹²² Subraya E. Collado García-Lajara (1998: 2190) que se trata de un concepto jurídico indeterminado, «cuyos contornos se deberán construir, caso por caso» por la jurisprudencia y con tiempo.

¹²³ S. de la Sierra (2004a: 334 y ss.) profundiza en la recepción del principio y en su aplicación a la tutela cautelar en el Derecho positivo y la jurisprudencia española. *Vid.*, en este sentido, la STS de 30 de noviembre de 2005, rec. 1784/2003.

¹²⁴ C. Chinchilla Marín (1998a: 873). Sintetiza la doctrina recaída al efecto, entre otras muchas, la STS de 3 de octubre de 2011, rec. 7117/2010, fundamento de derecho quinto.

C) LA PONDERACIÓN JUDICIAL DE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO: LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE *FUMUS BONI IURIS*

Destaca un tercer criterio que puede operar en sentido positivo o negativo, sobre el que tan solo se pronuncia la LJCA en su artículo 136 respecto al régimen especial de las medidas cautelares impetradas frente a inactividad o a vía de hecho administrativa¹²⁵. Se trata del presupuesto *fumus boni iuris*, conforme al que se enjuicia la posible concesión de la medida cautelar en función de la apariencia de buen derecho que acompaña a la pretensión de quien la solicita. Puede disiparse en cualquier momento a resultas de la sustanciación del proceso principal en el que se solventa la cuestión jurídica de fondo. Se trata, por tanto, de una apariencia meramente indiciaria, que admite prueba en contra y, por tanto, destrucción.

Sorprende la pasividad del legislador de 1998 al respecto ante el avance decidido que había experimentado en la doctrina del Tribunal Supremo en aplicación del régimen legal anterior¹²⁶. Pese a todo, la jurisprudencia ha continuado sopesando el criterio, revelando la complejidad y flexibilidad del régimen cautelar en toda su extensión, por cuanto la afirmación del *fumus* no supone, en todo caso, su aceptación ilimitada e incondicionada¹²⁷. Suele apelarse a él como criterio adicional o elemento coadyuvante, que habría de auxiliar, caso de concurrir, al otorgamiento de la medida cautelar, pero cuya ausencia no impediría sin más su adopción¹²⁸. Una posición algo más contenida, que constituye una prevención lógica si se considera el reparo jurisprudencial, auténtica aversión, a cualquier pronunciamiento judicial en este trámite incidental acerca de la pretensión de fondo que se debate y dilucida en el proceso principal¹²⁹.

¹²⁵ No aparece expresamente recogido en la LJCA como presupuesto en el régimen cautelar general, a diferencia de lo que ocurre en relación con el artículo 728.2 de la LEC. Pese a ello, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de enero de 2014, rec. 43/2013, fundamento de derecho segundo, lo extrae implícitamente del enunciado de los artículos 130.1 y 132.2. Es también significativo el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de diciembre de 2004, rec. 1805/2004, razonamiento jurídico segundo, que desgrana las razones por las que debe entenderse vigente pese al silencio de la LJCA.

¹²⁶ E. García de Enterría (1991b: 411) refiere la «rápida extensión» de la doctrina adoptada por el ATS de 20 de diciembre de 1990, ponente Francisco González Navarro, y, en particular, de la aplicación de este nuevo criterio al recurso directo contra Reglamentos por el ATS de 10 de julio de 1991, rec. 2030/1990.

¹²⁷ Resistencia lógica para J. A. Santamaría Pastor (2010: 1278) dado que se trata de una propuesta «abiertamente pragmática», inducida «por la insostenible duración de los procesos judiciales».

¹²⁸ En sentido similar, C. Chinchilla Marín (1999: 57).

¹²⁹ Sobre la recepción y consolidación entre nosotros de la apariencia razonable de buen derecho como juicio de probabilidad, *vid.* E. Osorio Acosta (1995: 52 y ss.) y la doctrina allí

De esta forma, el entusiasmo inicial con que acoge la jurisprudencia la teoría se torna progresivamente en tibieza, cuando no abierto desapego¹³⁰. Se gradúa su aplicación¹³¹, formulándose límites y matizándose su alcance¹³². Cabe preguntarse entonces por la razón de ser y la utilidad real de este criterio. Si su empleo trata de descartar sin más aquellas solicitudes de tutela cautelar de apariencia más bien grosera por carecer manifiestamente de fundamento, ¿no se estaría de algún modo reiterando la valoración implícita en el trámite inicial que decide acerca de la admisión del recurso? Si se desciende, en cambio, a mayor grado de detalle para deslindar las probabilidades reales de éxito de las pretensiones enfrentadas, ¿no se caería en la denostada práctica de prejuzgar el fondo del asunto?¹³³ ¿No exige, por lo demás, el manejo de la categoría cierta finura jurídica imposible de garantizar sin un mínimo marco legal de referencia a efectos de acreditar la seguridad jurídica y el trato igual de situaciones asimismo iguales?¹³⁴

Curiosamente, el propósito de permanecer a toda costa equidistante entre posiciones extremas ha abocado, de algún modo, al rigorismo jurisprudencial,

citada. M. J. Pérez Estrada (2014: 2369) considera que estamos, en realidad, ante dos criterios de cuño jurisprudencial diversos, de un lado la apariencia de buen derecho y de otro el de no prejuzgar el fondo del asunto.

¹³⁰ Para J. A. Santamaría Pastor (2010: 1278) la «presión doctrinal» ha sido tan fuerte que la jurisprudencia ha optado, finalmente, por una «aceptación moderada y restrictiva de la tesis».

¹³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004, rec. 1678/2002, ponente: Segundo Menéndez Pérez, FJ 3: «no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, 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 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».

¹³² Sobre ello había advertido ya J. E. Peces Morate (1999: 151). Ofrece una ajustada síntesis de la evolución de las diversas posiciones jurisprudenciales al respecto, J. Rodríguez-Arana Muñoz (2006: 143 y ss.). S. de la Sierra (2004: 293 y ss.) profundiza, asimismo, en la «joven y titubeante» jurisprudencia española en la materia.

¹³³ J. E. Peces Morate (1999: 147) vincula la cuestión a la propia imparcialidad del juzgador, que entiende dudosa si se aplica este principio. Y, sin embargo, J. A. Hernández Corchete (2000: 76 y ss.) aventura una propuesta que llega, incluso, a defender la necesidad de que el juez anticipe en toda decisión tomada en sede de justicia cautelar el enjuiciamiento *prima facie* de varios extremos, comenzando, en primer lugar, por «verificar si la Administración actuó o no conforme a Derecho».

¹³⁴ En este sentido, A. Nieto (2000: 179), para quien «el juez es ciertamente im-parcial con relación a las partes [...] pero no es ni debe ser neutral respecto al fondo, dado que ha de estar siempre al lado del *statu quo* (o de la situación que le indique la ley), cuya defensa solo le es lícito abandonar cuando una parte le obliga a rendirse; cuando sea *vencido*, es decir, *convencido* por los argumentos de una de ellas».

que ha formado con el tiempo un catálogo muy concreto de supuestos en los que apreciar su admisibilidad. De esta forma, se admite pacíficamente la apariencia de buen derecho en los casos en que el acto administrativo haya recaído en aplicación de disposiciones generales declaradas nulas por sentencia firme, cuando el acto es idéntico a otro u otros anulados también judicialmente, cuando exista una sentencia judicial que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme o, en fin, cuando la Administración oponga una resistencia pertinaz frente a un criterio reiterado y asentado por la jurisprudencia¹³⁵. Junto a estos supuestos, otros fallos han aceptado la teoría y la aplicación del criterio como presupuesto para otorgar la medida cautelar cuando la ilegalidad del acto impugnado sea ostensible, sin necesidad de profundizar en su contenido¹³⁶, o, en fin, como ha quedado expuesto ya, como elemento coadyuvante de la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto en el supuesto particular¹³⁷. Otorgaría mayor seguridad jurídica recogerlos, sin más, en nuestro Derecho positivo, sin necesidad de apelar de forma grandilocuente al olfato del juez, sino acudiendo, más bien, a criterios jurídicos regulados y objetivables.

4. PROCEDIMIENTO CAUTELAR EN SEDE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El artículo 131 de la LJCA establece que «el incidente cautelar se sustanciará en pieza separada». El enunciado concreta la instrumentalidad propia de la medida cautelar, cuya solicitud da pie a un procedimiento incidental independiente, meramente accesorio del proceso principal. El devenir de este último no se suspende como consecuencia de la necesidad de decidir acerca de la pertinencia de la tutela cautelar impetrada. Así se desprende, por lo demás, del artículo 137 de la Ley. De esta forma, ambos procesos, principal e incidental, se sustancian de forma autónoma y simultánea, sin interferir mutuamente en su desarrollo salvo que se produzca, lógicamente, la extinción del primero. El procedimiento cautelar en sede contenciosa es, en todo caso, de tramitación

¹³⁵ Cabría hablar, siguiendo en este punto a P. Ruiz-Jarabo (2004: 25), de apariencia de mal derecho de la actuación administrativa. También C. Chinchilla Marín (1991: 47) sostiene que de poco servirían *periculum in mora* y *fumus boni iuris* «sin un *fumus* de actuación administrativa ilegal».

¹³⁶ S. de la Sierra (2004: 268) subraya la redundancia que encierra, a estos efectos, la exigencia jurisprudencial de que la nulidad del acto administrativo pueda constatarse de forma evidente, profundizando con mayor detalle (2004: 285 y ss.) en la vinculación del criterio indeterminado del *fumus* con la teoría ya consolidada de la nulidad de los actos administrativos.

¹³⁷ Se debe concluir con J. Vecina Cifuentes (1995: 271) que «en abstracto puede existir un *fumus* sin *periculum*, pero a efectos cautelares ambos términos aparecen tan indisolublemente ligados que la apariencia de buen derecho no puede por sí misma determinar la adopción de una medida cautelar».

«muy sencilla»¹³⁸ o de «una total simplicidad»¹³⁹, como se ha encargado de subrayar la doctrina, aunque no cabe duda que plantea algunos interrogantes y zonas de claroscuro a causa de la excesiva prisa del legislador por disponer sus trámites sin entrar a regular ciertos detalles y pormenores necesarios para su operatividad real en la práctica¹⁴⁰.

A) INICIACIÓN

El procedimiento cautelar se abre en sede contencioso administrativa con la solicitud de la medida cautelar ante el órgano jurisdiccional competente. Conforme al artículo 7.1 de la LJCA, «los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que fueren competentes para conocer de un asunto lo serán también para todas sus incidencias», incluidas, por tanto, las sustanciadas a fin de decidir sobre las pretensiones cautelares que pudieran plantearse en relación con el proceso principal¹⁴¹.

El artículo 129 establece, además, que la medida cautelar puede ser solicitada en cualquier estado del proceso¹⁴². Se trata de una disposición que cuenta, a su vez, con algunas modulaciones importantes. De un lado, su apartado segundo contempla que «si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda», quedando vedada, por tanto, la posibilidad de peticionar medidas cautelares una vez que el proceso principal haya pasado de aquel estadio inicial¹⁴³. De otro, el artículo 136 establece un régimen absolutamente particularizado para aquellos supuestos en que se impugnara una eventual inactividad o vía de hecho de la Administración. En estos casos las medidas también podrán solicitarse antes

¹³⁸ V. Conde Martín de Hijas (1999: 601).

¹³⁹ J. A. Santamaría Pastor (2010: 1291).

¹⁴⁰ C. Chinchilla Marín (1991: 186) reclamaba ya con anterioridad a la LJCA una reforma urgente que afrontara «todos los problemas, procesales y sustantivos, que plantea un sistema de verdadera tutela cautelar», listando una serie de cuestiones que, en algunos casos, se encuentran aún sin respuesta.

¹⁴¹ Cabe señalar algunas particularidades al respecto. Así, debe tomarse en consideración el artículo 42.5 c) del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, conforme al que corresponde al Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia, en cometido de estricta sustitución, conocer de la adopción de medidas cautelares en relación con las actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno, siempre que sean instadas en días y horas inhábiles y exijan una intervención judicial inmediata.

¹⁴² Incluso para el caso de que ya se haya ejecutado el acto administrativo, como subraya S. M.^a Martín Valdivia (2016: 348).

¹⁴³ Sobre las implicaciones de esta previsión legal, *vid.* J. A. Santamaría Pastor (2010: 1266 y ss.).

de la interposición del recurso¹⁴⁴, que deberá tener lugar inexcusablemente, solicitando el interesado la ratificación de aquellas, en el plazo de diez días a contar desde la notificación de su adopción. Son las denominadas medidas provisionalísimas, adoptadas de forma excepcional y urgente, *inaudita parte*, incluso, en el seno del régimen especial dispuesto por el precepto para estos supuestos concretos¹⁴⁵.

Es más, el artículo 117.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), prevé expresamente la posible extensión de la suspensión acordada en el procedimiento administrativo a la vía contencioso administrativa posterior, condicionando, no obstante, el mantenimiento de estos efectos suspensivos a la solicitud expresa del interesado¹⁴⁶. ¿Por qué no disponer sin más que el acto impugnado objeto de suspensión en vía administrativa no podrá ejecutarse hasta que alcance firmeza en vía administrativa por haber transcurrido el plazo de que dispone el interesado para la interposición del recurso jurisdiccional?¹⁴⁷ Resulta aun más insólito reservar esta posibilidad de forma exclusiva a aquellos supuestos en que la suspensión en vía administrativa vaya acompañada de medida cautelar, contracautelar *stricto sensu*, «para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado»¹⁴⁸. ¿Por qué no extender la opción también a aquellos supuestos en que, precisamente por no concurrir riesgo para estos extremos, la suspensión se ha

¹⁴⁴ C. Chinchilla Marín (1999: 197 y ss.) se muestra sumamente crítica con que la Ley haya reservado esta previsión exclusivamente para estos supuestos.

¹⁴⁵ Debe hacerse notar que al solicitar la medida cautelar al órgano jurisdiccional que se presume competente para enjuiciar, asimismo, el proceso principal que aún no se ha iniciado formalmente, pudiera ocurrir que aquel se reconociera territorialmente incompetente para conocer de la inactividad o vía de hecho alegada, en cuyo caso habría de estarse supletoriamente a lo dispuesto por el artículo 725.2 de la LEC, de forma que «si el tribunal se considerara territorialmente incompetente, podrá, no obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejaren, ordenar en prevención aquellas medidas cautelares que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente».

¹⁴⁶ Se refiere, asimismo, a la posible adopción o al mantenimiento de medidas provisionales en el procedimiento administrativo con posterioridad a la resolución, M. Rebollo Puig (1993: 696 y ss.). Causa cierta sorpresa la inclusión de este precepto en la LPAC, no en vano su contenido es más propio de la LJCA, en cuyo articulado debiera haber encontrado quizá acomodo, si bien A. Calonge Velázquez y A. Gómez Barahona (1998: 792) entienden que por tratarse de un mandato dirigido a la Administración pública autora del acto, puede ser este un «lugar acertado» también para su emplazamiento.

¹⁴⁷ C. Chinchilla Marín (1991: 164) se suma a la posición de J. R. Parada Vázquez (1988: 210) y entiende, incluso, que «la suspensión debe poder solicitarse directamente al juez, sin interponer recurso a la Administración».

¹⁴⁸ Conforme al tenor literal del artículo 117.4 de la LPAC.

acordado sin necesidad de adoptar medida cautelar alguna por parte del órgano competente?¹⁴⁹

En cuanto a la legitimación para tomar parte en el incidente cautelar, si en vía administrativa el artículo 117.2 de la LPAC admite la suspensión de la ejecución del acto impugnado de oficio o a solicitud del recurrente, en la contenciosa rige, en cambio, el principio dispositivo o de justicia rogada, por lo que tan solo procede la solicitud de medida cautelar a instancia de parte¹⁵⁰. El tenor literal de la LJCA emplea a estos efectos el concepto de «interesado», más amplio que el de mero actor o demandante, remitiendo a los artículos 18 y 19 de la Ley, relativos a la capacidad procesal y a la legitimación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo¹⁵¹. Entre los legitimados para ser parte y realizar alegaciones en el incidente cautelar ocupa un lugar importante la propia Administración autora de la actuación impugnada, destacando, asimismo, la posible personación de terceros que pudieran verse directamente afectados en sus derechos o intereses legítimos, ya sea de forma favorable o perjudicial, a consecuencia de la ejecutividad inmediata de la actuación administrativa correspondiente¹⁵² y que, precisamente por ello, pudieran intervenir o comparecer en el proceso principal cuando las circunstancias del litigio lo precisaran y admitieran¹⁵³. Ha de tomarse asimismo en consideración el papel

¹⁴⁹ Vid. A. Calonge Velázquez y A. Gómez Barahona (1998: 791 y ss.). Por su parte, S. M.^a Martín Valdivia (2016: 349 y ss.) da noticia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo habida precisamente en este sentido.

¹⁵⁰ Así lo sanciona, por ejemplo, el ATS de 15 de enero de 2007, rec. 47/2006, fundamento de derecho séptimo.

¹⁵¹ F. A. Castillo Blanco (1998: 310 y ss.) denuncia el empleo al efecto de una terminología «un tanto confusa» e «inadecuada». E. I. Cara Fuentes (2014: 37 y ss.) sintetiza, con abundante cita jurisprudencial, la doctrina del Tribunal Supremo sobre las características de la legitimación en este incidente procesal.

¹⁵² J. Rodríguez Pontón (1999: 164 y ss.) da noticia de la tendencia jurisprudencial favorable a «la concepción de la tutela cautelar como un incidente en el que han de tener entrada, sin restricciones, todos los sujetos afectados de forma más o menos intensa por su resolución». Para R. Lacueva Bertolacci (2004: 65) alcanzaría a cualquier solicitante potencial de tutela cautelar, independientemente de que fuera parte o no en el proceso, opción que tensiona, sin duda, las notas de instrumentalidad y funcionalidad propias de la medida cautelar. No en vano, esta ha de estar al servicio, en última instancia, de la efectividad de la sentencia y de la satisfacción del fin legítimo del recurso, lo que difícilmente puede predicarse en relación a la pretensión cautelar de quien no se persona en el proceso principal.

¹⁵³ Si bien los plazos previstos por el artículo 49.1 de la LJCA para el emplazamiento y la personación de terceros en el proceso prácticamente eliminan de raíz cualquier posibilidad de que lleguen a formular alegación alguna en el incidente de medidas cautelares, al menos con carácter previo a la decisión inicial acerca de su posible adopción y sin perjuicio de la vigencia en este ámbito del principio *rebus sic stantibus*. Se trata de una dificultad que pudiera ser, como denuncia J. A. Santamaría Pastor (2010: 1293), «extraordinariamente grave», pues la medida adoptada puede incidir en muchos casos sobre terceros interesados «de modo mucho más intenso que en la propia Administración demandada».

reservado al Ministerio Fiscal en determinados ámbitos materiales¹⁵⁴. En todo caso, si se apreciara falta de legitimación en cualquiera de los interesados que se personaran, debe cuestionarse y dirimirse, con carácter previo, en el proceso principal, conforme establece el artículo 51 de la LJCA, dejando en suspenso la resolución de la pieza cautelar hasta entonces.

Nada dice la LJCA, por lo demás, en relación con el contenido mínimo del escrito por el que se solicita la adopción de la medida cautelar, ni tampoco respecto del que recoja la posible oposición de la parte contraria a su otorgamiento o sobre los medios de prueba, en fin, que habrán o podrán, en su caso, acompañar a cualquiera de estas dos posiciones contrapuestas¹⁵⁵. Se hace preciso acudir, a estos efectos, a la aplicación supletoria del artículo 732 de la LEC que exige que la solicitud de medidas cautelares se formule «con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción», acompañando, en todo caso, «los documentos que la apoyen» u ofreciendo «la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan» su otorgamiento¹⁵⁶. A falta de previsión expresa en la LJCA, hay que entender, en la línea de lo dispuesto al efecto por la LEC, que la proposición de prueba tan solo puede producirse en el momento de la solicitud, instante en el que precluirá para el actor la posibilidad de cualquier otra propuesta en este sentido. El artículo 732 de la LEC impone, además, al solicitante el deber de ofrecer en su escrito de petición «la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone».

B) INSTRUCCIÓN

Al sancionar su tramitación en pieza separada y sin suspender el curso de los autos, la LJCA ratifica de algún modo que el incidente en materia cautelar

¹⁵⁴ En concreto, en relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado o en materia de responsabilidad ambiental, donde está prevista de forma expresa su legitimación e intervención. *Vid.*, en este sentido, el artículo 135.2 de la LJCA y 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería, así como la Disposición adicional 8.^a de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

¹⁵⁵ *Vid.* T. López-Fragoso Alvarez (1999: 736).

¹⁵⁶ Sirva de botón de muestra al efecto, sobre el principio de prueba exigible en la vía cautelar, provisional en sí misma, la STS de 23 de octubre de 2002, rec. 8451/1999, fundamento de derecho tercero. E. Collado García-Lajara (1998: 2189) reivindica la regulación de medidas disuasorias, en la línea de lo previsto en el Derecho francés, para evitar la presentación de escritos con deficiencia o ausencia de fundamentación seria. E. García de Enterría (2000: 260) no duda, por su parte, en reenviar al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial todos aquellos supuestos en que la solicitud de medida cautelar «encierra por sí solo un verdadero fraude procesal».

goza de cierta autonomía¹⁵⁷. No en vano, la acción que ejercita el solicitante de la tutela cautelar es distinta y autónoma de la de impugnación de la actuación administrativa correspondiente, abriendo paso a una controversia específica que cuenta con su propia resolución final, susceptible, en su caso, de ejecución forzosa. La decisión adoptada en relación con el incidente cautelar carecerá, a su vez, de cualquier influencia sobre otras que hubieran de tomarse en el proceso principal respecto al fondo del asunto planteado. En todo caso, una vez solicitada la tutela cautelar y en tanto se tramita el incidente, no cabe el ejercicio de la autotutela ejecutiva de la Administración. Así se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, resultando suficientemente expresiva al efecto la Sentencia 78/1996, de 20 de mayo¹⁵⁸.

Requerida a instancia de parte la medida cautelar correspondiente, procede ordenar por parte del Secretario judicial audiencia de la parte contraria, por un plazo que no excederá, en principio, conforme al texto legal, de diez días¹⁵⁹. Son varios los aspectos que suscitan interrogantes al efecto. De un lado, el enunciado del precepto establece que «si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada», planteando con ello el problema de los posibles inconvenientes que pudieran derivar de la inadecuada coordinación, dada la sumariedad inherente al incidente, entre el órgano autor de la actuación impugnada y el órgano administrativo encargado, por su parte, de su representación y asistencia jurídica¹⁶⁰.

El artículo 131 de la LJCA obliga, además, al intérprete a lidiar con el difícil problema de la posible personación fuera del plazo establecido para la audiencia en cuestión, no solo de otros codemandados sino también de terceros interesados en la cuestión de fondo debatida en el proceso principal. No en vano, conforme al artículo 21.1 b) pueden llegar a erigirse en codemandados «las personas o entidades cuyos derechos e intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante». A estos efectos, la Administración demandada deberá notificar, en los cinco días siguientes a su adopción, la resolución por la que acuerda remitir al órgano juzgador el expediente pertinente a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazán-

¹⁵⁷ Sobre la discutida autonomía procesal de la tutela cautelar *vid.* C. Chinchilla Marín (1991: 51 y ss.). Frente a la posición doctrinal mayoritaria, J. E. Peces Morate (1999: 146) se muestra abiertamente contrario a su configuración como proceso autónomo.

¹⁵⁸ FJ 3. Y, sin embargo, denuncia J. M. Sala Arquer (1999: 206) que esta es «una propuesta sin duda bien intencionada, pero que no tiene nada que ver con la realidad legal y jurisprudencial, y menos aún con la práctica administrativa».

¹⁵⁹ Sobre la necesidad de dar audiencia a los interesados, máxime cuando hayan comparecido en autos, así como la indefensión y consiguiente nulidad y retroacción de actuaciones en caso de privación del trámite para formular oposición a la medida cautelar, *vid.* las SSTs de 2 de julio de 1996, rec. 966/1992, y, más recientemente, de 26 de febrero de 2010, rec. 1734/2009.

¹⁶⁰ En este sentido, J. J. Torres Fernández y J. Medina Guijarro (1999: 103).

doles para que puedan personarse como demandados, si así lo desearan, en el plazo de nueve días. La suma de ambos períodos excede de los diez días reservados para la audiencia a la parte contraria en el incidente cautelar, abriendo, como se comprende, dudas susceptibles de poner en jaque la tutela judicial efectiva de estos interesados. Ciertamente es que la vigencia en materia cautelar de la cláusula *rebus sic stantibus* les permitiría hacer valer de algún modo sus intereses ante el órgano judicial competente, pero también que tan solo podrían plantear sus reivindicaciones dentro del estrecho cauce que sanciona para la modificación de la medida cautelar el artículo 132.2¹⁶¹.

La audiencia de la parte contraria no excederá, en todo caso, de un plazo de diez días, resolviéndose por auto el incidente cautelar dentro de los cinco días siguientes. Son plazos susceptibles de acortarse a la vista del artículo 128.3, conforme al que «en casos de urgencia, o cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, las partes podrán solicitar al órgano jurisdiccional que habilite los días inhábiles [...] en el incidente de suspensión o de adopción de otras medidas cautelares». En estos supuestos el juez o tribunal oír a las demás partes y resolverá por auto en el plazo de tres días, «acordando en todo caso la habilitación cuando su denegación pudiera causar perjuicios irreversibles». Pudiera parecer que el legislador piensa en una vista oral, ágil y con audiencia de las partes afectadas, si bien, en la práctica, se desarrolla, como regla general, por escrito y en unos plazos que poco tienen que ver, en muchas ocasiones, con lo dispuesto de forma expresa por el legislador¹⁶². Su cumplimiento estricto implicaría no solo la diligencia absoluta de las partes intervinientes y, en especial, de la Administración demandada al remitir al juzgador el expediente administrativo correspondiente¹⁶³, sino también la ausencia de cualquier síntoma de congestión en nuestra jurisdicción contenciosa. Y así, el plazo inicialmente dispuesto por el legislador puede variar en la práctica, bien porque el juzgador entienda que necesita examinar el expediente administrativo y espere a su remisión por la Administración correspondiente, bien porque decida recibir y practicar la prueba que estime procedente en vía cautelar¹⁶⁴.

¹⁶¹ Para J. González Pérez (1998: 2072) se trata de un elemento que podría quebrar el principio de contradicción cuando se trate efectivamente de codemandados y no de terceros intervinientes. Se hace eco también de esta disfunción J. A. Santamaría Pastor (2010: 1293).

¹⁶² J. A. Santamaría Pastor (2010: 1291 y ss.) denuncia el carácter «equivoco» del término audiencia, mostrándose favorable a la «reconsideración legislativa en profundidad de la tramitación del incidente». En idéntico sentido, J. M. Baño León (1995: 175) y, desde la perspectiva sectorial de la prevención de la corrupción urbanística, J. E. Soriano García (2010: 244).

¹⁶³ J. A. Santamaría Pastor (2010: 1292 y ss.) denuncia el silencio de la LJCA, que no prevé, cuando el escrito de interposición solicita medidas cautelares, un plazo especial más breve para la remisión del expediente administrativo, que conforme al artículo 48.3 de la Ley es de veinte días improrrogable.

¹⁶⁴ Así lo subraya E. I. Cara Fuentes (2014: 84).

Cabría remediar, por último, el mutismo de la LJCA acerca de la posible práctica de la prueba en el incidente cautelar acudiendo supletoriamente a la LEC, en particular, salvando las distancias, a su artículo 734. Aunque se aceptara su posible extensión al ámbito contencioso-administrativo¹⁶⁵, innecesaria en muchas ocasiones ante los caracteres de este incidente y de la tutela que en él se reclama¹⁶⁶, debe hacerse notar que no se trata tanto de admitir la propuesta de la práctica de la prueba en el transcurso de una vista ágil en que intervengan todas las partes, como, a lo sumo, de valorar y contestar por escrito a las pruebas que acredita o cuya práctica impetra en su escrito de solicitud el peticionario de la tutela cautelar o, en su caso, en su escrito de contestación quien se oponga a su posible adopción.

C) MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL EN LA INICIACIÓN E INSTRUCCIÓN DEL TRÁMITE CAUTELAR

El régimen jurídico anterior convive con la excepción representada por las medidas cautelares de urgencia, denominadas también cautelarísimas o provisionalísimas¹⁶⁷, adoptadas *inaudita parte* en supuestos de especial premura conforme a lo dispuesto en el artículo 135 de la LJCA¹⁶⁸. Su razón de ser está, en palabras del Consejo de Estado, «en asegurar la efectividad de la medida cautelar [...] que pudiera, en su caso, adoptarse. No suponen la apertura de una pieza separada, sino que se deciden en la que se abre para sustanciar las medidas cautelares ordinarias»¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Discutida por J. A. Santamaría Pastor (2010: 1294) ante la regulación «sumamente escueta» de la LEC que la hace inaplicable en el ámbito contencioso.

¹⁶⁶ M. J. Pérez Estrada (2014: 2376) da noticia de cómo en la práctica no es frecuente acordar el recibimiento a prueba «debido a la importancia que tiene la rapidez en la tutela cautelar; en otras ocasiones lo que ocurre es que no se discuten los hechos de la pretensión cautelar y otras veces, el expediente administrativo ya contiene los hechos para poder adoptar las medidas cautelares sin necesidad de practicar prueba alguna».

¹⁶⁷ Esta última empleada por J. Rodríguez-Arana Muñoz (1998: 886 y ss.), mostrándose más favorable a la primera A. Calonge Velázquez (1999: 1847).

¹⁶⁸ Sobre su introducción por el Tribunal Supremo en los Autos de 2 y 19 de noviembre de 1993 (Ponente: Peces Morate), *vid.* F. Sanz Gandásegui (1995: 183 y ss.).

¹⁶⁹ Dictamen del Consejo de Estado 1125/1997, de 29 de mayo. En sentido similar, S. González-Varas Ibáñez (2012: 1012), quien sostiene que su adopción «procedería solo, pero siempre, que el interesado haga valer una necesidad de tutela judicial efectiva especial que no puede siquiera ser resuelta por las cautelares normales». Para J. M. Sala Arquer (1999: 205) responden, sin duda, a la «pérdida de efectividad de las medidas cautelares» ocasionada a consecuencia del «colapso de la jurisdicción contencioso administrativa». En sentido similar, expresando su valoración negativa acerca de la institución de las «provisionalísimas», J. A. Santamaría Pastor (2010: 1320).

Su regulación, sumamente escueta y «a brochazos»¹⁷⁰, resulta aplicable «cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso»¹⁷¹. El trámite incidental se hace más conciso, acortándose los plazos a su mínima expresión. Invocada aquella coyuntura a instancia de parte, el juez o tribunal adoptará su decisión en el plazo de dos días, sin oír siquiera a la parte contraria¹⁷². Si el juzgador aprecia las circunstancias apremiantes alegadas, se pronunciará sobre la medida solicitada tras efectuar la ponderación a que remite el artículo 130 de la LJCA, sin que quepa recurso alguno contra el auto en cuestión¹⁷³. Dará audiencia en la misma resolución a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que tenga por oportuno, o bien convocará a las partes a una vista que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida para que al momento de comparecer puedan presentar las alegaciones que estimen procedentes¹⁷⁴. La falta de audiencia se convierte así, en realidad, en audiencia diferida por tres días¹⁷⁵. Recibidas las alegaciones escritas, transcurrido el plazo para presentarlas o celebrada la comparecencia oral, el juez o tribunal competente dictará auto relativo al levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida cautelar, que será recurrible conforme a las reglas generales¹⁷⁶. Si el órgano juzgador no apreciara la urgencia, ordenará, en cambio, la tramitación

¹⁷⁰ J. A. Santamaría Pastor (2010: 1316).

¹⁷¹ La «especial urgencia» se erige así en piedra angular de estas medidas, como subraya B. Roig Mateo (2010: 63). *Vid.* la STS de 11 de julio de 2003, rec. 6978/2001, fundamento de derecho tercero, que reitera la doctrina contenida, entre otros, en el Auto de 16 de abril de 1999, rec. 17/1999.

¹⁷² El Dictamen del Consejo de Estado 1125/1997, de 29 de mayo, admite esta excepción al principio contradictorio, pese a las posibles reservas. Una posibilidad avalada, asimismo, por la STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 7, en relación con el embargo preventivo. En todo caso, el artículo 135.2 matiza un tanto la adopción *inaudita parte* de la decisión en determinados supuestos, en concreto, aquellos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad. En estos asuntos se deberá oír necesariamente al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto correspondiente, aunque no se sustancie audiencia con la parte contraria u otros posibles interesados.

¹⁷³ A. Calonge Velázquez (1999: 1849) da noticia de las diversas posiciones doctrinales habidas en torno a esta irrecurribilidad y concluye que «la solución que ofrece el legislador se muestra conforme con la naturaleza de las cosas».

¹⁷⁴ Sobre las dudas suscitadas por este trámite, la comparecencia y personación de las partes ante el órgano jurisdiccional, *vid.* el Dictamen del Consejo de Estado 1125/1997, de 29 de mayo, J. González Pérez (1998: 2099), A. Calonge Velázquez (1999: 1849 y ss.) y J. M. Sala Arquer (1999: 213).

¹⁷⁵ J. B. Lorenzo de Membiela (2006: 511).

¹⁷⁶ Posibilidad acorde, en opinión de J. Rodríguez-Arana Muñoz (1998: 890), con el «carácter accesorio e interdependiente de estas medidas».

del incidente cautelar por su cauce procesal ordinario, sin que los interesados puedan solicitar entre tanto medida cautelarísima alguna¹⁷⁷.

Este tipo de tutela podrá adoptarse, además, «de forma semiautomática»¹⁷⁸, con carácter previo a la interposición del recurso correspondiente, cuando se inste respecto a supuestos de posible inactividad o vía de hecho por parte de la Administración¹⁷⁹, otorgando al interesado un plazo de diez días para recurrir y ratificarse en su petición de las medidas pertinentes¹⁸⁰, so pena de quedar automáticamente sin efecto las que se hubieran acordado y del deber del solicitante de indemnizar eventuales daños y perjuicios¹⁸¹. La interposición posterior del recurso se erige así en condición de eficacia de la medida cautelar, en lugar de ser presupuesto previo a su adopción¹⁸².

La singularidad de estos supuestos concretos excede, en todo caso, de la vertiente procesal para alcanzar también al ámbito sustantivo. Se invierte, de un lado, la carga de la prueba acerca del *periculum in mora*, de acuerdo con el debilitamiento de la presunción de validez de la actuación administrativa¹⁸³. Resulta meridiano, de otro, que la posible ponderación judicial del *fumus boni iuris* opera en relación con el artículo 136 de la LJCA justamente al revés¹⁸⁴. Se da por sentada esa apariencia, recayendo sobre la Administración la posible prueba en contrario¹⁸⁵. No es que el legislador desplace por completo el *periculum in mora* en relación con estas medidas, sino que lo considera implícito

¹⁷⁷ El ATS de 16 de septiembre de 1990, rec. 11114/1990, fundamento de derecho cuarto, destaca la importancia capital que reviste al efecto la diligencia probatoria desplegada por el solicitante.

¹⁷⁸ En expresión de S. M.^a Martín Valdivia (2016: 354).

¹⁷⁹ En opinión de J. A. Santamaría Pastor (2010: 1325), algo «un tanto chocante: un incidente para asegurar el buen fin de un proceso que no existe aún». C. Chinchilla Marín (1998b: 893) llama la atención sobre que no se establezca un momento inicial a partir del que poder solicitarlas. Sobre esta misma cuestión, S. González-Varas Ibáñez (2012: 1012).

¹⁸⁰ Exigencia que C. Chinchilla Marín (1999: 198 y ss.) flexibiliza, interpretando que la Ley no exige que el recurrente se ratifique en su solicitud de medidas cautelares de forma explícita, bastando con la interposición del recurso dentro de plazo. Se alteran con ello de forma excepcional, como destaca A. Palomar Olmeda (2017: 912), las reglas generales que contienen los artículos 46 y concordantes de la LJCA, relativas al plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo.

¹⁸¹ C. Chinchilla Marín (1999: 190 y 196) cuestiona «si no hubiese sido más oportuno establecer una regulación única y común para todas las medidas cautelares». También M. Bacigalupo Saggese (2008: 36) se pregunta por la «razón que justifica tal asimetría».

¹⁸² Así lo subraya C. Chinchilla Marín (1991: 51).

¹⁸³ E. I. Cara Fuentes (2014: 121).

¹⁸⁴ Para M. Bacigalupo Saggese (2008: 36) la Ley opta por un criterio «parcialmente distinto o, al menos, más preciso», en concreto, una «variante negativa» del *fumus boni iuris*, «tan negativa, por cierto, que más bien parece tratarse de un *fumus non mali iuris*».

¹⁸⁵ C. Chinchilla Marín (1999: 195) subraya las dificultades implícitas a esta inversión del *fumus*.

en la propia gravedad de los supuestos sobre los que descansa la solicitud cautelar.

D) TERMINACIÓN

Concluida la fase de instrucción, el auto de resolución deberá dictarse dentro de los cinco días siguientes¹⁸⁶. La importancia de su motivación ha sido subrayada por el Tribunal Constitucional, en cuanto conecta con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹⁸⁷. Conforme a su doctrina se consideran suficientemente motivadas «aquellas resoluciones judiciales apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundantes de la decisión», sin que corresponda al alto intérprete constitucional «censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho o revisar la forma y estructura de la resolución judicial, pero sí 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»¹⁸⁸.

Ahora bien, el auto de concesión o denegación de la medida cautelar ha de ser, además, congruente¹⁸⁹. A ello responde el artículo 33 de la LJCA que impone a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso el deber de juzgar «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición»¹⁹⁰. No en vano, el artículo 24.1 de la Constitución ampara, en expresión de la STC 122/1994, de 25 de abril, el derecho «a promover la actividad jurisdiccional y obtener una resolución

¹⁸⁶ J. A. Santamaría Pastor (2010: 1294) subraya el incumplimiento habitual de este plazo.

¹⁸⁷ Por ejemplo, en la STC 175/1992, de 2 de noviembre, FJ 2, con cita de abundante doctrina del propio Tribunal Constitucional, así, las Sentencias 116/1986, de 8 de octubre; 55/1987, de 13 de mayo; 150/1988, de 15 de julio; 36/1989, de 14 de febrero; y, 34/1992, de 18 de marzo.

¹⁸⁸ STC 175/1992, de 2 de noviembre, FJ 2. Así se desprende también, por ejemplo, de la STS de 11 de diciembre de 2001, rec. 5388/1996, fundamento de derecho tercero.

¹⁸⁹ S. González-Varas Ibáñez (2012: 1003 y ss.) da noticia de cierto debate doctrinal al respecto, así como de la práctica jurisprudencial que «corroborra que sí se aplica con todo su alcance este principio de congruencia» al ámbito cautelar. A. Nieto (2000: 171 y ss.) se refiere, en particular, a las teorías de las congruencias y de la relevancia, así como a las vertientes en que se desarrolla, precisando los conceptos de congruencia y motivación.

¹⁹⁰ Con una sola modulación prevista en los apartados segundo y tercero del precepto que se refieren literalmente al momento de «dictar sentencia», pero que M. J. Pérez Estrada (2014: 2377) entiende también extensible a la resolución cautelar. En idéntico sentido, sobre la aplicación del principio de congruencia a otras resoluciones distintas de las sentencias, pero con contenido decisorio, su menor rigor y diverso alcance, en definitiva, *vid.* C. Chinchilla Marín (1999a: 187 y ss.).

fundada en Derecho que, naturalmente, no tiene que ser favorable a sus pretensiones, sino congruente con lo pedido»¹⁹¹.

Pese a todo, la LJCA no aborda algunas cuestiones importantes al efecto, entre ellas, la posición del juez al determinar y definir de forma concreta las medidas cautelares a adoptar. Frente al enunciado del artículo 130.1 que establece que «la medida cautelar podrá acordarse únicamente» cuando concurren ciertos presupuestos, el artículo 136 dispone que en los supuestos especiales que contempla «la medida cautelar se adoptará» salvo que quepa apreciar ciertas circunstancias. Parece sancionarse, en suma, el carácter potestativo del acuerdo de las medidas cautelares adoptadas al amparo del régimen general frente al carácter reglado, en cambio, de las otorgadas bajo el régimen especial. Y, sin embargo, la Exposición de motivos de la LJCA insiste en la «regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza». ¿Cómo conciliar esta afirmación ciertamente enfática con el tenor literal de los preceptos citados?¹⁹² Pero no solo eso, la precisión del alcance y de los confines del principio de congruencia en materia cautelar se encuentra teñida, asimismo, de cierta inseguridad. ¿Puede intervenir activamente el órgano juzgador a lo largo del incidente y sugerir a las partes modificaciones a las medidas cautelares propuestas para garantizar de forma más equilibrada la preservación de la utilidad del proceso y la protección de todos los intereses en juego? ¿Puede acordar medidas cautelares o complementarias no pedidas expresamente por las partes o se encuentra limitado a decidir en función estricta de lo solicitado, concediéndolo en todo o en parte?¹⁹³

La posible tutela cautelar cuenta, a su vez, con límites implícitos. De un lado, han de ser medidas posibles, admitidas por el ordenamiento jurídico, no solo por legales, sino también porque no excedan de las atribuciones de los tribunales. De otro, han de ser reversibles, dada, precisamente, la provisionalidad que les es inherente. En todo caso, la resolución cautelar se adopta sin efecto de cosa juzgada, debiendo comunicarse su adopción al órgano administrativo correspondiente para que disponga «su inmediato cumplimiento»¹⁹⁴.

¹⁹¹ FJ 2, con abundante cita de jurisprudencia constitucional. *Vid.*, asimismo, el compendio de jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo que sistematiza la STS de 6 de febrero de 2007, rec. 6632/2004, fundamento de derecho quinto.

¹⁹² Se refiere a esta cuestión con mayor profundidad M. Bacigalupo Saggese (2008: 44 y ss.).

¹⁹³ Ninguna de estas cuestiones parece haber estado presente, en opinión de J. A. Santamaría Pastor (2010: 1295) en la mente del legislador, «aparentemente solo preocupado por imprimir al incidente la máxima celeridad, suponiendo en él una simplicidad que no existe en modo alguno».

¹⁹⁴ Circunstancia que algunos autores entienden cumplimentada, en principio, con la notificación del auto al representante procesal de la Administración en el proceso judicial. Da noticia de ello E. I. Cara Fuentes (2014: 111), sin perjuicio de que se trate, en opinión de J. A. Santamaría Pastor (2010: 1312) de una frecuente práctica *contra legem* causante de amplios retrasos.

Resulta de aplicación al efecto el régimen jurídico aplicable a la ejecución de sentencias¹⁹⁵. Si la tutela cautelar comprendiese, en fin, la suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general, el Secretario del órgano judicial ordenará su publicación en Diario Oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza del auto¹⁹⁶.

E) EFICACIA

Como regla general, la medida cautelar otorgada en vía contencioso administrativa resulta inmediatamente ejecutiva¹⁹⁷. Cabe su ejecución forzosa conforme al mismo régimen jurídico aplicable para las sentencias judiciales¹⁹⁸, por lo que «transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado», tal y como dispone el artículo 112 de la Ley¹⁹⁹. La denegación de su concesión no prejuzga, en todo caso, la legitimidad o validez de la actuación administrativa, ni impulsa su ejecución²⁰⁰.

La LJCA permite sujetar a condición la eficacia de la medida cautelar cuando su otorgamiento pudiera derivar en perjuicios de cualquier naturaleza²⁰¹. La resolución final del proceso principal puede eventualmente llegar a confirmar

¹⁹⁵ Con la única salvedad del artículo 104.2. Esta remisión en bloque representa, en expresión literal de J. A. Santamaría Pastor (2010: 1314), un «procedimiento cómodo que ahorra al legislador entrar en detalles fatigosos» pese a que hay entre estos artículos «preceptos claramente inadecuados a la ejecución de autos sobre medidas cautelares».

¹⁹⁶ No cabe sino convenir con J. A. Santamaría Pastor (2010: 1315) que habría sido deseable recoger el mandato de realizar una nueva publicación para dar a conocer, en su caso, la recuperación de la fuerza de obligar de la norma suspendida. No en vano, son medidas cautelares, como enfatiza M. Fuertes López (2002: 59), «de gran repercusión por su eficacia general».

¹⁹⁷ J. Rodríguez-Arana Muñoz (1986: 139) sostiene explícitamente que para la Administración «surge la obligación» de acatar la medida cautelar, adquiriendo su peticionario «el derecho subjetivo a obtener» la tutela correspondiente. J. A. Santamaría Pastor (2010: 1311 y ss.) subraya la «singular gravedad» que cobra la ejecución de autos de medidas cautelares.

¹⁹⁸ La remisión en bloque a las normas de ejecución de sentencias lleva a J. J. Torres Fernández y J. Medina Guijarro (1999: 104 y ss.) a cuestionarse sobre la posibilidad de extender los efectos de las medidas cautelares adoptadas en materia tributaria o de personal a otros procedimientos, bajo las premisas establecidas por el artículo 110 de la Ley.

¹⁹⁹ E. Collado García-Lajara (1998: 2184) subraya, a este efecto, la diferencia de nuestro sistema contencioso-administrativo con el inglés, donde el incumplimiento de la *injunction* por su destinatario se sanciona como desacato al Tribunal.

²⁰⁰ Así lo reconoce la STS de 18 de julio de 1996, rec. 3246/1993, fundamento de derecho sexto.

²⁰¹ No comparto, a tal efecto, la apreciación de M. A. Luque Mateo (2004: 124 y ss.), que considera la caución como un presupuesto para la adopción de la medida cautelar. No en vano, como subraya C. Chinchilla Marín (1991: 49) la fianza es «una medida tan cautelar como la principal a la que asegura». En este mismo sentido, A. Palomar Olmeda (2017: 903).

o no, en su día, la oportunidad y conveniencia de la cautela otorgada en un estadio anterior²⁰². De ahí que su adopción pueda ir acompañada de «las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios», catálogo abierto e indeterminado²⁰³, pudiendo exigirse la presentación de «caución o garantía suficiente para responder de aquellos»²⁰⁴.

La garantía constituida no se cancelará hasta que transcurra un año desde la fecha de alzamiento de la medida cautelar, durando, por tanto, mayor tiempo que la vigencia de esta última, aun cuando el pronunciamiento del proceso principal pudiera ser favorable a las pretensiones de quien solicitó la tutela cautelar y constituyó la garantía correspondiente, por cuanto cualquier perjudicado a consecuencia de su otorgamiento podrá solicitar indemnización de los daños sufridos ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes dentro de este plazo de un año²⁰⁵.

Una vez otorgada la tutela cautelar, rige durante todo el proceso principal, extinguiéndose, lógicamente, con la terminación de aquel²⁰⁶, sin perjuicio de la vigencia de la cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito cautelar. El auto por el que se acuerda la medida cautelar se pronuncia sobre relaciones en movimiento y transformación, susceptibles, por tanto, de modificación²⁰⁷, si bien la posible formulación de alegaciones al respecto habrá de versar sobre circuns-

²⁰² *Vid.* C. Chinchilla Marín (1991: 47 y ss.). Para T. López-Fragoso Álvarez (1999: 743) la fianza constituye «la pieza de cierre del sistema cautelar», una garantía para el demandado.

²⁰³ Que remite, sin duda, a las propias del proceso civil, obligando a acudir a la LEC. *Vid.* M. Bacigalupo Saggese (1999: 194).

²⁰⁴ Cuestión diversa es la que atañe a la determinación de la cuantía de la caución a establecer por el juez o tribunal, que habrá de ser suficiente para cubrir los perjuicios eventuales. Así se recoge, en concreto, en la STS de 17 de junio de 2014, rec. 3155/2013, fundamento de derecho sexto, alcanzando la motivación del auto cautelar, asimismo, a las «razones de la cuantía de la caución», como ha hecho constar, entre otras, la STS de 3 de diciembre de 1996, rec. 7339/1993, fundamento de derecho cuarto. En todo caso, los entes públicos quedan exentos de prestar este tipo de cauciones o garantías. *Vid.*, en tal sentido, el artículo 12 y la Disposición adicional 4.^a de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, el artículo 173.2 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y los preceptos correlativos de la normativa propia de las Comunidades Autónomas al respecto.

²⁰⁵ J. Latorre Beltrán (2015: 320 y ss.) sostiene que «probablemente hubiese sido más sensato facultar al perjudicado para que ejerciese la oportuna acción de responsabilidad patrimonial», en lugar de acudir a un procedimiento simplificado «para resolver cuestiones que pueden tener cierto calado y complejidad».

²⁰⁶ A partir de dicho instante procesal podrán acordarse, en su caso, medidas tendentes a garantizar la ejecución de lo dispuesto en el fallo, suprimiéndose la aplicación de medidas cautelares «ya que ello supondría una contradicción en sus propios términos», como subraya R. Lacueva Bertolacci (2004: 62).

²⁰⁷ C. Chinchilla Marín (1993: 462).

tancias de hecho que no se tuvieron en cuenta al momento de la adopción, pero jamás sobre criterios interpretativos²⁰⁸.

F) MEDIDA CAUTELAR, RECURSOS Y EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA

Conforme al artículo 80.1 a) de la LJCA, son apelables en un solo efecto los autos que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares dictados por los Juzgados y los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo en procesos de los que conozcan en primera instancia²⁰⁹. El artículo 87.1.b) de la Ley dispone, por su parte, que son susceptibles de recurso de casación, sin establecer de forma explícita que el recurso lo sea en un solo efecto, los autos que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares dictados por las Salas de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia²¹⁰. Cuando no quepa recurso de casación, podrá acudir al recurso de reposición, única opción ante los autos que dicte al respecto la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en los casos de los que conozca en única instancia.

En todo caso, el recurso de casación habrá de limitarse a cuestiones de derecho, con exclusión de las de hecho. La pretensión del recurrente girará en torno a la anulación total o parcial del auto impugnado y, en su caso, la devolución de los autos al Tribunal de instancia o la resolución del litigio por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dentro de los términos en que apareciese planteado el debate y siempre que, invocada en estos términos una infracción concreta del ordenamiento jurídico, procesal o sustantiva, o de la jurisprudencia, la propia Sala estimara que el recurso presenta de antemano interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, en los términos acotados ahora al efecto por el artículo 88 de la LJCA en sus apartados segundo y tercero.

Para que pueda prepararse el recurso de casación contra autos que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares, es requisito *sine qua non* interponer previamente el recurso de reposición, antes llamado recurso de súplica, en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación del auto por el que se concede total o parcialmente o se deniega, en su

²⁰⁸ En este sentido, la STS de 24 de septiembre de 2008, rec. 774/2007, fundamento de derecho tercero.

²⁰⁹ Si fueran dictados en procesos de instancia única serán tan solo recurribles en reposición.

²¹⁰ Con idéntica excepción y límite a lo dispuesto a tal efecto por los apartados 2 y 3 del artículo 86 por lo que tendría, en definitiva, efecto suspensivo de la medida cautelar acordada. E. García de Enterría (2000: 272 y ss.) se muestra especialmente crítico al efecto.

caso, la tutela cautelar²¹¹, sin que obste, en principio, conforme al artículo 79.1 de la Ley, a la ejecución de la resolución impugnada, que se llevará a efecto «salvo que el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario». Del mismo modo, el artículo 91 de la LJCA establece que la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida, abocando a las partes favorecidas por ella a instar su ejecución provisional, por lo que *sensu contrario*, si esta última no fuera instada no cabría su ejecución en tanto se tramita y resuelve el recurso. ¿Resulta aplicable en estos mismos términos al recurso contra el auto que resuelve la solicitud de tutela cautelar? ¿Queda este en suspenso a raíz de la preparación de la casación salvo que la parte favorecida solicite expresamente su ejecución provisional en tanto se decide el recurso?²¹²

El órgano judicial que otorga la tutela cautelar aprecia, entre otros presupuestos, un riesgo cierto para la sentencia que pudiera finalmente recaer. En este sentido, entiendo que la eficacia de la medida cautelar debiera extenderse de forma ininterrumpida desde su adopción hasta el momento en que recaiga sentencia o se produzca la terminación del proceso principal, se modifique o revoque, en su caso, la tutela cautelar otorgada conforme al artículo 132 de la Ley o se resuelva, mientras se tramita aún el proceso, el recurso interpuesto contra su acuerdo estimando las razones y los motivos alegados para apuntalar su inadecuación y, por tanto, su indebido otorgamiento inicial.

Si recae sentencia en el proceso principal o este termina por cualquier causa legalmente prevista sin que haya culminado la tramitación del recurso correspondiente contra el auto de adopción o desestimación de medidas cautelares²¹³, queda sin objeto el recurso contra el auto cautelar por lo que, independientemente de la firmeza o no de la resolución del proceso principal, la cuestión relativa a la idoneidad de las medidas adoptadas queda desplazada por la posibilidad legal de que la parte favorecida por la sentencia solicite su eje-

²¹¹ Sobre cómo interpretar y aplicar el artículo 87.1 b) de la LJCA en relación con la exigibilidad previa de este recurso de reposición, *vid.*, por todas, con cita de jurisprudencia anterior, la STS de 28 de septiembre de 2011, rec. 220/2011, fundamento de derecho cuarto.

²¹² *Vid.*, por todos, S. de la Sierra (2004: 221) que sintetiza la cuestión desde la perspectiva del Derecho español y, en concreto, de la interpretación doctrinal y jurisprudencial al respecto, que han terminado por concluir que «la comprensión adecuada del nuevo régimen también es la de considerar que la casación se admite en un solo efecto, de manera que el auto impugnado podrá ejecutarse provisionalmente».

²¹³ E. J. Narbón Lainez (1997: 186) se muestra en este sentido sumamente crítico con que el control judicial de las medidas cautelares se realice siguiendo un proceso ordinario.

cución provisional²¹⁴. No cabe otra conclusión a la luz de la instrumentalidad propia de la tutela cautelar²¹⁵.

Ha sido la propia jurisprudencia la encargada de zanjar dudas, optando entre los dos extremos que extienden la eficacia cautelar, de un lado, hasta que recaiga sentencia en el proceso principal o este llegue a su fin por cualquier otra causa, o, de otro, hasta el momento en que aquella resolución alcance firmeza²¹⁶. Ha sentado para ello dos reglas de sentido en principio divergente pero, no obstante, complementarias. Así, la eficacia de las medidas cautelares se mantendrá durante la tramitación de cualesquiera recursos que se interpongan contra la sentencia, aun desestimatoria de las pretensiones, si bien cesará si la resolución fuera objeto de ejecución provisional, que se superpone y desplaza, en todo caso, a la tutela cautelar otorgada²¹⁷.

Ahora bien, ¿y si la continuidad del régimen cautelar pudiera demostrarse necesaria para que la sentencia recaída y ahora recurrida pudiera desplegar finalmente, una vez ganada su firmeza, toda su eficacia? Esto es, el decaimiento de la medida cautelar, ¿no puede llegar a representar en sí mismo un riesgo para el fin legítimo del recurso inicialmente interpuesto, para la eficacia de la sentencia recaída y, en última instancia, para el derecho a una tutela judicial efectiva? Seguramente por ello, pese a que conforme al artículo 83.1 de la LJCA el recurso de apelación contra las sentencias es admisible, como regla general, en ambos efectos, también el suspensivo²¹⁸, el apartado segundo de este precepto permite que el juez pueda en estos casos, en cualquier momento y a instancia de la parte interesada, adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes, positivas si así fuera necesario, para asegurar, en su caso, la ejecución posterior de la sentencia²¹⁹. Previsión que coexiste con la posible ejecución provisional de la sentencia a instancia de las partes favorecidas por ella, siempre que no sea susceptible de «producir situaciones irreversibles o perjui-

²¹⁴ C. Chinchilla Marín (1999a: 203). *Vid.*, asimismo, J. F. Mestre Delgado (1998: 880 y ss.).

²¹⁵ *Vid.* las SSTS de 12 de mayo de 1998, rec. 5529/1995, fundamento de derecho único, y de 5 de octubre de 2004, rec. 6368/2001, fundamento de derecho segundo.

²¹⁶ Para C. López García (2006: 914) con el artículo 132 de la LJCA quedaba enunciado «el irremediable conflicto» entre justicia cautelar y derecho a ejecutar provisionalmente la sentencia. También J. J. Torres Fernández y J. Medina Guijarro (1999: 99) subrayan la contradicción en que incurre el precepto. Sobre el paralelismo y antagonismo entre tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias, *vid.* J. E. Peces Morate (1999: 162 y ss.). E. I. Cara Fuentes (2014: 87 y ss.) da noticia de la difícil convivencia de ambas posibilidades.

²¹⁷ *Vid.* Santamaría Pastor (2010: 1298), F. A. Castillo Blanco (1998: 312) o C. López García (2006: 923).

²¹⁸ Salvo en los casos en que la propia LJCA disponga otra cosa, así, por ejemplo, en su artículo 121.3.

²¹⁹ Pudiendo exigirse, incluso, la prestación de caución o garantía para responder de posibles daños.

cios de imposible reparación»²²⁰. Curiosamente, no existe una previsión similar sobre la posible adopción de un marco cautelar para el caso de sentencia recurrida en casación²²¹. No hay duda, en todo caso, que las partes favorecidas por la Sentencia podrán instar su ejecución provisional, denegándola el Tribunal de instancia cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación, pudiéndose acordar, asimismo, las medidas que se estimen adecuadas para evitar o paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivar de esta ejecución.

El Tribunal Constitucional no ha dudado en afirmar que la Administración no debiera erigirse en juez y ejecutar precipitadamente el acto en vía administrativa una vez que es firme pero susceptible de impugnación judicial, planteándose dudas desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución en torno a la articulación de los trámites procesales entre el momento en que recae sentencia en el proceso principal, la posible solicitud de nuevas medidas cautelares para asegurar su ejecución y, en su caso, la ejecución provisional instada por las partes favorecidas por ella²²².

5. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M. y González Rivas, J. J. (1998): *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio*, Cizur Menor, Aranzadi, 418 pp.

Arozamena Sierra, J. (1986): «El anteproyecto de ley del proceso contencioso-administrativo», en *Documentación Jurídica*, núm. 51, pp. 683-719.

Bacigalupo Saggese, M. (1999): *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 212 pp.

—(2008): «Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo: clases de medidas cautelares y criterios para su adopción en las distintas modalidades del recurso contencioso-administrativo», en *Legislación contencioso administrativa 2005-2007: análisis crítico*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 13-66.

²²⁰ El ATS de 8 de julio de 1997, rec. 6824/1992, fundamento de derecho cuarto, subraya cómo la ejecución provisional de sentencia exige una ponderación de intereses contrapuestos en la línea de la seguida para decidir sobre el otorgamiento de la medida cautelar.

²²¹ V. Conde Martín de Hijas (1999: 605) no duda en concluir que cabría adoptarlas. En el mismo sentido cabe citar el ATS de 16 de febrero de 1999, rec. 10012/1997, fundamento de derecho tercero.

²²² Reclama E. García de Enterría (2000a: 402) que se precise «que durante el tiempo en que se tramite el incidente de ejecución provisional la Administración no recuperará su poder de autotutela, limitado o reducido por la medida cautelar».

- Baño León, J. M. (1995): «Medidas cautelares. Coloquio», en Alfonso Pérez Moreno (coord.), *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 174-176.
- (1999): «Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa», en M. Campos Sánchez-Bordona (dir.), *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, CGPJ, pp. 255-275.
- (2016): «Los excesos de la llamada autotutela administrativa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, pp. 69-86.
- Bustillo Bolado, R. O. (2005): *La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el contencioso-administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, 196 pp.
- Calonge Velázquez, A. (1994): «Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares “provisionalísimas”. Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993, Sala Tercera», en *Poder Judicial*, núm. 33, pp. 465-477.
- (1999): «Medidas cautelares de urgencia. Algunos problemas de interpretación del artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», en *La Ley*, T. V, pp. 1847-1850.
- Calonge Velázquez, A. y Gómez Barahona, A. (1998): «Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo. A propósito del Proyecto de Ley de modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *Actualidad Administrativa*, núm. 36, pp. 773-794.
- Calvo Rojas, E. (1994): «Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 83, pp. 465-476.
- Campos Sánchez-Bordona, M. (1999): «Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en *Revista de Administración Pública*, núm. 149, 1999, pp. 105-130.
- Cano Mata, A. (1982): «La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 98, pp. 47-77.
- Cara Fuentes, E. I. (2014): *Medidas cautelares y jurisdicción contencioso administrativa (problemática y soluciones)*, Málaga, Fundación Asesores Locales, 190 pp.
- Cassagne, J. C. (2001): «Las medidas cautelares en el contencioso-administrativo», en *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración pública. VI Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Laureano López Rodó*, Madrid, INAP, pp. 207-229.

- Castillo Blanco, F. A. (1998): «La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998», en *Poder Judicial*, núm. 52, 1998, pp. 281-320.
- Chaves García, J. R. (2018): *El arte de la guerra en la justicia administrativa*, Madrid, Wolters Kluwer, 402 pp.
- Chinchilla Marín, C. (1991): *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 195 pp.
- (1993): «De nuevo sobre la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en J. Barnés Vázquez (coord.), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid, Civitas, pp. 447-467.
- (1993a): «El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 131, pp. 167-189.
- (1998): «Comentario al artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, pp. 863-870.
- (1998a): «Comentario al artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, pp. 870-875.
- (1998b): «Comentario al artículo 136 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, pp. 891-894.
- (1999): «Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», en M. Campos Sánchez-Bordona (dir.), *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, CGPJ, pp. 15-65.
- (1999a): «La regulación de las medidas cautelares», en *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario sobre la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pp. 183-204.
- Collado García-Lajara, E. (1998): «Las medidas cautelares en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *La Ley*, T. 6, pp. 2181-2194.
- Conde Martín de Hijas, V. (1998): «La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa», en E. Arnaldo Alcubilla y R. Fernández Valverde (dirs.), *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, pp. 3-186.
- (1999): «Las medidas cautelares», en C. Picó Lorenzo (dir.), *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, CGPJ, pp. 531-608.
- De la Sierra, S. (2004): *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, Cizur Menor, Aranzadi, 410 pp.

- (2004a): «El sistema comunitario de tutela cautelar y su control por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la luz del artículo 6 del Convenio. Una oportunidad perdida. (La resolución del TEDH de 10 de marzo de 2004 en el asunto *Senator Lines GmbH c. los quince Estados Miembros de la Unión Europea*, núm. 56672/00)», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 6 (<www.iustel.com>).
- Díaz Delgado, J. y Escuin Palop, V. (1988): «La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 117, pp. 193-210.
- Díez Sánchez, J. J. (2010): «La justicia administrativa en Europa (anotaciones en torno a su evolución hacia un sistema de plena jurisdicción y sobre otros retos actuales)», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 36, pp. 53-81.
- Díez Sastre, S. (dir.) y Martínez Sánchez, C. (coord.) (2018): *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia*, Madrid, CIJA-UAM, 334 pp.
- Escudero Herrera, C. (1998): «De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo. Especial referencia a la suspensión de las disposiciones y actos», en *Actualidad Administrativa*, núm. 25, pp. 527-553.
- Fernández de Araoz Gómez-Acebo, A. (2002): «Control jurisdiccional de las concentraciones económicas y medidas cautelares: reflexiones en torno al Auto del Tribunal Supremo en el asunto “Salcai/Utinsa” (2001)», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, pp. 76-93.
- Fernández Pastrana, J. M. (1989): «La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 120, pp. 277-300.
- Fernández Rodríguez, T. R. (1996): «Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo (la Ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso francés)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, pp. 385-402.
- Fernández Torres, J. R. (2007): *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Madrid, Iustel, 919 pp.
- Font i Llovet, T. (1982): «Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 34, pp. 477-488.
- Fuertes López, M. (2002): «Tutela cautelar e impugnación de Reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 157, pp. 57-87.
- García de Enterría, E. (1962): «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, pp. 159-205.

- (1974): «Prólogo», en L. Mosquera Sánchez y A. Carretero Pérez, *Comentarios a la reforma de lo contencioso-administrativo (Ley de 17 de marzo de 1973)*, Madrid, Civitas, pp. 19-23.
- (1991): «Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1919 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 71, pp. 377-388.
- (1991a): «La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la “apariciencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariciencia de abuso de la ejecutividad», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 70, pp. 255-267.
- (1991b): «La aplicación de la “apariciencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra Reglamentos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, pp. 411-418.
- (1992): *La batalla por las medidas cautelares: Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Civitas, 315 pp.
- (1995): «Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no solo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia *Atlanta* del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 88, pp. 565-579.
- (1996): «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, pp. 69-89.
- (2000): «Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 151, pp. 251-277.
- (2000a): «Sobre la ejecutoriedad inmediata de las medidas cautelares recurridas en casación. Una reflexión rectificativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, pp. 381-404.
- (2008): «De nuevo sobre las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa. La ineludible reforma legal», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, T. II, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, pp. 1459-1471.
- García Llovet, E. (1999): «Medidas cautelares en el proceso de amparo (un estudio sobre la “materia administrativa”)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. I, pp. 1885-1913.
- Gómez Ferrer, R. (1995): «Medidas cautelares», en Alfonso Pérez Moreno (coord.), *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 157-159.

- González Pérez, J. (1998): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Civitas, T. II, 2475 pp.
- González-Varas Ibáñez, S. (2012): *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cizur Menor, Civitas, 1265 pp.
- (2015): «La aparente bondad del sistema de *numerus apertus* de las medidas cautelares», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2178, pp. 3-24.
- Hernández Corchete, J. A. (2000): «Medidas cautelares en lo contencioso-administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate aún abierto», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, pp. 73-87.
- Lacueva Bertolacci, R. (2004): «Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, pp. 59-77.
- Lafuente Benaches, M. (1994): «Ampliación de las medidas cautelares: la aplicación del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al proceso contencioso-administrativo (Auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993)», en *Revista General de Derecho*, núm. 596, 1994, pp. 4983-4991.
- Latorre Beltrán, J. (2015): *Cuestiones prácticas del proceso contencioso-administrativo. Ejecución, recursos, medidas cautelares y costas. 246 preguntas y respuestas*, Madrid, Sepín, 340 pp.
- López-Fragoso Álvarez, T. (1999): «Las medidas cautelares en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», en *Tribunales de Justicia. Revista mensual de jurisprudencia, doctrina y práctica procesales*, núms. 8/9, pp. 725-748.
- López García, C. (2006): «Medidas cautelares y ejecución provisional de sentencia en el proceso contencioso-administrativo», en *El Consultor*, núm. 5, pp. 911-923.
- López Ramón, F. (1988): «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 115, pp. 57-97.
- Lorenzo de Membiola, J. B. (2006): «Las medidas provisionalísimas *inaudita parte* en el procedimiento contencioso-administrativo y su construcción constitucional», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 29, pp. 497-515.
- Luque Mateo, M. Á. (2004): «Algunas notas sobre las medidas cautelares en materia tributaria», en *Crónica Tributaria*, núm. 113, pp. 117-137.
- Martín Rebollo, L. (1975): *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 609 pp.
- Martín-Retortillo González, C. (1963): *Suspensión de los actos administrativos por los tribunales de lo contencioso*, Madrid, Montecorvo, 161 pp.
- Martín Valdivia, S. M.^a (2016): *La Jurisdicción Contenciosa: análisis práctico*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1173 pp.

- Meilán Gil, J. L. (2001): «La aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva», en *El procedimiento y el control judicial de la Administración pública*, Madrid, INAP, pp. 19-38.
- Mestre Delgado, J. F. (1998): «Comentario a los artículos 131 y 132 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, pp. 876-886.
- Miguez Macho, L. (2015): «Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, pp. 1-30.
- Narbón Lainez, E. J. (1997): «Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo. Especial referencia a la suspensión en vía administrativa», en J. Carlos Fernández de Aguirre (dir.), *Valoración de la Ley 30/1992 tras cinco años de vigencia*, Madrid, CGPJ, pp. 175-250.
- Nieto, A. (1968): «Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 57, pp. 9-33.
- (1991): «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. III, Madrid, Civitas, pp. 2185-2253.
- (2000): *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 444 pp.
- Ortells Ramos, M. (1989): «Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, T. I, pp. 959-973.
- Osorio Acosta, E. (1995): *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 166 pp.
- Palomar Olmeda, A. (2017): «Medidas cautelares. Artículos 129 a 136», en A. Palomar Olmeda (dir.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Cizur Menor, Aranzado, T. II, pp. 863-914.
- Parada Vázquez, J. R. (1968): «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», en *Revista de Administración Pública*, núm. 55, pp. 65-112.
- (1969): «Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 59, pp. 41-70.
- (1988): *La Administración y los jueces*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 361 pp.
- (1991): «Prólogo», en C. Chinchilla Marín, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, pp. 13-24.
- Peces Morate, J. E. (1999): «Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias», en Manuel Campos Sánchez-Bordona (dir.), *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, CGPJ, pp. 143-181.

- Pérez Estrada, M. J. (2014): «La importancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Su eficacia en el proceso», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 99-100, pp. 2359-2381.
- Quintana López, T. (1989): «Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 64, pp. 533-546.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2015): «Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo contra resoluciones de los órganos administrativos de recursos contractuales», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, pp. 63-76.
- Rebollo Puig, M. (1993): «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en L. Martín-Retortillo Baquer (coord.), *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Madrid, Civitas, T. I, pp. 659-710.
- Rivero Ortega, R. (1998): «Medidas cautelares innominadas en lo contencioso-administrativo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 98, pp. 271-280.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (1986): *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Madrid, Montecorvo, 373 pp.
- (1998): «Comentario a los artículos 133 a 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, pp. 886-890.
- (2001): «La suspensión del acto administrativo en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», en *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración pública*, Madrid, INAP, pp. 335-350.
- (2006): «Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 28, pp. 127-151.
- Rodríguez Merino, A. (1992): «La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo desde las últimas orientaciones jurisprudenciales. La influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 2, pp. 67-81.
- Rodríguez Pontón, J. (1999): *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Barcelona, Cedecs, 227 pp.
- Roig Mateo, B. (2010): «Las medidas cautelares en la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Especial referencia a las medidas cautelares *inaudita parte*», en *Revista CEFLEGAL*, núm. 114, pp. 45-66.
- Ruiz-Jarabo, P. (2004): «El *sfumatto* de las medidas cautelares», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 232, pp. 17-28.
- Sala Arquer, J. M. (1999): «La adopción de medidas cautelares con carácter urgente», en *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario sobre la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pp. 205-214.

- Salas, J. y Tornos Mas, J. (1980): «Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona», en *Revista de Administración Pública*, núm. 93, pp. 29-65.
- Santamaría Pastor, J. A. (1983): «Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, pp. 1609-1627.
- (2010): *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Comentario*, Madrid, Iustel, 1396 pp.
- Sanz Gandásegui, F. (1995): «¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo? (Comentario a los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 138, pp. 183-201.
- Soriano García, J. E. (2010): «Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 36, pp. 225-246.
- Terrero Chacón, J. L. (1998): «Medidas cautelares», en E. Arnaldo Alcubilla y R. Fernández Valverde (dir.), *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, pp. 1293-1354.
- Teso Gamella, P. (1999): «Medidas cautelares y Derecho sancionador», en M. Campos Sánchez-Bordona (dir.), *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, CGPJ, pp. 183-212.
- Torres Fernández, J. J. (1999): «Las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 2, pp. 1-5.
- Torres Fernández, J. J. y Medina Guijarro, J. (1999): «Comentario sobre la regulación de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 13 de julio de 1998», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, T.VI, pp. 89-106.
- Vecina Cifuentes, J. (1995): «La trascendencia del *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares. Especial consideración a los procesos administrativo y constitucional. (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993)», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, pp. 259-288.

EFICACIA DE LAS SENTENCIAS EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Juan Ramón Fernández Torres

«El grave problema que tenía y, aunque algo aliviado últimamente, tiene la justicia administrativa es la lentitud. No podemos decir que nuestro proceso administrativo no incurra en dilaciones indebidas. Lo que, entre otras consecuencias, ha dado lugar a la multiplicación de órganos jurisdiccionales con la consiguiente confusión en la delimitación de las competencias. Y al abuso del formalismo para reducir el número de las que han de tramitarse hasta el final para evitar el enjuiciamiento de pretensiones que podrían estar bien fundadas»

(Jesús González Pérez, 2016)¹

SUMARIO: 1. A propósito de la calidad y la eficacia de la Justicia administrativa. 2. Acerca de la eficacia de la Justicia administrativa en España y Francia. 3. ¿Son verdaderamente eficaces las Sentencias dictadas por los Tribunales contencioso-administrativos?. 4. Algunas propuestas de *lege ferenda*. 5. Bibliografía.

RESUMEN: el presente estudio expone el significado y alcance de la calidad y eficacia de la Justicia administrativa, examina su grado de eficacia en España y Francia, así como las limitaciones y disfunciones que padece en la práctica y propone la adopción de ciertas medidas dirigidas a superarlas.

¹ Extracto de la entrevista realizada por T. R. Fernández (2016: 11-22).

PALABRAS CLAVE: justicia administrativa, calidad y eficacia, ejecución de sentencias, reforma de la LJCA.

ABSTRACT: the present study explains the meaning and scope of quality and efficacy of Administrative Justice, examines the degree of its efficacy in Spain and France, as well as its limitations and dysfunctions and proposes certain measures aiming to overcome them.

KEYWORDS: Administrative Justice, Quality and efficacy, Execution of sentences, Reform of the Administration Judicial Review Act.

1. A PROPÓSITO DE LA CALIDAD Y LA EFICACIA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La mejora de la calidad de la Justicia, y de la administrativa en particular, tanto como la optimización de su gestión, la modernización y el robustecimiento de todos sus medios (personales, materiales, técnicos y presupuestarios), constituye una reivindicación recurrente, constante e incluso tópica, de la totalidad de los actores implicados, en el plano nacional pero también a escala europea. Así lo atestiguan las iniciativas puestas en marcha en los últimos años, por un lado, por el Consejo de Europa a través de la Comisión para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ)² y, por otro, por la Comisión Europea³. Se reitera hasta

² Desde su creación en 2002 la CEPEJ publica regularmente, amén de otros estudios (un total de 27 desde el inicio de su andadura en 2004), un informe sobre los sistemas judiciales europeos en el que se mide su eficacia y calidad, habiendo llegado en julio de 2018 a su séptima edición. El informe evalúa un conjunto de elementos, entre los que se incluyen las dotaciones presupuestarias destinadas al sostenimiento de los sistemas judiciales nacionales (en concreto, a Tribunales, asistencia judicial y Ministerio Fiscal), los profesionales (Jueces y Magistrados, Fiscales, personal al servicio de la Administración de Justicia y abogados), la organización (Tribunales, informatización e información a los usuarios/justiciables) y la eficacia y la calidad (en detalle, número de asuntos pendientes [*Clearance Rate*] y duración media de la liquidación de la cifra de asuntos pendientes [*Disposition Time*]).

³ Desde 2013, con periodicidad anual, la Comisión Europea publica un «Cuadro de indicaciones de la Justicia en la UE» que proporciona un análisis comparativo de la calidad, la independencia y la eficiencia de los sistemas judiciales de sus Estados miembros. Se basa en tres elementos esenciales para la determinación de un sistema judicial eficaz: en concreto,

- su eficiencia, medida en función de la duración de los procesos, la tasa de resolución y el número de asuntos pendientes,
- su calidad, ponderada a través de la asistencia jurídica gratuita, la imposición de tasas judiciales, la formación, la supervisión de la actuación de los órganos jurisdiccionales, las dotaciones presupuestarias y el personal; y, por último,
- su independencia, en función de las salvaguardias y garantías de Jueces y Magistrados, así como de su percepción por parte de ciudadanos y empresas.

tal punto en todos los ámbitos (en sede parlamentaria, en las cada día más habituales movilizaciones de Jueces y Magistrados — y Fiscales—, así como de organizaciones colegiales, etc...) la exigencia de una Justicia (administrativa, en especial) de calidad que se corre el serio riesgo de banalizarla y trivializarla o, simplemente, de alterar su sentido y alcance dando cabida a muy diversas acepciones sin el debido fundamento.

Lo cierto es que la valoración de la calidad de la Justicia administrativa no puede acometerse sin tener presentes, en primer lugar, sus propias finalidades. Esta cuestión no es en modo alguno sencilla, toda vez que los objetivos de la Justicia administrativa no son inmutables, sino que varían a lo largo del tiempo al compás de los vaivenes legislativos, la evolución de la economía y la sociedad, etc... Basta pensar que lo que parecía muy claro en España hasta hace apenas cuatro años (esto es, la concepción subjetiva de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, como E. García de Enterría subrayó tantas veces⁴) ya no lo es tanto con la implantación y puesta en marcha del nuevo recurso de casación, configurado legalmente como un instrumento de depuración de la jurisprudencia contenciosa-administrativa «del que la justicia del caso será un mero subproducto» (sic)⁵.

Luego la propia concepción de la Justicia administrativa en un determinado momento histórico debe reflejarse por fuerza en los criterios que definan su calidad. La Historia da fe de ello⁶.

En segundo lugar, no es menos relevante, y compleja, la cuestión relativa a la determinación de los concretos criterios de valoración de la calidad de la Justicia. Qué duda cabe que semejantes criterios evolucionan al ritmo de los propios fines de la Justicia administrativa, así como de su percepción social⁷.

⁴ No me resisto a citar por su importancia el prólogo de E. García de Enterría a mi obra J. R. Fernández Torres (1998a:382), en el que con precisión quirúrgica afirma que «la justicia administrativa no es ya, por tanto, un sistema de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la Administración, según la tradición, ya definitivamente claudicante, del *excès de pouvoir*, sino un sistema de “tutela” de situaciones jurídicas subjetivas, tutela plenaria, que el texto del artículo 24 y la regla del artículo 53.1 no permiten reducir, limitar o excluir en ninguna —incluyendo, pues, la jurisdicción contenciosa-administrativa— de sus aplicaciones...» (pp. 25). *Vid.* asimismo, E. García de Enterría (2007: 148); y del mismo autor (2009: 167-183).

⁵ *Vid.* E. García de Enterría y T. R. Fernández (2017: 711). En esta misma línea F. López Menudo sostiene que «en el nuevo recurso de casación el interés propio del recurrente es un mero vehículo para ir al encuentro del interés objetivo», de suerte que «por muy relevante que pueda ser el litigio de la parte, por muy “sangrante” que sea la injusticia subyacente, la admisión sólo procederá si el actor acredita la concurrencia de un interés general que la trasciende» (*vid.* F. López Menudo (2018: 13-41).

⁶ *Vid.* al respecto, B. Frydman (2007: 18-29); asimismo, L. Cadet y H. Pauliat (2014: 13); y acerca de esta evolución en España, L. Martín Rebollo (1975: 609); J. R. Fernández Torres (1998b:665); y J. R. Fernández Torres (2008: 928).

⁷ Obsérvense dos simples datos que ponen de relieve el grado de interés manifestado por el CGPJ en los últimos años a este respecto:

La Justicia administrativa ha de ser eficaz, aunando calidad⁸, efectividad⁹ y eficiencia¹⁰. Ello motiva numerosos interrogantes: ¿ha de sacrificarse el rigor del razonamiento jurídico en beneficio de una mayor rapidez en la tramitación y resolución de los recursos contencioso-administrativos? ¿Debe por el contrario extremarse la cautela reforzando las garantías procesales y el sistema de recursos a costa de incrementar la ya de por sí gravosa lentitud? ¿Dónde está el punto de equilibrio?¹¹

Resulta en este punto de interés traer a colación las reflexiones formuladas por la doctrina francesa. Desde una perspectiva diacrónica¹², algunos autores cualificados agrupan los criterios de medición de la calidad de la Justicia administrativa en tres categorías: por una parte, los criterios de evaluación de la calidad sustancial; por otra parte, los criterios de calidad procedimental; y, por último, los criterios que ponderan la eficacia de la gestión, es decir, los relativos a su coste y los plazos de resolución, así como a «la eficacia de la justicia y su capacidad para responder a las expectativas de los justiciables», tal como señala el que fuera vicepresidente del Consejo de Estado francés durante los últimos doce años (2006-2018) Jean-Marc Sauvé¹³. En este sentido, la eficacia de la Justicia administrativa depende en primer lugar de su ejercicio a tiempo, lo que exige la potenciación de mecanismos capaces de tratar rápidamente asuntos urgentes (mediante juicios provisionales, sumarísimos y autónomos, y

— el último barómetro del CGPJ consistente en una encuesta a la población general sobre la Administración de Justicia (el X) fue realizado hace más de una década, data del 25 de septiembre de 2008; y

— la última encuesta nacional a todos los miembros de la Carrera Judicial en situación de servicio activo (la VI) data del 25 de septiembre de 2015.

⁸ *Vid.* sobre la materia, a título enunciativo, M.-L. Cavrois, H. Dalle y J.-PP. Jean (2002: 269); y, desde una perspectiva supranacional, M. Fabri, J.-PP. Jean, PP. Langbrock y M. Pauliot (2005: 442); y A. Binet-Glosclaude, L. Cadiet, C. Foulquier, J.-PP. Jean, H. Pauliat (2012: 518) (<<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00974917>>).

⁹ *Vid.* al respecto, L. M. Díez-Picazo (1987: 48); también, A. Gil-Robles (1996: 99); I. Borrajo Iniesta; I. Díez-Picazo Giménez; y G. I. Fernández Farreres (1995: 163); y J.-PP. Costa (1999: 132-138).

¹⁰ Creo obligada la cita en este punto de las valiosas aportaciones de S. Pastor Prieto (1993: 332), (2003: 272-305), (2005: 103-114), (2009: 53-171). En esta línea pueden mencionarse los trabajos más recientes de F. Gutiérrez López (2018: 164), así como de M.^a J. Vázquez y F. Gutiérrez López (2017: 22).

¹¹ Basta pensar a este propósito que es jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (p. e., Sentencia de 12 de octubre de 1992, *Baddaert c. Bélgica*) que, si bien el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) impone una obligación de celeridad de los procedimientos judiciales, también proclama un principio más general, cual es el de una buena administración de justicia, de modo que se ha de buscar un justo equilibrio entre todos los aspectos de este requisito esencial.

¹² *Vid.*, en particular, B. Frydman (2007: 19).

¹³ *Vid.* J.-M. Sauvé (2016: 667-674).

medidas cautelares ampliadas y adecuadas) y la minoración de los plazos de duración de todos los procedimientos sin excepción.

En segundo lugar, la Justicia administrativa es eficaz si sus decisiones se cumplen y producen todos sus efectos útiles a tiempo para los recurrentes.

En estas condiciones, ¿es eficaz la Justicia administrativa en España? ¿Lo son los pronunciamientos de sus órganos judiciales? A mi juicio, puede ser ilustrativo exponer unos datos generales sobre la situación de la Justicia administrativa en España, confrontándolos además con los de Francia, hasta donde las estadísticas oficiales lo permiten, con el fin de responder a la primera pregunta, antes de examinar la eficacia de las sentencias dictadas por sus Juzgados y Tribunales.

2. ACERCA DE LA EFICACIA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA Y FRANCIA

Me parece oportuno contextualizar el tema objeto de esta ponencia proporcionando un análisis breve de algunos datos generales sobre la actividad jurisdiccional de los Tribunales contencioso-administrativos en España y Francia a lo largo de los últimos cuatro años, que permita evaluar la eficacia de la Justicia administrativa en su conjunto. El objetivo es situar el tema en la realidad, más allá de lugares comunes, tópicos y obviedades, por un lado, y de apreciaciones subjetivas basadas única y exclusivamente en la experiencia personal por otro.

En primer lugar, desde la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (LJCA, en adelante), la litigiosidad no ha dejado de acrecentarse a pesar de todos los esfuerzos del legislador encaminados a evitarlo, en especial a través de medidas legislativas tales como el incremento de las tasas, la imposición de la condena en costas de acuerdo con el criterio general y objetivo del vencimiento y la introducción de un nuevo régimen de la casación contenciosa-administrativa¹⁴. Basta pensar que, a lo largo de 1999, ingresaron 178.816 asuntos (un 13% más que en 1998 y, sobre todo, un 447,5% más que en 1989), resolviéndose 180.295, y quedando pendientes 356.231 asuntos. Dieciocho años después, esas cifras se elevan a 195.908 asuntos ingresados, 205.396 asuntos resueltos y 186.250 asuntos pendientes.

Con todo, en la tabla 1 se aprecia una tendencia al descenso en el número de asuntos ingresados en la Jurisdicción contenciosa-administrativa en España

¹⁴ Salvo error u omisión por mi parte, la LJCA ha sido objeto de veintinueve (29) modificaciones parciales a día de hoy.

(10.792 menos, o sea, un $-5,22\%$ en todo el período examinado), localizado tan sólo en los Juzgados. Dicha tendencia es mucho más acusada tratándose de los asuntos resueltos (28.822 menos, es decir, $-12,3\%$), y en especial de los resueltos mediante sentencia (21.879 fallos menos, el $-14,29\%$), pero también de los pendientes al final de 2017 (45.422 asuntos menos, equivalente al $19,6\%$), salvo en la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Tabla 1. **Número de asuntos ingresados, resueltos y pendientes**

Número de asuntos		2014		
		Ingreso	Resolución (sentencias)	Pendencia
España	JCA ^a	138.950	144.029 (86.050)	134.588
	JCCA ^b	3.493	6.186 (3.165)	2.149
	TSJ ^c	51.186	71.043 (56.295)	79.882
	AN ^d	7.506	7.394 (5.024)	8.558
	TS ^e	5.565	5.566 (3.124)	6.545
	Total	206.700	234.218 (153.658) Tasa de resolución: 1,13	231.672 Tasa de pendencia: 0,99 Tasa de congestión: 1,97
Francia	TA ^f	195.625	188.295	157.262
	TAA ^g (CAA)	29.857	29.930	27.501
	CE ^h	12.082	12.252	6.199
	Total	237.654	230.477	191.326

^a Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

^b Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

^c Tribunales Superiores de Justicia.

^d Audiencia Nacional.

^e Tribunal Supremo.

^f Tribunaux administratifs.

^g Cours Administratives d'Appel.

^h Conseil d'Etat.

Número de asuntos		2015		
		Ingreso	Resolución (sentencias)	Pendencia
España	JCA ^a	123.801	150.969 (86.516)	113.845
	JCCA ^b	2.773	3.358 (2.150)	1.813
	TSJ ^c	55.080	63.519 (49.646)	71.577
	AN ^d	8.263	6.307 (4.485)	10.458
	TS ^e	8.803	5.887 (3.171)	9.453
	Total	198.720	230.040 (145.968) Tasa de resolución: 1,16	207.146 Tasa de pendencia: 0,90 Tasa de congestión: 1,87
Francia	TA ^f	192.007	188.783	161.992
	TAA ^g (CAA)	30.597	30.540	27.530
	CE ^h	8.727	9.553	5.386
	Total	231.331	228.876	194.908

^a Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

^b Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

^c Tribunales Superiores de Justicia.

^d Audiencia Nacional.

^e Tribunal Supremo.

^f Tribunaux administratifs.

^g Cours Administratives d'Appel.

^h Conseil d'Etat.

Número de asuntos		2016		
		Ingreso	Resolución (sentencias)	Pendencia
España	JCA ^a	120.348	137.985 (82.043)	98.663
	JCCA ^b	2.985	3.239 (1.967)	1.619
	TSJ ^c	55.723	59.665 (47.074)	67.781
	AN ^d	7.549	7.498 (4.625)	10.648
	TS ^e	9.579	5.268 (2.726)	13.125
	Total	196.157	213.655 (138.435) Tasa de resolución: 1,09	191.836 Tasa de pendencia: 0,90 Tasa de congestión: 1,88
Francia	TA ^f	193.532	191.697	164.691
	TAA ^g (CAA)	31.308	30.605	28.600
	CE ^h	9.620	9.607	5.461
	Total	234.460	231.909	198.752

^a Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

^b Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

^c Tribunales Superiores de Justicia.

^d Audiencia Nacional.

^e Tribunal Supremo.

^f Tribunaux administratifs.

^g Cours Administratives d'Appel.

^h Conseil d'Etat.

Número de asuntos		2017		
		Ingreso	Resolución (sentencias)	Pendencia
España	JCA ^a	120.764	128.796 (75.158)	94.024
	JCCA ^b	2.467	2.667 (1.848)	1.499
	TSJ ^c	55.964	57.670 (45.388)	66.590
	AN ^d	7.823	7.121 (5.252)	11.232
	TS ^e	8.890	9.142 (4.132)	12.905
	Total	195.908	205.396 (131.779) Tasa de resolución: 1,05	186.250 Tasa de pendencia: 0,91 Tasa de congestión: 1,89
Francia	TA ^f	197.243	201.460	161.046
	TAA ^g (CAA)	31.283	31.283	28.533
	CE ^h	9.864	10.139	4.961
	Total	238.390	242.882	194.540 ⁹

^a Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

^b Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

^c Tribunales Superiores de Justicia.

^d Audiencia Nacional.

^e Tribunal Supremo.

^f Tribunaux administratifs.

^g Cours Administratives d'Appel.

^h Conseil d'Etat.

Fuente: elaboración propia a partir de las Memorias anuales del CGPJ y los *Rapports publics* del Consejo de Estado francés.

De esta manera durante el período 2014-2017, en el que se producen hasta ocho modificaciones parciales de la LJCA, se aprecia un descenso de la litigiosidad, menor de lo que aparenta, porque sólo es visible en las instancias judiciales inferiores. El riesgo de congestión es, pues, un hecho, con todos los efectos que entraña (lentitud y retraso en la tramitación y resolución de los litigios, incentivo de malas praxis, merma de la calidad del razonamiento jurídico,...)¹⁵.

Por su parte, durante el mismo período, en Francia la actividad jurisdiccional experimenta algunas oscilaciones, sin que a grandes rasgos entrañen cambios de envergadura, pues el número de asuntos ingresados apenas sí crece, lo que permite a los órganos judiciales resolver más litigios, pese a lo cual los asuntos pendientes al final de 2017 aumentan de forma ligera. Ahora bien, es incuestionable que en el curso de las dos últimas décadas la litigiosidad no ha dejado de progresar en Francia¹⁶, tal como reflejan los datos que siguen: primero, el número de asuntos ingresados pasa de 142.292 en 1999 a 238.390 en 2017; y, segundo, la cifra de asuntos resueltos pasa de 132.177 en 1999 a 242.882 en 2017.

En segundo lugar, la duración media de los procesos en España sigue descendiendo de manera gradual, de 15 meses a 12,82, excepto en la Audiencia Nacional (los procedimientos ordinarios tienden a alargarse de forma inexorable) y el Tribunal Supremo (tabla 2).

¹⁵ Piénsese que en 1998 fueron dictadas un total de 89.285 sentencias por 454 Magistrados en servicio activo, equivalentes a alrededor de la mitad de los asuntos ingresados (178.816). Dieciocho años más tarde, las sentencias dictadas por un total de 571 Magistrados ascienden a 131.779, frente a 195.908 asuntos ingresados, lo que supone un incremento de más del 17%.

¹⁶ Es cierto que Francia se ve obligada mucho antes que España a hacer frente a los problemas derivados de un aumento contante de la litigiosidad (congestión, lentitud, retraso, incentivo del acceso de mala fe a la Justicia, merma de la calidad del razonamiento jurídico...). Ello explica:

- la reforma de la planta jurisdiccional por medio de la transformación de los Consejos de Prefectura en auténticos Tribunales Administrativos (Decretos números 53-934, de 30 de septiembre de 1953, y 53-1169, de 28 de noviembre de 1953) y la creación ulterior de los Tribunales Administrativos de Apelación (Ley 87-1127, de 31 de diciembre de 1987),
- el reforzamiento de la plantilla,
- la simplificación de los procedimientos, o
- la introducción de procedimientos de tutela cautelar o urgencia (Ley número 2000-397, de 30 de junio de 2000).

Tabla 2. Duración de los procesos

Duración media de los procesos (meses)		2014	
España	JCA	12,6 (MA, 16,9; EF, 16,8; Urb, 16,3; Contratos, 15,8; DP, 15; Sanciones, 14,8)	17 (P.O.), 12,2 (P.A.)
	JCCA	8 (Dopaje, 23,1; Organismos, 16,4; Sanciones, 9,2; funcionarios, 6,3)	12,3 (P.O.), 7,4 (P.A.)
	TSJ	23,7 (MA, 44; EF, 41,3; Urb, 28,6; Tributos, 25,9; Sanciones, 25,7)	23,7 (U.I.), 12,9 (Apelaciones)
	AN	15,7 (-)	-
	1.ª instancia	14,9	
	2.ª instancia	12,5	
	TS	14,3	
	Total	15	
Francia	TA	21,2	
	TAA (CAA)	14,8	
	CE	13,8	
	Total	16,6	

Duración media de los procesos (meses)		2015	
España	JCA	11 (EF, 16; MA, 16; Contratos, 14,8; Urb, 14,5; Electoral, 13,3)	15,2 (P.O.), 10,7 (P.A.)
	JCCA	7,4 (Organismos, 12,1; Dopaje, 8; Sanciones, 6,5; Responsabilidad, 5,4; funcionarios, 5,3)	11,3 (P.O.), 5,8 (P.A.)
	TSJ	20,6 (EF, 31,2; Urb, 27,2; Sanciones, 24,9; Tributos, 23,9)	10,2 (U.I.), 11,7 (Apelaciones)
	AN	15,4 (-)	-
	1.ª instancia	12,8	
	2.ª instancia	11,3	
	TS	13,8	
	Total	13,6	
Francia	TA	21,3	
	TAA (CAA)	13,5	
	CE	14,1	
	Total	16,3	

Duración media de los procesos (meses)		2016	
España	JCA	10,2 (EF, 16,5; MA, 15,2; Urb, 13,5; Contratos, 13,4; Tributos, 11,9)	14,1 (P.O.), 9,9 (P.A.)
	JCCA	7,4 (Organismos, 10; Sanciones, 6,3; Dopaje, 6,1; Responsabilidad, 5,8)	10,8 (P.O.), 5,8 (P.A.)
	TSJ	18,3 (EF, 24,9; Urb, 22,4; Sanciones, 22; Tributos, 19,8; Responsabilidad, 18,8)	18,3 (U.I.), 10,9 (Apelaciones)
	AN	16,7 (Tributos, 25,6; Sanciones, 19; CNMC, 15,9; MA, 15,4)	10,8 (P.O.), 5,8 (P.A.), 4,9 (Apelaciones)
	1.ª instancia	12	
	2.ª instancia	10,6	
	TS	14,5	
	Total	13,15	
	Francia	TA	20,7
TAA (CAA)		13,8	
CE		12,4	
Total		15,83	

Duración media de los procesos (meses)		2017	
España	JCA	9,4 (EF, 15,5; MA, 14,6; Urb, 12,8; Contratos, 12,5)	13,5 (P.O.), 8,8 (P.A.)
	JCCA	7 (Organismos, 9,5; Dopaje, 9; sanciones, 7)	10 (P.O.), 5,9 (P.A.)
	TSJ	17,1 (MA, 59,3; EF, 22,1; Sanciones, 21,1; Urb, 21,1; contratos, 17,9)	17,1 (U.I.), 11 (Apelaciones)
	AN	17,8 (CNMC, 29,3; Tributos, 24,9; Sanciones, 17,9; EF, 17,3; MA, 14,7)	17,8 (P.O.), 5,4 (Apelaciones)
	1.ª instancia	10,5	
	2.ª instancia	10,6	
	TS	17,1	
	Total	12,82	
Francia	TA	21,7	
	TAA (CAA)	14,4	
	CE	12,1	
	Total	16,08	

Fuente: Fuente: elaboración propia a partir de las Memorias anuales del CGPJ y los *Rapports publics* del Consejo de Estado francés.

Abreviaturas: MA (Medio Ambiente), EF (Expropiación Forzosa), Urb (Urbanismo), DP (Dominio Público), CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), P.O. (Procedimiento Ordinario), P.A. (Procedimiento Abreviado) y U.I. (Unica Instancia).

Es verdad que se advierte una reducción paulatina en las últimas décadas. Pero no lo es menos que la duración media sigue siendo muy superior en los procesos relativos a los asuntos de mayor complejidad, como son:

- el medio ambiente (la tramitación y resolución de los pleitos en los Tribunales Superiores de Justicia requiere 59,3 meses),
- la defensa de la competencia (29,3 meses en la Audiencia Nacional),
- los tributos (24,9 meses en la Audiencia Nacional),
- la expropiación forzosa (22.1 meses en los Tribunales Superiores de Justicia),
- el urbanismo (21,1 meses en los Tribunales Superiores de Justicia), o
- los contratos administrativos (17,9 meses en los Tribunales Superiores de Justicia).

Todo ello obliga a ser muy cauteloso al respecto, sin que sea lícito extraer una lectura concluyente de los datos estadísticos disponibles, que son sin lugar a dudas insuficientes e, incluso, contradictorios. En todo caso, parece claro que una duración de los procedimientos ordinarios sobre materias tan complejas como las arriba indicadas que sobrepasa o simplemente se aproxima a los dos años de duración muy difícilmente tiene acomodo en los artículos 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁷ y 6.1 CEDH. Obsérvese a este respecto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos define el plazo razonable como aquél que impone la obligación de que el enjuiciamiento tenga una duración proporcionada a la propia complejidad objetiva del litigio, así como a los intereses en juego de las partes intervinientes y a su actitud y a la de las autoridades competentes¹⁸.

En el caso de Francia, conviene hacer una aclaración previa. Desde la consagración del principio del plazo razonable por la Sentencia de Asamblea del Consejo de Estado de 28 de junio de 2002 (*Garde des sceaux, ministre de la justice c. Magiera*, n.º 239575), sus informes anuales distinguen dos grandes plazos de duración media del enjuiciamiento de los pleitos contencioso-administrativos¹⁹:

- por una parte, el plazo previsible del tratamiento de los asuntos en *stock*, que se calcula en función del número de expedientes pendientes al final

¹⁷ P. e., las conclusiones del Abogado General Yvest Bot presentadas el 18 de julio de 2017 (as. C-42/17) o la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de diciembre de 2018 (asunto C-551/18 PPU).

¹⁸ P. e., STEDH de 1 de agosto de 2000, C.PP. y otros c. Francia.

¹⁹ Este planteamiento parece estar presente en otras jurisdicciones, a tenor de lo expuesto por E. Lambert-Abdelgawad (2016: 819).

del ejercicio dividido por la capacidad anual de enjuiciamiento (número de demandas examinadas a lo largo del año en datos netos). Ascien-
de a 8,76 meses en 2017, la mitad del registrado en la tabla 2; y,

- por otra parte, el plazo constatado de enjuiciamiento de los asuntos ordinarios, que corresponde al plazo medio de tramitación y resolución de aquéllos, desde su entrada en el registro a su notificación. Ese es el que figura en la tabla 2: 16,08 meses en 2017.

Este es precisamente el plazo a considerar para comparar los plazos de duración media de los procedimientos contencioso-administrativos en España y Francia, no obstante, las proclamaciones un tanto enfáticas formuladas, p.e., por el que fuera Vicepresidente del Consejo de Estado francés J.-M. Sauvé, vanagloriándose de una reducción de los mismos de casi 20 meses desde 1990²⁰.

Lo expuesto pone de manifiesto que el tiempo que se tarda en resolver los litigios contencioso-administrativos sigue siendo un problema capital para la eficacia de la Justicia administrativa en España y Francia, que está lejos de enderezarse (la evolución en los Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo no puede reputarse favorable, en rigor).

En tercer lugar, la eficacia de los recursos promovidos contra las Sentencias contencioso-administrativas es ciertamente limitada²¹. Las propias restricciones legales, unidas a la preocupación de los justiciables por una más que posible condena en costas y el sentimiento compartido por muchos profesionales de la escasa o nula utilidad de volverse contra una buena parte de los pronunciamientos dictados en primera o única instancia, constituyen factores relevantes que contribuyen a explicar por qué algo menos de dos de cada diez Sentencias son recurridas (en apelación [A] o casación [B]), tal como muestra la tabla 3.

²⁰ *Vid.*, entre otros, J.-M. Sauvé (2016: 670-671).

²¹ Es de lamentar que el Consejo de Estado francés no proporcione datos al respecto en sus informes anuales.

Tabla 3. **Ratio de sentencias recurridas y de estimación/rechazo**

Ratio de sentencias recurridas y estimación	2014			2015		
	Sentencias recurridas (%)	Recursos devueltos confirmando totalmente (%)		Sentencias recurridas (%)	Recursos devueltos confirmando totalmente (%)	
España	15,9 [16 (JCA), 14,3 (JCCA), 4,8 (TSJ), 19,2 (AN)]	A: 72,6	C: 79,3	18,5 [18,5 (JCA), 20,1 (JCCA), 5,2 (TSJ), 21,8 (AN)]	A: 73,9	C: 79

Ratio de sentencias recurridas y estimación	2016			2017		
	Sentencias recurridas (%)	Recursos devueltos confirmando totalmente (%)		Sentencias recurridas (%)	Recursos devueltos confirmando totalmente (%)	
España	20,2 [20,2 (JCA), 21,4 (JCCA), 5,1 (TSJ), 20,3 (AN)]	A: 73,3	C: 77,7	22% [22 (JCA), 20,7 (JCCA), 13,7 (TSJ), 22,9 (AN)]	A: 73,9	C: 83,5

Fuente: elaboración propia a partir de las Memorias anuales del CGPJ.

No sólo eso. Más relevante aún es si cabe que ocho de cada diez recursos promovidos contra las Sentencias contencioso-administrativas fracasan, con la particularidad de acentuarse esta tendencia en el curso de los últimos años, a pesar de incrementarse su número en términos absolutos. La tabla 4 da fe de ello. Las cifras son aún más elocuentes en relación con las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional: nueve de cada diez recursos son desestimados, ahí es nada.

Tabla 4. Recursos contra sentencias y estimación/rechazo

Apelaciones (A) y casaciones (C)		2014				
		Recursos	Confir- mación (%)	Revoca- ción total (%)	Revoca- ción parcial (%)	Anula- ción (%)
España	JCA	13.764 A	72,7	19,4	7,3	0,7
	JCCA	452 A	72	20,4	6,9	0,6
	TSJ	2.719 C	79,7	13	4,1	3,2
	AN	964 C	79,8	15,9	4,1	0,3
Apelaciones (A) y casaciones (C)		2015				
		Recursos	Confir- mación (%)	Revoca- ción total (%)	Revoca- ción parcial (%)	Anula- ción (%)
España	JCA	16.010 A	74	19,4	6	0,5
	JCCA	432	73,7	17,8	7,2	1,2
	TSJ	2.563 C	74,9	12,2	4,7	3,6
	AN	979 C	80,5	13,2	6,2	0,1
Apelaciones (A) y casaciones (C)		2016				
		Recursos	Confir- mación (%)	Revoca- ción total (%)	Revoca- ción parcial (%)	Anula- ción (%)
España	JCA	16.578 A	73,4	18,4	7,7	0,5
	JCCA	420 A	71,2	24,2	4,4	0,3
	TSJ	2.392 C	77,8	17,6	2,8	1,9
	AN	941 C	79,7	15,9	4,4	0

Apelaciones (A) y casaciones (C)		2017				
		Recursos	Confir- mación (%)	Revoca- ción total (%)	Revoca- ción parcial (%)	Anula- ción (%)
España	JCA	16.528 A	73,9	18,83	6,46	0,81
	JCCA	383 A	72,7	20	7,3	0,0
	TSJ	6.201 C	89	8,4	2,1	0,5
	AN	1.057 C	90,4	7,1	2,3	0,1

Fuente: elaboración propia a partir de las Memorias anuales del CGPJ.

Tratándose de recursos de casación sujetos al nuevo régimen instaurado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, los resultados reflejados por las estadísticas oficiales son más concluyentes aún, tal como atestigua la tabla 5²². Por un lado, la ratio de recursos de casación elevados respecto de las Sentencias dictadas es de apenas el 11,4% en 2017 (0,5% tratándose de sentencias de Juzgados de lo Contencioso-administrativo, 13,7% en lo que respecta a las dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia y 20,1% en los supuestos referidos a la Audiencia Nacional).

²² Con todo, debo advertir dos extremos acerca de las estadísticas del CGPJ contenidas en su Memoria del 2018, correspondiente al ejercicio 2017 que están referidas al recurso de casación:

- manejan términos que no concuerdan con conceptos técnicos contemplados en la LJCA, sin justificación alguna. P. e.:
 - no es extraordinariamente difícil conjeturar qué significa el término «devolución» y distinguirlo de las meras inadmisiones, pero no sólo es deseable, sino además imperiosa una explicación de su sentido y alcance;
 - resulta desconcertante la utilización de términos tan poco ortodoxos como desestimación total o parcial o aceptación total de un recurso de casación;
 - otro tanto sucede con el término anulación.
- los datos expuestos son a todas luces erróneos. Basta comprobar que las cifras no coinciden.

Lo más sorprendente es que nadie en el Tribunal Supremo ha podido darme una explicación razonable sobre tales «singularidades».

Por otro lado, el éxito de los recursos de casación es manifiestamente exiguo de acuerdo con los datos relativos a 2017:

- sólo dos de los 336 recursos de casación elevados contra Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (133 al Tribunal Supremo y el resto a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia) son objeto en el mejor de los casos de desestimación parcial, siendo devueltos 74 de los que 61 son inadmitidos;
- 67 de los 3.515 recursos de casación elevados contra las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en única instancia (3.414 al Tribunal Supremo y las 101 restantes a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia) son estimados (15 parcialmente), mientras que 1.583 son devueltos, de los que 1.299 son inadmitidos²³; y
- sólo 29 de los 893 recursos de casación elevados contra las Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en única instancia son estimados (6 parcialmente), en contraste con los 616 devueltos (373 inadmitidos)²⁴.

²³ Los datos referentes a los recursos de casación dirigidos contra Sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia son aún más drásticos: sólo 4 son estimados (1 parcialmente), frente a los 643 devueltos (de ellos, 623 inadmitidos).

²⁴ Los datos correspondientes a los recursos de casación promovidos contra Sentencia de la Audiencia Nacional dictadas en apelación resultan igualmente severos: tan sólo 41 devoluciones, de las que 32 son inadmisiones.

Tabla 5. Recursos de casación sujetas a la LO 71/2015

Casaciones LO 7/2015	JCA		TSJ				AN			
	2016	2017	2016		2017		2016		2017	
			U.I.	A.	U.I.	A.	U.I.	A.	U.I.	A.
Elevadas al TS	10	133	286	69	3.414	1.721	70	10	893	90
Elevadas a los TSJ	34	203	1	9	101	106	–	–	–	–
Devoluciones recibidas	1	74	23	7	1.583	643	32	0	616	41
Inadmisiones	1	61	8	7	1.299	623	9	0	373	32
Desestimaciones totales	0	11	13	0	213	15	21	0	214	9
Desestimaciones parciales	0	2	0	0	15	1	0	0	6	0
Aceptaciones totales	–	–	2	0	52	3	2	0	23	0
Anulaciones	0	16	0	0	4	0	0	0	0	0
Ratio casaciones/sentencias	0,1%	0,5%	5,1%		13,7%		20,1%		20,1%	

Fuente: elaboración propia a partir de las Memorias anuales del CGPJ.

Lo expuesto pone de manifiesto que, lejos de reducirse, se acrecientan las dificultades que los justiciables deben afrontar para lograr la revocación de las Sentencias que les son desfavorables. A dichas dificultades deben sumarse las derivadas del incremento sostenido de la litigiosidad (tabla 1) y de la carga de trabajo soportada por los 571 Jueces y Magistrados en servicio activo, que si bien muestra una tendencia descendente (pasa de 363,9 asuntos ingresados y 270,5 sentencias en 2014 a 342,5 asuntos ingresados y 230,4 Sentencias en 2017), sigue siendo elevada, similar a la que corresponde a sus homólogos franceses. La tabla 6 es ilustrativa.

Tabla 6. Asuntos ingresados y resueltos por Magistrado/Juez

Asuntos ingresados y sentencias por magistrado/juez	2014		2015	
	Ingresos	Sentencias	Ingresos	Sentencias
España	363,9	270,5	349,2	256,1
Francia		241 (TA) (780 M) 109 (TAA) (274 M) (CE) (232 C)		243,6 (TA) (775 M) 113,9 (TAA) (268 M) *(CE) (232 C)
Asuntos ingresados y sentencias por magistrado/juez	2016		2017	
	Ingresos	Sentencias	Ingresos	Sentencias
España	344,1	242,9	342,5	230,4
Francia		250,35 (TA) (765,6 M) 115,9 (TAA) (264 M) (CE) (232 C)		—**

* Los *Rapports publics* del Consejo de Estado francés de los años 2015 en adelante no proporcionan datos sobre los Consejeros afectos a la Sección de lo contencioso-administrativo.

** El *Rapport public* del Consejo de Estado francés del año 2018 correspondiente al ejercicio 2017 no ofrece información alguna al respecto, sin aparente explicación.

Fuente: elaboración propia a partir de las Memorias anuales del CGPJ.

Estos factores repercuten inevitablemente en el tiempo disponible para el estudio de los asuntos, en perjuicio evidente de la calidad del razonamiento jurídico y de los pronunciamientos subsiguientes.

En definitiva, más allá de lugares comunes y de opiniones personales, las estadísticas muestran que la eficacia de la Justicia administrativa está seriamente comprometida por amenazas tangibles, reales y ciertas. El incremento de la litigiosidad, la duración excesiva de muchos procesos contencioso-administrativos, la limitada recurribilidad de las sentencias, la muy baja ratio de estimación de los recursos contra las mismas y la carga de trabajo de Jueces y Magistrados representan otros tantos elementos que dificultan de modo sustancial que la Justicia administrativa pueda cumplir su misión y dar respuesta eficaz a las legítimas expectativas de los justiciables. Dificilmente las Sentencias pueden ser eficaces si son dictadas tardíamente, adolecen de la ausencia de la imprescindible motivación, no son susceptibles de recurso ulterior (de

apelación o casación) o, si lo son de manera excepcional, el recurso interpuesto es rechazado con toda probabilidad.

Más allá de estas reflexiones de conjunto, importa a continuación dedicar la atención al interrogante de la eficacia de las Sentencias dictadas por los Tribunales contencioso-administrativos a la vista de la regulación vigente de la LJCA.

3. ¿SON VERDADERAMENTE EFICACES LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS?

La calidad de la Justicia administrativa en España, como en cualquier otro país de nuestro entorno, debe medirse en función de la puesta a disposición de Jueces y Magistrados de medios útiles para asegurar la observancia y aplicación de sus decisiones. De lo contrario, no puede reputarse eficaz y, por ende, no puede catalogarse en puridad como una Justicia de calidad.

¿Puede extraerse alguna enseñanza de las estadísticas oficiales que permita evaluar el grado de eficacia de las Sentencias pronunciadas por los órganos judiciales? La información disponible es en puridad muy lacónica, tanto que puede condensarse en la tabla 7 que sigue:

Tabla 7. Ejecución de sentencias

Ejecuciones		2014		
		Registro	Resolución	Pendencia
España	JCA	–	–	–
	JCCA	–	–	–
	TSJ	–	–	–
	AN	–	–	–
	TS	–	–	–
	Total	–	–	–
Francia	TA	1.535	1.675	–
	TAA (CAA)	524	525	–
	CE	91	94	–
	Total	2.150	2.296	–

Ejecuciones		2015		
		Registro	Resolución	Pendencia
España	JCA	10.726	10.252	9.369
	JCCA	193	237	121
	TSJ	6.997	7.415	7.769
	AN	260	280	380
	TS	17	13	11
	Total	18.193	18.197	17.650
Francia	TA	3.003	1.464	–
	TAA (CAA)	453	544	–
	CE	119	108	–
	Total	3.575	2.116	–

Ejecuciones		2016		
		Registro	Resolución	Pendencia
España	JCA	9.421	10.201	8.741
	JCCA	182	183	115
	TSJ	5.385	6.094	7.179
	AN	296	255	423
	TS	27	18	20
	Total	15.311	16.751	16.478
Francia	TA	4.531	2.016	–
	TAA (CAA)	522	434	–
	CE	101	116	–
	Total	5.154	2.566	–

Ejecuciones		2017		
		Registro	Resolución	Pendencia
España	JCA	8.961	9.547	8.307
	JCCA	281	252	146
	TSJ	4.756	5.708	6.326
	AN	325	336	422
	TS	265	67	218
	Total	14.588	15.910	15.419
Francia	TA	2.763	2.977	–
	TAA (CAA)	530	453	–
	CE	78	100	–
	Total	3.371	3.530	–

Fuente: elaboración propia a partir de las Memorias anuales del CGPJ.

Como puede apreciarse, los datos expuestos revelan única y exclusivamente que:

- uno, algo más del 12% de las sentencias dictadas en 2017 (131.779) son objeto de incidente de ejecución (15.190), quintuplicando en todo caso las cifras correspondientes a Francia,
- dos, el número total de incidentes de ejecución de sentencia desciende de forma progresiva desde 2015 (no existen datos del ejercicio anterior), casi en un quinto (de 18.193 a 14,588), y
- tres, dicha disminución no supone una rebaja correlativa, y por ello sustancial, de la tasa de pendencia, lo que es particularmente visible en lo que atañe a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (8.961 ejecuciones registradas a 1.1.2017 y 8.307 pendientes a 31.12.2017) y los Tribunales Superiores de Justicia (4.756 ejecuciones registradas al principio de 2017 pero 6.326 pendientes al final del mismo).

A la vista de ello, procede abordar la cuestión analizando pura y simplemente el régimen de ejecución de sentencias contenido en la LJCA con el fin

de determinar si garantiza o no su observancia²⁵. Hace apenas unos meses tuve ocasión de exponer mi punto de vista al respecto²⁶. Entonces manifesté —y ahora me reafirmo— que dicha ordenación evidencia una diversidad de limitaciones, disfunciones, obstáculos y frenos que dificultan el respeto del mandato constitucional de cumplimiento de las resoluciones judiciales y, con ello, la efectividad misma del derecho fundamental a la tutela judicial²⁷. Los más frecuentes y recurrentes y, por tal razón, los más polémicos²⁸, son los que siguen:

1) La falta de ordenación de un verdadero proceso ejecutivo para tales supuestos, pese a ser objeto de reivindicación por autores tan autorizados como J. González Pérez²⁹.

2) La defectuosa técnica normativa de la LJCA en este punto³⁰.

3) La pervivencia de viejos privilegios administrativos, que hoy carecen de justificación objetiva, tales como:

— la inembargabilidad de los caudales públicos³¹. En especial, el artículo 106.4 LJCA posibilita un cumplimiento gradual y diferido de la

²⁵ *Vid.* de forma general, F. A. Castillo Blanco (2018: 87-127).

²⁶ *Vid.* J. R. Fernández Torres (2018: 165-198).

²⁷ *Vid.*, p. e., J. Delgado Barrio (1993: 1190); y S. M.^a Martín Valdivia (2016: 881).

²⁸ Soy consciente de que existen, por supuesto,

— otras formas de inejecución administrativa, como la inactividad encaminada al incumplimiento de los propios actos [*vid.*, al respecto, M. López Benítez (2012: 1519-1544).

— casos excepcionales y de gran complejidad [*vid.* p. e., A. Fortes Martín (2012: 1157-1191)]. En este supuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2008 no fue declarada ejecutada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid hasta la adopción de su Auto de 30 de julio de 2018 (DF n.º 109/2004).

²⁹ «Si ante la inactividad de la Administración —afirma J. González Pérez (2011: 406)— lo que se pretende es una actividad material, un dar o hacer, no tendría sentido seguir todos los trámites del proceso administrativo declarativo hasta la sentencia cuando, por existir ya un título ejecutivo con fuerza obligatoria, lo que se pretende de la Administración no es la sentencia de condena, sino la ejecución. Por lo cual lo que impondría la tutela jurisdiccional efectiva sería arbitrar un proceso administrativo ejecutivo en el que, dando por supuesta la obligación de hacer, la tramitación tratara de hacer efectiva la realización de aquélla actividad». En una línea similar se pronuncian otros autores [*vid.* J. Pérez Alonso (2015: 1-2 y 8)]. Más matizadamente J. M.^a Baño León (2016: 86) critica la falta de un proceso de ejecución diáfano debido a la superposición disfuncional de reglas y mecanismos.

³⁰ Hay quienes, tras comparar los regímenes civil y contencioso-administrativo de ejecución de sentencias, se pronuncian contra la presunción legal del cumplimiento voluntario de la Sentencia por la Administración condenada y la suficiencia de la admonición del juez o Tribunal para vencer su resistencia en caso contrario: «esta diferencia de planteamientos pone en evidencia que la Ley Jurisdiccional no está pensada para situaciones complejas» (*vid.* E. Paricio Rallo (2012: 6)).

³¹ Y ello pese a merecer un juicio positivo la consideración de ampliables «siempre» de los créditos presupuestarios a los fines de la ejecución de las sentencias condenatorias al pago de cantidades líquidas (artículo 106.1 LJCA), que impide la invocación abusiva por las Admi-

Sentencia al facultar a la Administración condenada al pago de una cantidad a poner en conocimiento del Juez o Tribunal un hipotético «trastorno grave a su Hacienda» que se derivaría del cumplimiento de la sentencia («habría de producir»), acompañado de una propuesta razonada, con el fin de que, previa audiencia a las partes «resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla»³². Impone al recurrente ganador una gravosísima carga, porque debe financiar (forzosamente) a la Administración condenada, después de afrontar todos los gastos necesarios hasta la obtención de la firmeza de la Sentencia estimatoria³³;

- los plazos voluntarios de cumplimiento de los fallos, que son de dos y hasta tres meses desde la comunicación de su firmeza, pero que en la práctica tienden a prolongarse varias semanas más. Dichos plazos,
 - uno, implican una clara disparidad de trato respecto del régimen previsto en la legislación procesal civil y laboral³⁴; y
 - dos, carecen de justificación objetiva;
- el incumplimiento del despacho automático de ejecución; o
- la exención de la imposición de costas en esta fase³⁵.

4) El escaso interés de Jueces y Tribunales³⁶ hacia la fase de ejecución de sentencia consecuente con la pervivencia de dichos privilegios, que es percibida «como un estorbo», lo que propicia «dilaciones indebidas e injustificadas

nistraciones condenadas de su insuficiencia. *Vid.* AA.VV. (2010: 1094); y A. Ruiz Ojeda (1999: 423-449).

³² E. García de Enterría y T. R. Fernández lo denominan (2017: 705).

³³ Piénsese en la ejecución —no suspendida— del acto objeto del recurso (sanción pecuniaria, liquidación tributaria,...), el cumplimiento de una orden (de conservación o ejecución de obras, p. e.), las tasas y gastos judiciales y los honorarios de procurador y abogado, como mínimo. Para los Profesores E. García de Enterría y T. R. Fernández, «esto supone gravar al acreedor ejecutante con un préstamo forzoso a la Administración ejecutada. Lo lógico sería que ésta negocié en el mercado ese préstamo y pague su deuda con el importe del mismo. En último extremo, lo que es evidente es que esta fórmula arcaica, de ser aplicada, deberá ser compensada en términos reales de perjuicio, según el mercado y la situación particular del ejecutante, sin que los tipos legales puedan jugar más que como una simple referencia» (*vid.* E. García de Enterría y T. R. Fernández (2017: 705).

³⁴ *Vid.* J. Pérez Alonso (2015: 8).

³⁵ *Vid.*, p. e., J. E. Soriano García (2012: 27 y 28); y J. Pérez Alonso (2015: 3).

³⁶ Así lo reconoce explícitamente la Magistrada de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo C. Picó Lorenzo (1999: 474): «tal innegable realidad (la sujeción del principio de seguridad jurídica-tutela judicial efectiva al de legalidad presupuestaria) evidencia que las manifestaciones referidas a la débil actuación jurisdiccional contra la Administración para el cumplimiento de las obligaciones fijadas en sentencia, con ser sustancialmente ciertas, no solventan la insuficiencia jurídico-material para llevar a efecto el mandato constitucional en la forma debida. Todo ello, claro está, sin negar la ausencia de un auténtico control “de oficio” de las ejecuciones por los órganos

de todo tipo»³⁷ y determinados comportamientos de las Administraciones condenadas y sus representantes procesales³⁸.

5) La utilización abusiva por las Administraciones litigantes de todo tipo de argucias para dificultar el cumplimiento de los fallos, sirviéndose de las deficiencias e insuficiencias de la LJCA, desde la mera pasividad al ejercicio de potestades normativas³⁹.

6) La actitud de Jueces y Tribunales, que por un lado se resisten a enjuiciar en sede de ejecución, al amparo del artículo 103.4 LJCA, los actos administrativos y disposiciones generales adoptados para cumplir las sentencias y, por otro, proponen a los ejecutantes la interposición de un nuevo recurso contra ellos, cuando no es eso lo dispuesto por las mismas y, lo que es peor, carece de encaje en el artículo 24 CE⁴⁰, colocándoles en una encrucijada ante un dilema muy serio⁴¹.

jurisdiccionales que vedan eventuales “cambalaches” entre las partes para eludir el cumplimiento del fallo».

³⁷ Vid. J. M.^a Baño León (2016: 86).

³⁸ Para J. A. Santamaría Pastor (2010: 1088 y 1089), la Administración es «un mandante totalmente desinteresado del litigio durante todo su desarrollo, pero que, ante un fallo contrario a sus intereses, no hace ningún esfuerzo por ocultar sus peores modos y por hacer uso de todo su poder para incumplirlo, si está en su mano. La ejecución de las sentencias se materializa en muchos casos, pues, en un trabajo desagradable; en un ingrato cuerpo a cuerpo con unos interlocutores, displicentes y poderosos, que invariablemente consideran el fallo judicial como un disparate que merece todo tipo de resistencias, hasta el límite de la acción penal; en una fase procesal en la que los poderes del juez no se encuentran excesivamente precisados, de modo que ha de moverse entre el temor al exceso y la sensación de una inconveniente prudencia, que sólo favorece los desplantes y los desafíos de muchas Administraciones, y las agrias quejas de los recurrentes. En tal situación, el desinterés de algunos órganos judiciales hacia los incidentes de ejecución es no sólo comprensible, sino incluso justificable».

³⁹ La doctrina científica es unánime al criticar el incumplimiento habitual de las sentencias por parte de las Administraciones Públicas. Vid., por todos, T. R. Fernández Rodríguez (1974: 151-178); J. Pérez Alonso (2015); J. M.^a Baño León (2016: 85-102); y J. González Pérez (2011: 103). A juicio de este último, «hoy es una vergüenza la pasividad de los Poderes del Estado ante el desprecio de los fallos de los Tribunales de que hacen (gala) las autoridades de algunas Comunidades Autónomas».

⁴⁰ A ello se une la práctica, absolutamente infundada, de la Administración condenada que se traduce en considerar el acto de ejecución impuesto por la Sentencia condenatoria como un acto administrativo más objeto de notificación a los interesados (pero no al Juez o Tribunal, pese al dispuesto por el artículo 103.3 LJCA), independiente de aquélla. Vid. al respecto, J. M.^a Baño León (2016: 87).

⁴¹ ¿Qué debe hacerse en tales circunstancias, se pregunta T. R. Fernández Rodríguez? «Seguir la invitación del Tribunal e interponer un nuevo recurso supone renunciar a la victoria que uno creía haber obtenido y volver a empezar desde el principio, lo que resulta muy duro en cualquier caso. Pero, si uno opta por no seguir la invitación del Tribunal y continuar hasta el final, recurso de casación incluido, por la vía abierta por el artículo 103.4 de la Ley, el panorama que se le ofrece no es mejor, ya que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo tarda más tiempo en resolverse que un nuevo recurso contencioso-administrativo, amén de la incertidumbre y el coste que todo recurso de casación. ¿Qué hacer entonces? Lo más sensato parece

7) Algunas soluciones jurisprudenciales no tienen claro acomodo en el artículo 24 CE y en la legislación ordinaria⁴².

8) Las diversas dificultades motivadas por los supuestos de imposibilidad legal o material de ejecución de sentencias previstos en el artículo 105.2 LJCA⁴³, unidas a ciertas conductas de los justiciables en ámbitos señalados como el del urbanismo⁴⁴.

Una vez completado este diagnóstico, que echa por tierra los buenos augurios de la doctrina científica hace ahora dos décadas⁴⁵, procede dar un paso adelante y esbozar algún tipo de solución.

4. ALGUNAS PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Lo expuesto hasta el presente pone de relieve la existencia de una situación notoriamente insatisfactoria, para los justiciables en primer lugar, pero también

no perder el plazo para interponer un nuevo recurso con el acto o disposición que la Administración puede dictar para cumplir la Sentencia, porque los Autos que rechazan los intentos de ejecución planteados al amparo del artículo 103.4 invitan sí a iniciar un nuevo proceso, pero cuando lo hacen, ya ha pasado con mucho el plazo de dos meses que para interponer un recurso otorga el artículo 46 de la Ley de la Jurisdicción y la invitación nada dice de que ese plazo pueda reabrirse». Por eso «si no hay jueces dispuestos a aplicarlas (las Leyes) con decisión de nada valen las Leyes» [vid. T. R. Fernández Rodríguez (2011: 146); y, en esta línea, A. Huergo Lora (2001: 283-306); R. Bocanegra Sierra (2012: 789-801); o F. de Miguel Pajuelo (2012: 820-822)].

Así y todo, existen pronunciamientos elogiados al interpretar y aplicar correctamente la LJCA, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2008 (recurso de casación n.º 3247/2006). Vid. J. R. Fernández Torres (2018: 176-177).

⁴² Me refiero, entre otras, a la autoatribución de una potestad jurisdiccional de suspensión de la ejecución de las sentencias en caso de impugnarse en vía de amparo constitucional, siempre que de ella puedan derivarse daños y perjuicios irreversibles en caso de otorgamiento del mismo, y únicamente durante el plazo que medie entre su interposición y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la adopción de aquella medida cautelar de suspensión (así, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2014 [recurso de casación n.º 5270/2011]). Vid. al respecto, A. Ezquerro Huerva (2005: 271-304).

⁴³ Vid. al respecto, entre otros, R. Gómez-Ferrer Rincón (2008: 392); y V. Gutiérrez Colomina (2018: 191-248).

⁴⁴ Vid. en este punto la interesante bibliografía suscitada por el tema en J. R. Fernández Torres (2018: 177-178). Me refiero a aquellos comportamientos inspirados por una táctica de hechos consumados en los casos de anulación judicial de instrumentos de planeamiento o de licencias de obras después de la terminación de las obras de urbanización o, peor aún, de la construcción de las viviendas y de haberse completado varias transmisiones a terceras personas y otros negocios *inter privatos* (contratación de créditos, constitución de hipotecas, etc.). Vid. T. R. Fernández Rodríguez (2017: 141); y M. Á. Ruiz López (2013: 101-119).

⁴⁵ En 1999 los Profesores García de Enterría y Fernández llegaron a afirmar que «el sistema arbitrado por la LJ puede estimarse como uno de sus mayores aciertos y es de esperar que corrija definitivamente la situación pasada» (vid. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, volumen II, 6.ª ed., 1999, pp. 640 y 641).

para todos los profesionales implicados. ¿Cómo puede ponerse remedio a esto y robustecer de forma sustancial la eficacia de las Sentencias dictadas por los Tribunales contencioso-administrativos?

Tal como he señalado en otro lugar⁴⁶, existe una variedad de opciones, que me limito ahora a sintetizar:

1) Es indispensable que Jueces y Magistrados se comprometan mucho más, lo que requiere ante todo que revisen su posición de meros censores, inflexibles, que les conduce a abrazar un extraordinario rigorismo formal indiferentes a sus resultados prácticos (en especial, en el campo del Derecho urbanístico), por muy gravosos que sean para terceras personas, e incluso para el propio interés público⁴⁷, y la sustituyan por la de colaboradores en aras de la *regularización* de lo que sea razonablemente subsanable, la conservación de trámites y la limitación del alcance de la invalidez de los planes y los actos posteriores al anulado⁴⁸. De hecho, así lo hacen en ciertos supuestos, p.e., defendiendo una interpretación teleológica del artículo 105.2 LJCA⁴⁹.

⁴⁶ Vid. J. R. Fernández Torres (2018: 183).

⁴⁷ Vid., por todos, T. R. Fernández Rodríguez (2013: 92); más recientemente, T. R. Fernández Rodríguez (2017: 146).

⁴⁸ Vid. T. R. Fernández Rodríguez (2017: 158). Conviene indicar que el Tribunal Supremo parece apuntar en esta línea, en dos Autos de admisión recientes:

— Auto de 17 de enero de 2019 (recurso de casación n.º 3313/2017), que considera como cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia «determinar si, en la elaboración de un plan urbanístico (jurisprudencialmente considerado disposición general), dictado en ejecución de un pronunciamiento jurisdiccional que declaró su nulidad, cabe conservar actos y trámites de similar contenido de la disposición anulada, así como subsanar los vicios detectados o, por el contrario, dada la radicalidad de la declaración de nulidad y sus efectos “ex tunc”, deviene necesaria una nueva tramitación integral»;

— Auto de 17 de enero de 2019 (recurso de casación n.º 2560/2017), que estima de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la cuestión consistente «en determinar el alcance de la nulidad de los instrumentos de planeamiento, singularmente cuando es consecuencia de la impugnación indirecta de los mismos —cuál es el caso aquí enjuiciado— y cuando la declaración de nulidad afecta realmente a una concreta determinación de dicho plan o instrumento, considerando que la anulación in totum de tales instrumentos de planeamiento puede entrar en conflicto con el principio de seguridad jurídica —art. 9.3 CE— que exige que la anulación se circunscriba a las concretas determinaciones vinculadas con el acto de aplicación que sean consideradas contrarias a la legalidad».

⁴⁹ En efecto, conforme a dicha interpretación, el Juez o Tribunal competente está facultado para pronunciarse al resolver el incidente de ejecución sobre la concurrencia o no de una causa de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia en sus propios términos y, además, en caso afirmativo, sobre las medidas a adoptar (a instancia del Ayuntamiento condenado —lo normal— o de oficio) como forma alternativa de su cumplimiento que garanticen dentro de lo posible la mayor efectividad de la ejecutoria y la restauración de la legalidad e, incluso, sobre la procedencia (previa prueba de la existencia de daños y perjuicios, lo que no es factible en los casos de recursos abusivos o malintencionados, y el importe de la indemnización

2) Es igualmente insoslayable el compromiso resuelto de legisladores y Administraciones Públicas que permita la introducción de algunas modificaciones legales en el régimen vigente, procesales y sustantivas, que faciliten la tarea de Jueces y Tribunales, dotándoles de instrumentos eficaces para que dispongan, entre otras cosas, del tiempo preciso para el examen adecuado de los asuntos más relevantes. En concreto, los cambios legales encaminados a una mejora nítida de la eficacia de la ejecución de las sentencias deben pasar, en mi opinión, por:

- la eliminación de la acción pública tal como está configurada, tanto más cuanto que el artículo 24 CE define la legitimación activa en unos términos amplísimos, que abarcan cualesquiera intereses «dignos de protección»⁵⁰. ¿Acaso ostenta nadie derecho alguno a la anulación de una decisión administrativa por incurrir en cualesquiera infracciones que no le afectan de ningún modo?⁵¹;
- el otorgamiento a Jueces y Tribunales de una potestad para suspender la tramitación del proceso contencioso-administrativo y conceder un plazo para subsanar el vicio constatado, siempre que ello sea posible⁵², con audiencia a las partes, en línea con las prerrogativas que les confieren los artículos 33.2, 65.2 y 77 LJCA⁵³;
- la concesión a los demandados, en procesos promovidos contra disposiciones generales o actos de concesión de títulos habilitantes en todo caso, de una facultad para presentar conclusiones reconventionales de naturaleza indemnizatoria con dos fines: uno, la condena de los demandantes abusivos en el supuesto de desestimación de los recursos, y, dos, la reparación de los daños y perjuicios irrogados a aquéllos a resultas de su interposición⁵⁴;

por la parte en la que no sea posible el cumplimiento pleno de aquélla. Esta tesis, defendida por el Magistrado R. Fernández Valverde (2009: 32), es la acogida por el Tribunal Supremo, como es bien sabido. De este modo se subsanan vicios formales o de procedimiento determinantes de la anulación del instrumento de planeamiento, por razones de eficacia (*vid.* T. R. Fernández Rodríguez (2013: 91).

⁵⁰ *Vid.* T. R. Fernández Rodríguez (2013: 93); del mismo autor (2017: 142 y 158); L. Medina Alcoz, «*Libertad y autoridad en el derecho administrativo: derecho subjetivo e interés legítimo, una revisión*», Marcial Pons, Madrid, 1.ª ed., 2016.

⁵¹ *Vid.* T. R. Fernández Rodríguez (2017: 155); y J. García Luengo (2016: 103).

⁵² Este sería el caso cuando se constate la ausencia de motivación suficiente, o bien la omisión de un informe preceptivo o de un trámite, como el de audiencia o el de información pública en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, o incluso la ausencia de respuesta a las alegaciones presentadas en el curso de este último.

⁵³ *Vid.* T. R. Fernández Rodríguez (2013: 94); del mismo autor (2017: 154 y ss. y 160-161).

⁵⁴ Algunos autores auguran que, de implantarse semejante medida, «los profesionales de la acción pública desaparecerían con toda seguridad del escenario» [*vid.* T. R. Fernández Rodrí-

- la depuración y eliminación de las prerrogativas administrativas antedichas, en tanto en cuanto están desprovistas de justificación objetiva en la actualidad;
- el reconocimiento expreso de ciertos instrumentos, como el principio de intangibilidad de la obra pública, a la manera del Derecho francés⁵⁵, de modo que el Juez o Tribunal se vea obligado ante todo a:
 - uno, indagar si es viable una regularización apropiada de la obra pública y, de lo contrario,
 - dos, evaluar:
 - las desventajas de su presencia para la totalidad de los intereses concurrentes y, sobre todo, para los del propietario de los terrenos en los que se ubique, y
 - los efectos negativos de su demolición para el interés general, y en particular su carácter desproporcionado⁵⁶. El objetivo estriba,

guez (2013: 94)]. La experiencia acumulada lo hace más que probable, como deja patente el asunto en Francia [vid. T. R. Fernández Rodríguez (2017: 142-143 y 159)].

⁵⁵ Vid., a este respecto, J. Barcelona Llop (2001a:463-499); del mismo autor (2001b:371-388); J. R. Fernández Torres (2012: 147-164); y sobre la existencia de fórmulas e instrumentos análogos en el pasado en el ordenamiento urbanístico español tales como el artículo 228 de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 y la posibilidad de su reimplantación corregido, T. R. Fernández Rodríguez (2013: 82-83 y 94-95). En opinión de este autor, procede «recentrar la demolición restringiendo su aplicación a los casos de construcciones realizadas sin permiso o en zonas protegidas por razones patrimoniales o ambientales en sentido amplio (la banda litoral en una extensión de cien metros, los espacios naturales protegidos, los sectores incluidos en los planes de prevención de riesgos, los perímetros de las servidumbres relativas a los suelos contaminados, los bienes de interés cultural, etc.)», sirviéndose de una reformulación revisada del «viejo artículo 228 de la Ley del Suelo de 1956 de forma que en casos como los más atrás comentados el Juez o Tribunal de la ejecución pudiera dirigirse a la Administración para que en el plazo de dos meses manifestara si, por razones de interés público debidamente justificadas, considera procedente seguir o conservar las obras. De la manifestación correspondiente se daría traslado a las partes y, a la vista de todo ello, el Juez o Tribunal resolvería finalmente lo que considerase oportuno». De esta forma, «nos ahorraríamos el espectáculo vergonzante de unas Sentencias muy rigurosas que, sin embargo, se quedan en una suerte de limbo, pues ni se ejecutan, ni se puede declarar formalmente que su ejecución es legalmente imposible porque no se dan los requisitos que la jurisprudencia dominante considera imprescindibles para formular dicha declaración». Vid. asimismo, a propósito del principio de regularización impulsado por la reciente reforma del Código de Urbanismo francés, T. R. Fernández Rodríguez (2017: 143-145 y 159-160).

⁵⁶ Así lo reflejan fallos tales como el de 13 de febrero de 2009 (*Communauté de communes du Canton de Saint-Malo de la Lande*). El Consejo de Estado francés entiende que recae en el Juez o Tribunal la obligación, en todo caso, de «buscar, primero, si a la vista en particular de la naturaleza de la irregularidad, es posible una regularización apropiada; que, en caso negativo, le corresponde a continuación tomar en consideración, por una parte, los inconvenientes que la presencia de la obra implica para los diferentes intereses públicos o privados que están en presencia y, en especial en su caso, para el propietario del terreno donde se ubica aquella y, por

en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en modular el alcance de las prerrogativas judiciales y garantizar de esta manera la efectividad del principio de intangibilidad de la obra pública, en especial cuando el interés general exige preservarla en atención a sus características y dimensiones⁵⁷.

— el fortalecimiento de los deberes de información por todos los operadores involucrados⁵⁸.

3) Es inexcusable un esfuerzo decidido de racionalización del ejercicio de las potestades normativas, con objeto de poner freno a los excesos reglamentistas y simplificar los procedimientos de toma de decisión, en ciertos sectores de actividad, tal como el urbanístico⁵⁹.

La toma en consideración y adopción de semejantes propuestas contribuiría a buen seguro a dotar de una eficacia a las Sentencias dictadas por los Tribunales contencioso-administrativos que a día de hoy no está asegurada. Esa es al menos mi opinión fundada en Derecho.

5. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2010): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 4.ª ed., Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 1094.

Baño León, J. M. (2016): «La eficacia de las sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 177, pp. 85-102, en particular pp. 86.

Barcelona Llop, J. (2001): «La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad (Ouvrage public mal planté ne se détruit pas)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 154, pp. 463-499.

— (2001): «Nuevas tribulaciones del principio de intangibilidad de la obra pública en Francia», en *Revista de Administración Pública*, núm. 164, pp. 371-388.

Bocanegra Sierra, R. (2012): «La anulación en incidente de ejecución de sentencia de decisiones administrativas que infringen lo ejecutoriado», en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial*, pp. 103-118.

otra, las consecuencias de la demolición para el interés general, y apreciar, aproximando estos elementos, si la demolición no conlleva un perjuicio excesivo para el interés general» (sic).

⁵⁷ Vid. J. R. Fernández Torres (2011: 115-121).

⁵⁸ Tratándose de asuntos urbanísticos, tales deberes afectan al enajenante, el Ayuntamiento y cualesquiera otras Administraciones competentes para el otorgamiento de otros títulos habilitantes. Vid. S. Menéndez Pérez (2004: 123-125).

⁵⁹ Es un sentir general que los instrumentos de planeamiento y las licencias precisan una racionalización. Vid. T. R. Fernández Rodríguez (2013: 92).

- cial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, 1.^a ed., volumen I., Civitas Thomson Reuters, pp. 789-801.
- Borrajó Iniesta, I., Díez-Picazo Giménez, I. y Fernández Farreres, G. I. (1995): *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 163 pp.
- Cadiet Loïc, J. J.-P., Pauliat, H. Binet-Grosclaude, A. y Foulquier, C. (2012): *Mieux administrer la justice en interne et dans les pays du Conseil de l'Europe pour mieux juger (MAJICE)*, informe ANR, pp. 518.
- Cadiet, L. y Pauliat, H. (2014): «Finalités du jugement», en L. Cadiet, J.-PP. Jean y H. Pauliat (dirs.), *Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur l'essor et les enjeux contemporains de l'administration de la justice*, IRJS eds., Collections Bibliothèque de l'IRIS — André Tune, tomo 58, París, pp. 13.
- Castillo Blanco, F. A. (2018): «La ejecución propia e impropia de sentencias en el ámbito contencioso-administrativo», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. extraordinario 100, pp. 87-127.
- Cavrois, M.-L., Dalle, H. y Jean J.-P. (2002): «La qualité de la justice», en *Perspectives sur la justice*, La Documentation Française, París, pp. 269.
- Costa, J.-P. (1999): «L'effectivité de la justice administrative en France», en *Deuxième centenaire du Conseil d'Etat, Revue Administrative*, núm. 8, número especial consagrada al tema. «Les Conseils d'Etat français et italien», pp. 132-138.
- De Miguel Pajuelo, F. (2012): «Capítulo 7. La Ejecución de las Sentencias», en Palomar Olmeda, A. (dir.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Tomo II. Recursos, Ejecución de Sentencias y Disposiciones Comunes*, 2.^a ed., Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 795 y ss., en especial pp. 820-822.
- Delgado Barrio, J. (1993): «El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso-administrativa», en L. Martín-Retortillo Baquer (coords.), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Madrid, volumen II. La Jurisdicción contencioso-administrativa, Civitas, pp. 1187-1224, en particular pp. 1190.
- Díez-Picazo, L. M. (1987): «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», en *Poder Judicial*, núm. 5, 48 pp.
- Ezquerro Huerva, A. (2005): «Ejecución de sentencias contencioso-administrativas y adopción de medidas cautelares. En particular, la suspensión de la ejecución de sentencias por el Tribunal de instancia en caso de interposición de recurso de amparo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 197, pp. 271-304.
- Fernández Rodríguez, T.-R. (2017): «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», en *Revista de Administración Pública*, núm. 203, pp. 137-162, en detalle p. 141.
- (1974): «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de un cumplimiento por la Administración de las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción

- contencioso-administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 73, pp. 151-178.
- (2011): «El artículo 103.4 LJ no les gusta a los Jueces», en Sánchez Blanco, Á., Domínguez-Berrueta de Juan, M. y Rivero Ysern, J. L. (coords.), *El nuevo Derecho Administrativo. Libro homenaje al Profesor Doctor Enrique Rivero Ysern*, Salamanca, Ratio Legis y Universidad de Salamanca, pp. 139-146, en particular pp. 146.
- (2013): «Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español», en *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 29, pp. 92.
- (2016): «Extracto de la entrevista realizada con motivo del 66.º cumpleaños», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 11-22.
- Fernández Torres, J. R. (1998): *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid., pp. 382.
- (1998): *La formación histórica de la Jurisdicción contenciosa-administrativa (1845-1998)*, Civitas, Madrid, pp. 665.
- (2007): *Historia legal de la Jurisdicción contenciosa-administrativa (1845-1998)*, Iustel, Madrid, pp. 928.
- (2011): «Confirmación de la sujeción de los proyectos de obras en vías urbanas, como la reforma de la M-30, a evaluación de impacto ambiental (comentario a la SSTSJ de Madrid de 11 de febrero de 2011)», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 23, pp. 115-121.
- (2012): «Compromisos y desafíos de la Justicia administrativa en el marco de un nuevo Derecho administrativo», en Sánchez Blanco, Á., Domínguez-Berrueta de Juan, M. y Rivero Ysern, J. L. (coords.), *El Nuevo Derecho Administrativo. Libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, 1.ª ed., Salamanca, Universidad de Salamanca y Ratio Legis, pp. 147-164.
- (2018): «La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. extraordinario 100, pp. 165-198.
- Fernández Valverde, R. (2009): «La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda)», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, pp. 15-47, en concreto pp. 32.
- Fortes Martín, A. (2012): «La cuadratura del círculo o la imposible ejecución total de la Sentencia del caso “Ciudad Santo Domingo-aeropuerto de Madrid/Barajas” (estudio de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2011)», en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, 1.ª ed., volumen I, Civitas Thomson Reuters, pp. 1157-1191.
- Frydman, B. (2007): «L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice», en PP. Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*,

- Actes du colloque de Poitiers, Commission Européenne pour l'efficacité de la justice, eds. du Conseil de l'Europe, pp. 18-29.
- García de Enterría, E. (2007): *Las transformaciones de la justicia administrativa de excepción singular a la plenitud jurisdiccional: ¿un cambio de paradigma?*, Thomson Reuters, Madrid, pp. 148.
- (2009): *La formación y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción contencioso-administrativa: su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva*, *Revista de Administración Pública*, 179, pp. 167-183.
- García de Enterría, E. y Fernández, T.-R. (2017): *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, volumen II, 15.ª ed., pp. 711.
- García Luengo, J. (2016): *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*, Madrid, Iustel, pp. 103.
- Gil-Robles, Á. (1996): *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 99 y ss.
- Gómez-Ferrer Rincón, R. (2008): *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Civitas Thomson, pp. 392.
- González Pérez, J. (2011): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 6.ª ed., Madrid, Civitas Thomson Reuters, pp. 406.
- Gutiérrez Colomina, V. (2018): «La ejecución de sentencias urbanísticas con especial referencia a la imposibilidad legal y material», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. Extraordinario 100, pp. 191-248.
- Gutiérrez López, F. (2018): *La Administración de Justicia de España de 2004 a 2013. Gasto público y funcionamiento*, Academia Española, pp. 164.
- Huergo Lora, A. (2001): «La permanencia de un viejo problema: la reiteración de los actos administrativos anulados como forma de incumplimiento indirecto de las sentencias, con especial referencia a los efectos de los recursos de casación en interés de Ley», en *Revista de Administración Pública*, núm. 156, pp. 283-306.
- Jean-Paul, Fabri M., Langbroek, P., Pauliat, H. (2005): *L'Administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, Montchrestien, Paris, pp. 442.
- Lambert-Abdelgawad, E. (2016): «La mesure de la performance judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme? Une logique managériale á tout prix», en *Revue Française d'Administration Publique*, núm.159, pp. 819-834, en detalle pp. 819.
- López Benítez, M. (2012): «Jurisdicción contencioso-administrativa e inexecución por la Administración de sus actos firmes (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2005, recurso de casación núm. 3100/2003)», en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, 1.ª ed., volumen I., Civitas Thomson Reuters, pp. 1519-1544.
- López Menudo, F. (2018): «El recurso de casación. ¿jurisprudencia y/o justicia?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 207, pp. 13-41

- Martín Rebollo, L. (1975): *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1988*, Madrid, IEA, pp. 609.
- Martín Valdivia, S. M. (2016): *La Jurisdicción Contenciosa: Análisis Práctico*, 1.ª ed., Pamplona Aranzadi Thomson Reuters, pp. 881 y ss.
- Medina Alcoz, L. (2016): *Libertad y autoridad en el derecho administrativo: derecho subjetivo e interés legítimo, una revisión*, 1.ª ed., Madrid, Marcial Pons, pp. 302.
- Menéndez Pérez, S. (2004): «De nuevo sobre la ejecución de sentencias urbanísticas: la salvaguarda de los intereses de los adquirentes de las viviendas de un edificio ilegalmente construido (a propósito de un supuesto de aplicación del art. 73 del TRLS de 1976. Construcción no adaptada al ambiente en que se sitúa. STS de 4 de mayo de 2004)», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 10, pp. 119-125, en detalle pp. 123-125.
- Paricio Rallo, E. (2012): «La insolvencia de la Administración. Ejecución judicial de deudas públicas», en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 1, pp. 6
- Pastor Prieto, S. (1993): *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 332.
- (2003): «Dilación, eficiencia y cortes. ¿Cómo ayudar a que la imagen de la Justicia se corresponda mejor con la realidad?», en *Documento de Trabajo de la Fundación BBVA*, núm. 95, pp. 272-305.
- (2005): «Dos dimensiones de la eficiencia de la justicia», en *Economistas*, núm. 105, pp. 103-114, junto a V. Rosales López.
- (2009): «Justicia y Economía», en *Manuales de Formación continuada del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 49, pp. 53-171.
- Pérez Alonso, J. (2015): «La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias contencioso-administrativas; reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelos en inejecución de sentencias», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.40, pp. 1-2 y 8.
- Picó Lorenzo, C. (1999): «La ejecución de sentencias», en la obra colectiva dirigida por ella misma y titulada *La nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, CGPJ, pp. 465-530, en concreto pp. 474.
- Ruiz López, M. Á. (2013) «La tutela cautelar no ampara ilegalidades urbanísticas: reflexiones acerca de las soluciones de normalización (a propósito de la STS de 17 de mayo de 2013, edificio “Banana Beach” de Marbella)», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 29, pp. 101-119.
- Ruiz Ojeda, A. (1999): «La ejecución de condenas pecuniarias y el embargo de dinero y bienes de la Administración tras la nueva Ley de lo Contencioso y la Sentencia 166/1998, del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.103, pp. 423-449.
- Santamaría Pastor, J. A. (2010): *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, 1.ª ed., Madrid, Iustel, pp. 1088 y 1089.

- Sauvé, J.-M. (2016): «La qualité de la Justice administrative», en *Revue Française d'Administration Publique*, núm. 159, pp. 667-674.
- Soriano García, J. E. (2012): *El Poder, la Administración y los jueces (a propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, Iustel, pp. 27 y 28.
- Vázquez, M.^a J. y Gutiérrez López, F. (2017): «Gasto público, medios personales y funcionamiento de la Administración de Justicia en España: ¿el problema es el gasto?», en *Indret*, núm. 4, pp. 22.

COMUNICACIONES

LA EJECUCIÓN DE CONDENAS DE HABER CONTRA PRIVADOS CODEMANDADOS EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Francisco Delgado Piqueras

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Quién es el juez competente para hacer cumplir la sentencia? 3. ¿Es de aplicación supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil para este tipo de ejecuciones? 4. ¿Debe seguirse el incidente de ejecución forzosa o iniciarse un juicio ejecutivo? 5. Intereses moratorios, procesales y sancionadores. 6. ¿De qué poderes de ejecución dispone el juez contencioso-administrativo para imponer el cumplimiento de la sentencia? 7. El embargo de los bienes del deudor. 8. ¿Puede declararse de imposible cumplimiento? 9. Ejecución provisional. 10. Conclusiones. 11. Bibliografía citada.

RESUMEN: Esta comunicación se interroga sobre la ejecución de sentencias de los tribunales contencioso-administrativos en las que hayan resultado condenadas al pago de cantidad líquida personas físicas o jurídicas, incluidas sociedades anónimas y otras del sector público, con personalidad de Derecho Privado. Se trata de una posibilidad infrecuente, pero no insólita.

El problema reside en que el supuesto no está expresamente regulado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), pues esta Ley solo contempla el caso de que la condenada sea una Administración pública. A partir de ahí se generan todo tipo de preguntas.

En mi opinión, el juez contencioso-administrativo puede conducir la ejecución a través del incidente previsto en la LJCA, recurriendo a la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para cubrir cualquier vacío normativo (*v. gr.* el embargo y realización de los bienes del deudor); sin extender a los privados los privilegios otorgados a las Administraciones en función de su condición de poderes públicos. Por consiguiente, no serían de aplicación previsiones como las del art 106 LJCA, que permiten dilatar el pago durante meses y aun

imponer al acreedor la forma de cumplimiento que resulte menos gravosa para el deudor.

PALABRAS CLAVE: Condenas de haber, Ejecución de sentencias, Jurisdicción Contencioso Administrativa, Sociedades anónimas públicas.

ABSTRACT: This paper questions the enforcement of judgments of contentious-administrative courts in which individuals or legal entities, including incorporated public companies and others of the public sector, with a private law character have been condemned to pay a fixed amount. It is an infrequent possibility, but not unusual.

The problem lies in the fact that this chance is not expressly regulated in the Law of the Contentious Administrative Jurisdiction (LJCA), since this Law only contemplates the case of the condemned being a Public Administration. From there all kinds of questions are generated.

In my opinion, the contentious-administrative judge can lead the enforcement through the incident foreseen in the LJCA, using the supplementary application of the Civil Prosecution Law (LEC) to cover any regulatory gap (eg. the seizure and realization of the assets of the debtor); without extending to the private entities the privileges granted to the Administrations according to their status of public authorities. Therefore, they would not be subject to the provisions such as Article 106 LJCA, which allows for delaying payment for months and even imposes on the creditor the form of compliance that would be less burdensome for the debtor.

KEYWORDS: Monetary rulings, Ruling enforcement, Contentious Administrative Jurisdiction, Incorporated public companies.

1. INTRODUCCIÓN

La ejecución de las sentencias estimatorias es, sin duda, uno de los puntos débiles que tiene la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, la Jurisdicción, a secas). Se podría decir que endémico —pues le afecta como a ningún otro orden jurisdiccional— y puede que genético —pues se remonta a su mismo origen—. No puede extrañar que haya sido motivo de atención constante por la doctrina, casi siempre muy crítica, para señalar sus carencias, pero también la escasa implicación de los jueces en esta fase última del proceso¹. Amén del escaso uso de sus poderes por los tribunales, la doctrina ha denunciado privilegios dogmáticos incompatibles con la Constitución como la inembargabilidad de los caudales y patrimonios públicos². Lógicamente, esta

¹ T. R. Fernández Rodríguez (1977).

² E. García de Enterría (1986).

se ha centrado en analizar las previsiones de la legislación del momento³, reavivándose los estudios con motivo de la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, «reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (LJCA)⁴.

A pesar de los avances legislativos, el sistema de ejecución de sentencias en la Jurisdicción está muy lejos de ser satisfactorio, pues todavía hoy persisten privilegios y vericuetos procesales en manos de la Administración que le permiten sortear las sentencias que le son desfavorables. Las inercias y retrasos judiciales en este punto están a la orden del día. Todo sumado se traduce en una permanente afrenta al derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas (art. 24 CE), como bien ha estudiado el profesor José María Baño León⁵.

Habida cuenta de la mucha y valiosa literatura jurídica que ya ha tratado el tema, en esta limitada comunicación nos centraremos desde el principio en abordar el problema específico que la suscita, pues sobre el mismo no hay ni siquiera alusiones⁶. Tampoco en la literatura mercantil ni en la procesal se han estudiado las peculiaridades que pueda tener la ejecución de las condenas dinerarias que aquí vamos a abordar⁷.

Como antes dije, la posibilidad de que un sujeto con personalidad de derecho privado resulte condenado a pagar por una sentencia de la Jurisdicción no es habitual, pero tampoco debemos pensar que sea imposible ni infrecuente. Voy a poner dos ejemplos que he conocido de primera mano.

El primero fue un recurso por responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, en el cual el propietario de un edificio catalogado como bien de interés cultural demandó a la Administración regional que autorizó y subvencionó las excavaciones arqueológicas que provocaron el derrumbe, al ayuntamiento que aportó la mano de obra procedente de los planes de empleo y a la sociedad limitada que realizó los trabajos, sin apuntalamientos ni ninguna otra medida de precaución. Además, se personaron voluntariamente las tres

³ Sin ánimo de exhaustividad, a propósito de la ejecución de sentencias anteriores a la vigente LJCA, debemos recomendar aquí los trabajos de los profesores M. Beltrán de Felipe (1995), F. Sosa Wagner y T. Quintana López (1987), M. Bassol Coma (1987) y de los magistrados A. Cano Mata (1984) y F. Pera Verdaguer (1987).

⁴ Como botón de muestra, los trabajos de L. Ortega Alvarez (2001) y de I. Martín Delgado (2005).

⁵ J. M.^a Baño León (2016).

⁶ Lo que no significa que no existan muy valiosos trabajos sobre la forma de resarcirse de las deudas de las sociedades mercantiles públicas. Al respecto, C. Chinchilla Marín (2017) postula la responsabilidad subsidiaria de la Administración matriz; mientras que M. Fuertes Gomez (2018) apuesta por seguir el procedimiento concursal y, en su caso, ir contra los administradores.

⁷ Como digo, esta problemática no se trata en la obras de referencia, v. gr. G. Jiménez Sánchez y A. Madrid Parra (2013) y J. Garberí Llobregat (2007).

compañías aseguradoras de los codemandados. Al final, solo resultó condenada a pagar la indemnización al propietario la empresa de arqueología. Y su compañía aseguradora pagó voluntariamente a los pocos días de que la sentencia deviniera firme.

El segundo es una reclamación por incumplimiento de un contrato administrativo, en el cual la empresa constructora demandó a la Administración regional y a la sociedad anónima instrumental de esta que contrataron la construcción de las viviendas que luego no quisieron comprar. Al final ambas codemandadas fueron condenadas por sentencia firme a pagar la indemnización al contratista. La Administración designó a la empresa como «órgano» encargado de cumplir la sentencia, que dentro del plazo de los dos meses procedió a consignar la deuda más los intereses legales ante el tribunal.

Pero podría haber ocurrido que no, con lo cual el acreedor se situaría ante la hipótesis de tener que instar la ejecución forzosa. Es decir, se plantearía el problema de cómo llevar a cabo la ejecución definitiva contra entidades privadas en sede contencioso-administrativa.

Estos no son sino dos ejemplos reales, pero cualquiera puede imaginar o tener noticia de más supuestos en los que los particulares sean codemandados junto con una Administración ante la Jurisdicción; a resultas de lo cual sean condenados a pagar una suma de dinero al demandante.

A partir de esta hipótesis, en las líneas que siguen nos planteamos diversos interrogantes que suscita. Aunque es cierto que las respuestas que se alcancen en unas cuestiones van a condicionar las del resto, intentaremos seguir el orden sistemático que nos parece más lógico.

2. ¿QUIÉN ES EL JUEZ COMPETENTE PARA HACER CUMPLIR LA SENTENCIA?

Una primera duda que surge es ante qué instancia se puede o se debe solicitar la ejecución forzosa. La habitualidad que los juzgados del orden civil tienen para aplicar las medidas previstas para despachar la ejecución forzosa en el libro III de la LEC (v. gr., embargo de bienes), les hace «prima facie» más apetecibles para el acreedor.

Pero, en mi opinión, es claro que el órgano judicial competente para conocer de la ejecución de la sentencia ha de ser el que conoció del recurso contencioso-administrativo en primera o única instancia.

Y ello a tenor de la legislación vigente. En un rápido repaso, recordamos que el art 117.3 CE dispone que: *«El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según*

las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Nada significativo añade a esto el art. 2.1. LOPJ.

Por su parte, el art. 103.1 LJCA sí especifica que *«La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia».*

Lo mismo nos dice el art. 545.1 LEC: *«Si el título ejecutivo consistiera en resoluciones judiciales, resoluciones dictadas por Letrados de la Administración de Justicia a las que esta ley reconozca carácter de título ejecutivo o transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados, será competente para dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de la misma el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo».*

Ambos preceptos son claros y terminantes, por lo que quedaría cerrado el paso a trasladar el asunto ante la jurisdicción civil.

3. ¿ES DE APLICACIÓN SUPLETORIA LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL PARA ESTE TIPO DE EJECUCIONES?

Conforme a lo previsto en la DF 1.^a LJCA y en la propia DF 1.^a LEC, la Ley de Enjuiciamiento Civil es de aplicación supletoria al proceso contencioso-administrativo; lo que con carácter general requiere de la existencia de una laguna normativa y de la compatibilidad de la norma procesal civil con la regulación procesal de aquél. A falta de una remisión expresa a la LEC, la supletoriedad propiamente dicha entraña una labor interpretativa a la luz de las circunstancias del caso⁸.

En ese sentido, el magistrado J. L. Requero Ibáñez entiende que siendo materia procesal, por su carácter adjetivo, *«el norte que debe seguir el intérprete es ante todo buscar y transitar el camino más seguro, que más y mejor permita hacer realidad el derecho fundamental a la no indefensión y, además, que sea más sencillo y descomplicado»* (sic)⁹.

Respecto de la ejecución de sentencias que aquí nos atañe, la jurisprudencia ha negado la apertura del incidente previsto en la LEC para la liquidación de

⁸ La STS. Sala de lo Contencioso, Sección: 3, de 05/10/2004 (Recurso: 6368/2001) niega, en ese sentido, la intervención adhesiva una vez iniciado el procedimiento de quienes acreditaran tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

⁹ J. L. Requero Ibáñez (2000: 684).

daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas¹⁰. Tampoco sería aplicable lo dispuesto en la LEC para los resolver los casos de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia¹¹. Ni regiría el plazo de 5 años para la caducidad de la acción ejecutiva¹².

Por el contrario, en otros tiempos la aplicación supletoria de la LEC ha servido para cubrir huecos clamorosos, como la ejecución provisional de sentencias, no prevista por la LCJA de 1956¹³.

Por su parte, el magistrado José Luis Requero Ibañez (2005: 47) postula la aplicación supletoria de los arts. 712 a 716 LEC para efectuar la liquidación de los intereses procesales deducibles del art. 106 LJCA y de las condenas de pago de cantidades de dinero ilíquidas previstas en el art. 71.1.d LJCA. Es más, para proceder así entiende que no será preciso agotar dos incidentes, empezando por el art. 109.1.c LJCA para determinar el procedimiento a seguir con los trámites de los apartados 2 y 3 del mismo artículo (traslado a las partes contrarias y posterior decisión judicial) para de ahí iniciar los trámites de la LEC: «Por el contrario, entiendo que la llamada al incidente de ejecución en el artículo 109.1 lleva directamente a la LEC».

Sin embargo, dicho autor opina que solo en muy concretos aspectos serían de aplicación los arts. 705 a 711 LEC sobre ejecución de obligaciones de hacer y no hacer, «Puesto que lo más aconsejable es ir a lo procesalmente más sencillo y descomplicado, el artículo 109 encierra una regulación parca pero suficiente». Lo mismo piensa respecto de los arts. 526 y ss. LEC sobre la ejecución provisional, ya que la regulación de la LJCA es completa.

Siguiendo estos criterios, entiendo que la aplicación supletoria de la LEC para encauzar las ejecuciones que aquí examinamos no solo será posible, sino necesaria y aun recomendable, ya que la presencia como condenada de una entidad privada no está ni siquiera intuida en la LJCA. Es decir, estamos ante un vacío normativo patente. De ahí que el único modo de poderla abordar sea echar mano de la primera; eso sí, tratando siempre de hacerlo de modo compatible, como iremos viendo.

¹⁰ STS Sala de lo Contencioso, Sección 4, de 28/05/2008 (Recurso: 2900/2003).

¹¹ STS Sala de lo Contencioso, Sección 4, de 12/05/2009 (Recurso: 5101/2007).

¹² STS Sala de lo Contencioso, Sección 5, de 29/12/2010 (Recurso: 500/2008), que niega la aplicación supletoria del art. 518 LEC en este proceso, dado el interés público presente en rectificar toda actuación administrativa disconforme a Derecho que la Jurisdicción haya detectado, entre otros motivos.

¹³ Auto del TS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4, de 12 junio 1992 (RJ 1992/5113).

4. **¿DEBE SEGUIRSE EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN FORZOSA O INICIARSE UN JUICIO EJECUTIVO?**

A tenor de los criterios anteriores, podemos deducir que lo más adecuado sería que la ejecución de la sentencia siguiera lo dispuesto en la LJCA (Título IV capítulo IV), incluido el incidente de ejecución forzosa previsto en el art. 109 LJCA, en lugar del juicio ejecutivo regulado en el libro III LEC.

Aunque tengan distinto nombre, ambos procedimientos son equivalentes e idóneos para conducir la acción ejecutiva, siendo más «sencillo y descomplicado», estimo, iniciarla según lo previsto por la Ley que rige el proceso por el que se alcanzó la sentencia y a la que está más habituado el juez contencioso-administrativo.

En ese sentido, lo que prevé el art. 104 LJCA es que, una vez que sea firme la sentencia, el Secretario de oficio lo ha de comunicar al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso para que la lleve a puro y debido efecto, es decir, que «practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo» e indique el órgano responsable del cumplimiento en el plazo de 10 días. En nuestro supuesto, más que el órgano el destinatario sería el sujeto o entidad privada como tal. Esta comunicación es una garantía para asegurar el conocimiento de la antedicha circunstancia y el inicio del plazo de cumplimiento voluntario. Si bien puede resultar redundante cuando la misma ha sido parte en el proceso, también puede darse la circunstancia de que, habiendo sido emplazada tempestivamente, la demandada hubiera declinado personarse. Esta suerte de condena en rebeldía es claro que no constituye indefensión ni le exime de tener que cumplir el fallo.

Si el deudor cumple voluntariamente es obvio que ahí concluye el asunto. Pero en caso contrario, si hubiera que instar la ejecución forzosa no va a resultar de mucha ayuda que este incidente prosiga al pie de la letra el capítulo IV LCJA, puesto que en su mayor parte las previsiones que ahí se encuentran atienden a una lógica en la que la parte ejecutada es un poder público. Dicho de otra forma, lo que regula la LJCA son fundamentalmente las deferencias de que disfruta la Administración sometida a esa tesitura. De las cuales considero que no tiene justificación hacer traslado para favorecer a una entidad de Derecho Privado.

Esto incluye a las entidades del sector público institucional que carecen del estatuto de Administración Pública y por ley operan en el tráfico jurídico sometidas a Derecho Privado, salvo para las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. Es el caso de las sociedades mercantiles estatales o de las fundaciones del sector público estatal (arts. 113 y 130 Ley 40/2015, de 1 octubre, «de régimen jurídico del sector público»).

Como sabemos estas entidades suelen gozar de una ley o estatuto especial, que por lo general repite este planteamiento, puesto que con ello sus creadores tratan precisamente de huir del Derecho Administrativo. Podemos poner de ejemplo la Ley 11/1997, de 17 de diciembre, «de creación de la empresa pública Gestión de Infraestructuras de Castilla-La Mancha». Esta sociedad tiene naturaleza jurídica mercantil y opera conforme al Derecho Privado por expresa disposición legal (art. 2.a):

«La Empresa “Gestión de Infraestructuras de Castilla-La Mancha” adoptará la forma jurídica de Sociedad Anónima y se regirá por sus propios Estatutos Sociales, de acuerdo con las normas de Derecho Privado, sin perjuicio de las especialidades que se derivan de la presente Ley y las prescripciones establecidas en las Leyes de Hacienda y de Patrimonio de Castilla-La Mancha y demás normativa aplicable».

En la medida en que estas entidades mercantiles no son Administraciones Públicas, parece impropio que puedan disfrutar de las prerrogativas inherentes a éstas a la hora de hacer frente al pago de sus deudas en sede judicial.

En esa línea, cabe cuestionar que pueda extenderse el plazo de cumplimiento voluntario de tres meses indicado en el art. 106.3 LJCA para «*Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida...*». El plazo de espera para proceder a la ejecución de resoluciones judiciales en el art. 548 LEC se fija en 20 días a partir de la firmeza de la resolución de condena; sin que en dicha Ley se establezca nada diferente cuando la parte condenada pueda ser una entidad pública. De igual modo, podemos tener que para el caso de las entidades de derecho privado, seas personas físicas o jurídicas, carece de sentido demorar el cumplimiento voluntario so capa de realizar modificaciones presupuestarias.

La posibilidad de someter al juez que arbitre una forma de ejecutar la sentencia en la forma menos gravosa para la Hacienda Pública tampoco parece extrapolable frente al acreedor en descargo de haciendas particulares; sin perjuicio claro está de que las partes puedan convenir una transacción al respecto.

En cambio, podría resultar factible solicitar al juez que la cantidad a satisfacer se compense con créditos que el deudor ostente contra el acreedor, un supuesto análogo al previsto como causa de oposición a la ejecución en el art. 557.1.2 LEC.

En definitiva, la aplicación de lo dispuesto en la LJCA dependerá de si entraña o no hacer partícipes a los particulares del fuero propio de las Administraciones, lo que no parece aconsejable. Ello tampoco supondría un problema insoluble, puesto que cualquier vacío normativo que aparezca puede ser cubierto al momento por la aplicación supletoria de la LEC.

5. INTERESES MORATORIOS, PROCESALES Y SANCIONADORES

El incumplimiento tempestivo de una obligación, como puede ser el impago de una cantidad de dinero u otra, constituye al deudor en mora, lo que entraña de por sí un perjuicio que tendrá que indemnizar en concepto de intereses moratorios o sustantivos. Este interés puede ser el pactado o, en su defecto, el interés legal (art. 1108 CC). Si esos intereses sustantivos son reconocidos en la sentencia, se capitalizarán y sumarán a la deuda principal para integrar la cantidad finalmente exigible.

Incluya o no esos intereses, las leyes procesales prevén que la cantidad total a cuyo pago resulte condenada una parte devengara a su vez intereses procesales, cuya finalidad no es tanto compensar el perjuicio causado por la demora en el cumplimiento de la obligación como compeler al acatamiento de la sentencia y el pronto pago de la deuda reconocida.

Tanto el art. 576.1 LEC como el art. 106.2 LJCA coinciden en que el devengo de esos intereses se produce de forma automática, *ex lege*, sin necesidad de reclamarlos. Y también se asemejan mucho a la hora de fijar el «dies a quo», es decir, en la fecha a partir de la cual se inicia el devengo de esos intereses procesales, con una pequeña diferencia que normalmente tendrá escasa trascendencia práctica: desde que fuera dictada la sentencia condenatoria en primera instancia (art. 576 LEC) o desde que la fecha de notificación de la misma (art. 106.2 LJCA).

La diferencia sustancial está en la cuantía de esos intereses, la LEC determina a favor del acreedor el derecho de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos, en defecto de pacto de las partes o ley especial. Por expresa disposición del 576.3 LEC, esto se aplica a todas las resoluciones judiciales de cualquier orden, laudos arbitrales y acuerdos de mediación que condenen al pago de una cantidad líquida, «salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas».

En efecto, la LJCA reduce los intereses procesales al interés legal del dinero, sin más. Es decir, dos puntos menos que para el resto de justiciables. Ahora bien, recordamos que dicho artículo se inicia haciendo referencia a que la condenada al pago sea una Administración Pública.

Esta diferencia de trato respecto de los intereses procesales fue motivo de dos Sentencias del Tribunal Constitucional, la STC 113/1996, de 25 de junio y la STC 206/1993, de 17 de junio, en las cuales se considera justificada la desigualdad en una razón objetiva y razonable, que no es la posición preeminente de la Hacienda Pública sino la inevitable tardanza derivada de los principios de legalidad y contabilidad pública, es decir, al sistema de garantías que pesa sobre el manejo de los fondos públicos. En suma, esta benevolencia en la

exigencia de intereses solo tiene su explicación por tratarse de la Administración; amén de ser muy discutible¹⁴.

En cualquier caso, lo que parece deducirse sin paliativos es que no hay por qué extender este privilegio a las entidades privadas, puesto que no manejan dinero de las Haciendas Públicas ni padecen la inercia administrativa. Cuando el condenado judicialmente al pago sea un sujeto privado, carece de apoyo legal limitar los intereses procesales al interés legal del dinero. Es más, entiendo que por expresa dicción del art. 576.3 LEC deben incrementarse en dos puntos.

Como es sabido, el interés legal viene fijado por la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado. En los tres últimos ejercicios ha sido del 3%. Por tanto, esa diferencia de un 2% no es despreciable.

Otro tipo de intereses que pueden derivarse de las sentencias condenatorias de haber en la Jurisdicción son los de carácter sancionador, cuando se haya superado el plazo de tres meses sin proceder al pago voluntario y el acreedor inste la ejecución forzosa. En tal caso, si el juez aprecia falta de diligencia en el cumplimiento voluntario puede incrementar en dos puntos el interés legal a devengar (art. 106.3 LJCA). Por ejemplo, por no haber tramitado la modificación presupuestaria que hubiera sido necesaria, teniendo presente además que el crédito destinado a estas contingencias tiene siempre la consideración de ampliable por ley (art. 106.1 LJCA). Es fácil apreciar aquí una connotación punitiva, tendente a forzar el cumplimiento aplicando un castigo económico sobre la Administración deudora. Sería, pues, una primera medida que el juez puede adoptar para apremiar a la Administración, que se puede añadir a las que veremos después.

6. ¿DE QUÉ PODERES DE EJECUCIÓN DISPONE EL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PARA IMPONER EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA?

Para el caso de que trascurren los plazos sin que se produzca el cumplimiento total del fallo de manera voluntaria, el art. 112 LJCA prevé que el juez, con audiencia de las partes, pueda adoptar «las medidas necesarias para lograr

¹⁴ En efecto, los argumentos de la STC 206/1993 son desmontados de modo plausible en los votos particulares de los magistrados Rodríguez Bereijo y Gimeno Sendra; v. *gr.*, poniendo de relieve que, en la medida en que la Abogacía del Estado tiene la instrucción general de recurrir todas las sentencias que son desfavorables al Estado, debería con mayor motivo soportar la sanción procesal establecida en el art. 921 LEC para prevenir dilaciones indebidas causadas por la interposición abusiva de los recursos.

la efectividad de lo mandado». Es una fórmula abierta a la disposición del juez para lo que el caso requiera, que la Ley no tasa ni limita.

Además, si se acredita la responsabilidad y previo apercibimiento certificado personalmente por el Secretario, el juez puede imponer multas coercitivas sobre los funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos judiciales y deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal.

Se trata de medios indirectos que tratan de presionar sobre las personas que de un modo u otro encarnan la Administración condenada y tienen en su mano dar cumplimiento al fallo. Esta personalización de la responsabilidad puede tener su sentido en ciertas circunstancias, dependiendo de lo declarado en el fallo. Cuando el deudor es la Administración, este remedio suele servir eficazmente para forzar el pago con cargo al crédito presupuestario, dada la imposibilidad de utilizar otros medios ante la inembargabilidad que protege al dominio público, a la Hacienda Pública y a casi todos bienes públicos salvo los patrimoniales que no sirvan a ninguna función pública.

Pero, para lo que aquí nos ocupa —el pago de condenas de haber por sujetos privados—, el recurso a estos medios indirectos no puede significar que se renuncie a lo que parece mejor respuesta, que es proceder a la ejecución dineraria prevista en los arts. 571 y siguientes LEC, pues el cobro de lo adeudado será lo que satisfaga de verdad el interés del acreedor.

Entendemos que el despacho de la ejecución, el embargo de los bienes del deudor y el procedimiento de apremio, que son las medidas legalmente reguladas en la LEC, son las medidas más indicadas que el juez contencioso-administrativo puede adoptar para lograr la efectividad de la sentencia.

7. EL EMBARGO DE LOS BIENES DEL DEUDOR

Siguiendo el curso trazado, la suerte de la ejecución nos lleva a examinar qué bienes del deudor podrían ser embargados.

El privilegio de la inembargabilidad de los bienes públicos, que incluye los fondos de la Hacienda Pública y del que únicamente se libran los bienes patrimoniales no afectos a una finalidad pública, es considerado por la práctica unánimidad de los autores como causa de que las Administraciones Públicas paguen sólo cómo, cuándo y a quién quieran¹⁵; amén de brindar una práctica

¹⁵ Este trabajo del abogado y profesor asociado Ander de Blas Galbete (2012) concluye de manera muy realista que la imposibilidad del embargo del dinero de las Administraciones lastra la viabilidad de la ejecución judicial de sentencias condenatorias, y propone un cambio de la jurisprudencia constitucional, que a su juicio es la única que todavía defiende este dogma.

inmunidad que favorece la irresponsabilidad de los gestores en perjuicio del equilibrio de las cuentas públicas.

Sin embargo, creemos que no procede reproducir aquí este debate, sino más bien dejar constancia de que los argumentos sobre los cuales todavía hoy se sostiene ese dogma atávico carecen de aplicación cuando el condenado al pago sea una entidad privada.

Como es sabido, en nuestro Ordenamiento la regla general es la del art. 1911 del Código Civil: «*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*». Existen no obstante, ciertos bienes inembargables, que los arts. 605 y ss. LEC enumeran de manera objetiva (mobiliario y menaje doméstico, bienes sacros dedicados al culto,...) e incluyen los expresamente declarados inembargables por una ley. Pero no se hace salvedad en función de la personalidad del sujeto deudor.

Por definición, las entidades de derecho privado no puede ser titulares del dominio público (art. 5 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas), sin perjuicio de que puedan poseerlos en virtud de una cesión de uso u otro título. En ese sentido, la inembargabilidad de tales bienes no derivaría tanto del art. 132 CE como de la falta de integración en el patrimonio del deudor.

El impedimento que se esgrime por parte de las Administraciones está en los artículos 21 y 23 de la Ley 47/2003, de 26 diciembre, «General Presupuestaria», que por un lado afirma la exigibilidad de las obligaciones que resulten de la ejecución de sentencia judicial firme y, de otro, el privilegio de la inembargabilidad. Ambos están referidos a la Hacienda Pública estatal y reconducen la cuestión en términos concordantes con el 106 LJCA. En similares términos se pronuncian el art. 173 (Exigibilidad de las obligaciones, prerrogativas y limitación de los compromisos de gasto) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, «Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales» y las respectivas legislaciones autonómicas. *V. gr.*, el artículo 32 (Prerrogativas de la Hacienda Pública de Castilla-La Mancha) del Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre de 2002, «Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha».

Sin necesidad de dar un repaso exhaustivo a todas esas leyes, podemos aceptar que tales prerrogativas se circunscriben a las Administraciones Públicas y sus Haciendas, siendo además comunes a todas las jurisdicciones, mas no existe una disposición legal que las extienda al resto del sector público y, en

Como contrapunto, el mismo autor da cuenta de algunas resoluciones del Tribunal Supremo que se apartan de ese dogma de la especialidad presupuestaria y proceden al embargo de bienes no demaniales siguiendo lo previsto en el art. 1447 LEC, es decir, empezando por las cuentas abiertas en los bancos a nombre del Servicio Andaluz de Salud (Auto de 24-9-1999), entre otras.

particular, a las sociedades mercantiles, fundaciones y otras figuras que operan en régimen de Derecho Privado. Para éstas lo que prevén el art. 64 LGP y concordantes es que han de elaborar un presupuesto de explotación anual y un presupuesto de capital, para su integración en los presupuestos generales. Esto significa incluir sendas cifras en un anexo de la ley de presupuestos.

Se deduce de lo anterior que las sociedades públicas y demás entidades de derecho privado no pueden oponer a sus acreedores un privilegio general de inembargabilidad, lo cual sería ciertamente peligroso para el tráfico mercantil. Es más, la presente crisis económica ha propiciado que algunas sociedades públicas entren en insolvencia, iniciándose en su contra algún que otro concurso de acreedores en los juzgados de lo mercantil, según lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal¹⁶.

Debemos concluir que el juez contencioso-administrativo podrá conducir la ejecución de las condenas dinerarias contra entidades privadas acomodándose a las disposiciones de la LEC.

8. ¿PUEDE DECLARARSE DE IMPOSIBLE CUMPLIMIENTO?

Una sentencia condenatoria de haber puede resultar de imposible cumplimiento porque el deudor resulte insolvente, una eventualidad nada infrecuente en el mundo de los negocios privados y que bien podría ocurrir en un escenario como el que aquí estamos estudiando. Pero ello ocurrirá, en caso de incumplimiento voluntario después de haber intentado llevar a cabo la ejecución, el embargo y realización de los bienes de deudor.

Mas no es ese el supuesto típico al que se refieren las leyes procesales. De manera muy semejante el art. 105 LJCA y el art. 18 LOPJ proclaman el principio de intangibilidad de las sentencias, consagrado en los arts. 24.1 y 17.3 CE y sus excepciones. Según dichos preceptos, las resoluciones judiciales deben ejecutarse en sus propios términos y solo pueden dejarse sin efecto en virtud de los recursos legalmente previstos; regulando a continuación los supuestos de imposibilidad material o legal y de expropiación de los derechos reconocidos en las mismas. Su aplicación conduce a que el tribunal sustituya la materialización de lo establecido en la sentencia por la fijación de una in-

¹⁶ Como explica el abogado de la Generalitat Valenciana Carlos Muñoz Gil (2012), estas sociedades no estarían afectadas por la prohibición del art. 1.3 LC, que únicamente excluye a la entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. El autor es contrario a imputar una responsabilidad concurrente a la Administración matriz, en virtud del principio de personalidad jurídica propia de las sociedades, salvo por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y si se prueba que hubo abuso o fraude.

demnización económica. Por lo cual, el final de este recorrido conduce al punto de partida.

En realidad, como señala Francisco Javier Junceda Moreno, la vía para alterar lo juzgado cuando se trata de que la Administración ha sido condenada a entregar una suma de dinero tiene su propia disciplina en el art. 106.4 LJCA, en cuya virtud podría llegarse a un fraccionamiento del pago como forma menos gravosa de cumplimiento¹⁷.

Pero, siguiendo a este autor en el examen en detalle de los requisitos que pone este precepto, a la luz de la jurisprudencia restrictiva que los interpreta, debemos descartar que esta previsión sea aplicable a entidades privadas. Para empezar, la iniciativa solo corresponde a la Administración, que además de alegar ha de probar de modo convincente un trastorno grave a su Hacienda Pública, como pudiera ser desatender servicios esenciales a su cargo. Esto es crucial, pues por definición toda salida de dinero es inconveniente. En ese sentido, no basta alegar la falta de disponibilidad presupuestaria, dado el carácter ampliable por ley del crédito presupuestario destinado al pago de estas obligaciones. Los tribunales tampoco ven de recibo que la Administración pretenda solucionar sus problemas de liquidez a costa de los acreedores, siendo las condenas económicas reparables por definición, por más que su cumplimiento pueda ser dificultoso.

En todo caso, si oída la parte ejecutante, el juez aprobase lo pedido por la Administración, ello conlleva la exigencia de los intereses legales incrementados en dos puntos (que es lo previsto por el art. 106.3 LJCA para la falta de diligencia en el cumplimiento de las sentencias de haber), pues la menor onerosidad para la Hacienda Pública no puede suponer un agravamiento para el acreedor.

Como vemos este conjunto de premisas no son predicables de las entidades privadas, cuya hacienda no puede confundirse con la pública. Concluimos una vez más que no resulta practicable una aplicación extensiva de unas prerrogativas concebidas en atención a la peculiar posición jurídica de la Administración cuando estamos en un marco de relaciones entre particulares. Sencillamente no vemos sentido a que el juez tenga que bendecir, sin mandato legal, una forma de cumplimiento menos gravosa para una entidad privada, en perjuicio de otra de igual naturaleza, por el mero hecho de que la primera formase parte de un litisconsorcio pasivo junto con una Administración.

¹⁷ F. J. Junceda Moreno (2012).

9. EJECUCIÓN PROVISIONAL

Para concluir este repaso, diremos muy brevemente que las ejecuciones provisionales de las sentencias no firmes condenatorias al pago de haber contra privados tendrían que conducirse por el incidente prevenido en los arts. 84 y 91 LJCA para el recurso de apelación y para el recurso de casación respectivamente, en lugar de los arts. 524 y ss. LEC; sin perjuicio de echar mano de su aplicación supletoria cuando proceda.

10. CONCLUSIONES

En esa comunicación hemos tratado de analizar la forma de llevar a cabo la ejecución de sentencias condenatorias de haber contra entidades privadas que hubieran intervenido en un litisconsorcio pasivo ante la Jurisdicción. Se trata de un supuesto que puede darse en numerosos escenarios, tales como la responsabilidad contractual y la extracontractual, pero que no ha sido tratado en la extensa literatura jurídica dedicada al ineficaz sistema de ejecución de sentencias contra la Administración.

Nuestra tesis es que de esa ejecución debe conocer el mismo juez contencioso-administrativo que conoció del caso en primera o única instancia. E instruirlo a través del incidente previsto en el Título IV, capítulo IV de la LJCA; sin necesidad de iniciar un proceso ejecutivo ante el juez civil. En la práctica, ambos son equivalentes y pueden servir al mismo propósito.

Y, en todo caso, la aplicación supletoria de la LEC debería servir, a la luz de las circunstancias del caso, para cubrir cualquier vacío normativo que pueda aparecer durante la ejecución, como de hecho ha venido aplicándose por parte de los Tribunales cuando es indispensable, aunque la ejecutada sea una Administración.

Ello es necesario pues lo previsto al respecto en la LJCA son en su mayor parte prerrogativas y deferencias para la Administración, concebidas en tanto que poder público (intereses, inembargabilidad, expropiación de derechos reconocidos en sentencia, etc.). En nuestra opinión estos privilegios procesales no pueden ser aplicados para favorecer a entidades de Derecho privado. Ello incluye a aquellas sociedades anónimas, fundaciones y demás entes instrumentales del sector público dotados de personalidad de Derecho Privado. Si su constitución obedeció precisamente al fin de obtener un estatuto que les librase de las ineficiencias para la gestión que ocasiona el Derecho Público (la famosa huida del Derecho Administrativo), carece de sentido que puedan prevalecerse de las ventajas procesales otorgadas a sujetos de Derecho Público.

Esta lectura bebe obviamente en la propuesta conceptual del profesor Luis Ortega, para quien la teoría estatutaria del Derecho Administrativo es la que

permite acotar subjetivamente los privilegios inherentes a las Administraciones Públicas, evitando una extensión anticonstitucional de los mismos¹⁸.

11. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Baño León, J. M. (2016): «La eficacia de las sentencias contra la administración o la claudicación del estado de derecho», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 177, pp. 85-102.
- Bassols Coma, M. (1987): «La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública en jurisdicciones distintas a la contencioso-administrativa», *Documentación administrativa*, n.º 209, 1987, pp. 47-88
- Beltrán de Felipe, M. (1995): *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, Madrid, Civitas.
- Cano Mata, A. (1984): «Ejecución judicial de sentencias contencioso-administrativas: el embargo a la Administración como manifestación del principio de tutela judicial efectiva», *Revista de Administración Pública*, n.º 103, pp. 17-46
- Chinchilla Marín, C. (2017): «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?», *Revista de Administración Pública*, n.º 203, pp. 17 a 56.
- De Blas Galbete, A. (2012): «El embargo de dinero de las Administraciones Públicas», *Diario La Ley*, n.º 7861, 18 mayo 2012.
- Fernández Rodríguez, T.-R. (1977): «De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Revista de Administración Pública*, n.º 84, pp. 263-278.
- Fuertes Gómez, M. (2018): «Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas», *Revista de Administración Pública*, n.º 206, pp. 67 a 97.

¹⁸ L. Ortega Álvarez (1986, 74-75). Esta definición del Derecho Administrativo puede entenderse reforzada tras la Constitución. Si por un lado es el mandato constitucional de actuación en el seno de la sociedad, para su continua transformación en beneficio de la libertad e igualdad, lo que justifica la existencia de un derecho exorbitante del Derecho común como es el Derecho Administrativo (dominio público, responsabilidad objetiva, ejecutoriedad...); por otro, la posición constitucional del individuo frente al poder público exige un acotamiento de la supremacía, que impida aplicaciones extensivas o analógicas de las reglas exorbitantes, lo que se logra satisfactoriamente mediante un instrumento delimitador como el de la personificación. De este modo, el Derecho Administrativo podría definirse como «aquel sector del ordenamiento derivado caracterizado por sus técnicas de exorbitación del Derecho común en beneficio de aquellas personas jurídico públicas constituidas por las Administraciones Públicas en cuanto están directamente llamadas por el ordenamiento constitucional a intervenir en la sociedad para servir con objetividad los intereses generales reclamados por los principios del Estado social y democrático de Derecho que preside la Constitución».

- Garberí Llobregat, J. (2007): *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2 tomos, Thomson-Civitas.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (1986): «Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 52, pp. 485-508.
- Junceda Moreno, F. J. (2012): «La ejecución de sentencias de contenido dinerario en el orden contencioso-administrativo y el régimen de estabilidad presupuestaria», *Revista CEF Legal*, n.º 141, pp. 131-160.
- Martín Delgado, I. (2005): *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*, Marcial Pons, Madrid.
- Muñoz Gil, C. (2012): «Sociedades públicas: insolvencia y responsabilidades», <www-diariolaley.es>, n.º 7877.
- Ortega Alvarez, L. (2001): «La ejecución de sentencias», en J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (coords.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, pp. 499-528.
- (1989): *La concepción subjetiva del derecho administrativo tras la Constitución española de 1978*, Ed. Bomarzo, Albacete.
- Parra Madrid, A. (2013): «La sociedad anónima pública», en Jiménez Sánchez y Díaz Moreno (coords.), *Derecho Mercantil. Vol. 3. Las sociedades mercantiles*, Marcial Pons, pp. 931 y ss.
- Pera Verdager, F. (1987): «La ejecución de sentencias contencioso-administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Documentación administrativa*, n.º 209, pp. 119-146.
- Requero Ibáñez, J. L. (2000): «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, como supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Principales cuestiones que suscita», *Actualidad Administrativa*, n.º 22, pp. 677 a 713.
- (2005), «Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Cuadernos de Derecho Local*, pp. 33-49.
- Sosa Wagner, F. y Quintana López, T. (1987): *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, *Documentación Administrativa*, n.º 209, pp. 17-46.

MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Eduardo Gamero Casado¹

SUMARIO: 1. Introducción. Mediación, pero no para todo. 2. Rasgos específicos de la mediación intrajudicial contencioso-administrativa. Ventajas e inconvenientes respecto a la vía administrativa. 3. La mediación contencioso-administrativa en la «Guía para la práctica de la mediación intrajudicial» del CGPJ. A) Descripción del modelo de mediación. B) Asuntos mediables.. 4. Experiencias piloto. A) Las Palmas de Gran Canaria. B) Murcia. C) Madrid. 5. Consideraciones finales y propuestas. 6. Bibliografía.

RESUMEN: La mediación sigue incrementado intensamente su implantación en el ámbito jurisdiccional para asuntos civiles, mercantiles e incluso penales, pero no así en el contencioso-administrativo. Esta comunicación destaca las ventajas e inconvenientes que presenta para arraigar en sede intrajudicial respecto a la vía administrativa, expone la *Guía para la mediación intrajudicial contencioso-administrativa* que ha elaborado el CGPJ, describe algunas experiencias piloto de su aplicación (Las Palmas, Murcia y Madrid), y ofrece algunas propuestas para potenciar su implantación y rendimiento.

PALABRAS-CLAVE: mediación intrajudicial, resolución alternativa de conflictos, contencioso-administrativo.

¹ ORCID 0000-0002-6734-8672. Esta comunicación se enmarca en el proyecto de investigación DER2017-87955-P, «El ejercicio de potestades administrativas como criterio de aplicación del Derecho administrativo» concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ABSTRACT: Mediation is strongly improving in judicial civil, commercial, and even criminal matters, but not in Contentious-administrative Courts. This paper spotlight the pros and cons of intra-judicial mediation in regard to mediation as alternative to administrative procedure; it also discuss the Guide of Intra-judicial Mediation in Administrative Courts published by the General Council of the Judiciary, describes some pilot experiments of implementation (Las Palmas, Murcia and Madrid), and set out some proposals to improve its performance and outcomes.

KEYWORDS: intra-judicial mediation, ADR, contentious-administrative courts.

1. INTRODUCCIÓN. MEDIACIÓN, PERO NO PARA TODO

La mediación es un excelente medio alternativo de resolución de conflictos (*ADR*, por *Alternative Dispute Resolution*), pero no vale para todo. Por sus rasgos característicos, hay asuntos especialmente indicados para resolverse por este cauce y otros en los que no serviría para nada en absoluto.

Dado que el término mediación presenta cierta polisemia en función de su contexto, sintetizo muy esquemáticamente los rasgos que en este trabajo se le entienden característicos:

- Carácter autocompositivo: las propias partes buscan el acuerdo (aunque asistidas por un mediador). En cambio, en los métodos heterocompositivos (como el arbitraje) las partes se someten a los designios de un tercero (cuya autoridad aceptan), quien emite una posición vinculante para las partes en conflicto.
- Las partes conservan en todo momento el dominio del proceso, que pueden abandonar libremente.
- El mediador es un tercero imparcial (neutral), vinculado en todo momento (durante y después del proceso) por un deber de confidencialidad, y carente de poderes coactivos o de fuerza de obligar. Al mismo tiempo, debe ser alguien respetado por las partes, que le aceptan o suponen una cierta autoridad moral (*auctoritas*) y confían en su desempeño. Actúa como posibilitador o catalizador del acuerdo entre las partes. En función de cómo se haya configurado su figura, puede llegar a ser notario o fedatario del acuerdo, dejando constancia formal del mismo para acreditar fehacientemente su contenido y que las partes, llegado el caso, puedan hacerlo valer. También puede ser garante de su cumplimiento.
- Caso de fracaso del procedimiento (sin acuerdo), el mediador no puede asumir la resolución del conflicto ni en Derecho ni en equidad, pues se

desnaturalizaría tanto la fase de mediación, como la sucesiva (resolución unilateral), al disponer el mediador de cierta información que las partes seguramente no hubieran suministrado en un procedimiento heterocompositivo.

- Aun cuando la mediación presenta estos caracteres homogéneos que la deslindan de otras figuras, también acoge en su seno una amplia variedad de procedimientos, cuya estructura se puede adaptar a la naturaleza del conflicto o a los deseos y necesidades de las partes.

Desde hace años se vive una gran eclosión de la mediación en todos los ámbitos, y desde nuestra disciplina se la ha estudiado especialmente como procedimiento alternativo a los recursos administrativos². En cambio, la mediación intrajudicial contencioso-administrativa ha atraído más bien el interés de la doctrina procesalista³ y de otros operadores jurídicos, debiendo destacarse el impulso que recibe desde la propia Magistratura⁴, la Administración de Justicia⁵ y el Poder Judicial⁶.

En este trabajo comentaremos sus coordenadas, dejando claramente sentado, a diferencia de lo que pudiera parecer a primera vista, que este medio de resolución de conflictos no supone una manera de reducir el volumen de litigiosidad en la jurisdicción contencioso-administrativa: al ser intrajudicial, va de suyo que no representa una minoración del número de asuntos, pero además, la tramitación de la mediación no exime completamente de tareas al órgano judicial, quien debe, en primer lugar, impulsar el procedimiento, y después, homologar el acuerdo (o retomar el pleito cuando no se alcanza alguno), lo que conlleva indudablemente cierta carga de trabajo. La mediación intrajudicial debe por tanto ser vista (y configurada) como un medio para resolver los conflictos de *mejor* manera que la resolución judicial, al articularse mediante un acuerdo entre las partes que garantiza el fin del conflicto (solución ganar-ganar) y facilita la ejecución de los acuerdos. En ese sentido sí es cabe reconocer que reduce la conflictividad, por cuanto que la sentencia puede cerrar el conflicto

² Así, entre otros, A. Pérez Moreno (2000: 37 y ss.), A. Masucci (2009: 9 y ss.), B. Belando Garínz (2012: 425 y ss.), A. Cerrillo Martínez y C. Velasco Rico, Clara (2016: 574 y ss.) y E. Gamero Casado, Eduardo (2006: 339 y ss.).

³ Véanse especialmente F. Martín Diz (2018: 378 y ss.).

⁴ Además de la participación de Magistrados en diferentes foros y experiencias, puede destacarse también el trabajo de M. C. García Vicario (2013: 1 y ss.). Por otra parte, existe un Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación que impulsa diferentes actuaciones y dispone de una web: <<https://mediacionesjusticia.com>>.

⁵ Particularmente destacable es el caso de la Letrada de la Administración de Justicia M. Avilés Navarro, María (2014), Tesis doctoral defendida en la Universidad Carlos III de Madrid.

⁶ El CGPJ viene emprendiendo diversas actuaciones en materia de mediación, que pueden conocerse en su web, accesible en <<http://www.poderjudicial.es>> (dentro de la pestaña «Temas»).

de manera fallida o insuficiente, haciéndolo susceptible de rebrotar con nuevos episodios posteriores, o resultando incapaz de resolverlo de manera efectiva por dificultades en la ejecución del fallo.

2. RASGOS ESPECÍFICOS DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. VENTAJAS E INCONVENIENTES RESPECTO A LA VÍA ADMINISTRATIVA

Para que la mediación funcione, debe adaptarse a las circunstancias propias y contextuales del conflicto. En nuestro objeto de interés se dan las siguientes:

- El interés de las partes, toda vez que una de ellas no se mueve por el suyo propio, sino por razones de orden público y en satisfacción del interés general. Su margen de disposición es menor. Este aspecto se encuentra muy trabajado en nuestra tradición jurídica. Baste decir ahora que la mediación cabe únicamente en ámbitos de discrecionalidad o margen de apreciación, lo cual no es un campo minúsculo ni mucho menos. Volveremos sobre ello en el apartado siguiente.
- La complejidad de la materia: el hecho de que se trate del Derecho administrativo, disciplina en la que es menor la disponibilidad de especialistas respecto a otras ramas como el Derecho civil. A esta cuestión nos dedicaremos al final del trabajo.
- El ámbito en que se despliega la técnica, que es concretamente el intrajudicial.

En relación con esto último, la mediación intrajudicial presenta una indudable ventaja frente a la vía administrativa, pues en esta última, articulada como forma de terminación convencional del procedimiento, la Administración juega con ventaja, toda vez que, de no alcanzarse un acuerdo, recobra un poder decisorio pleno mediante una resolución unilateral que imponga su propio criterio. En la vía administrativa la Administración sigue señoreando el procedimiento, lo cual no estimula su proactividad, ni le incitará a alcanzar acuerdos que supongan renuncias o retrocesos respecto de sus posiciones iniciales en el asunto. Para que la implantación de la mediación prospere se requiere un cambio de mentalidad en los gestores públicos, abriéndose empáticamente a las posiciones de la ciudadanía para buscar soluciones compartidas por todos, que permitan conciliar el interés general con los derechos individuales.

Por el contrario, alcanzada la fase judicial, el conflicto se mueve ya en un cauce heterocompositivo, cuyo resultado puede ser incierto y de consecuencias desfavorables (para el interés general, se entiende). En esa tesitura, su pase a mediación supone recobrar hasta cierto punto el destino del conflicto, inten-

tando alcanzar la mejor solución posible para el interés general dentro del margen de apreciación o tolerancia que admita el asunto. Se trata de un argumento de peso que puede propiciar la mediación en asuntos especialmente complejos y en los que la ejecución del fallo sea particularmente difícil.

El principal escollo que encuentra la mediación intrajudicial administrativa es el sobrecoste que puede representar a las partes, y especialmente al ciudadano: además de los honorarios profesionales de su letrado, será normalmente necesario abonar los gastos de la mediación. Si la tarifa es baja, será difícil disponer de profesionales cualificados para mediar; si la tarifa es elevada, puede resultar disuasorio para las partes iniciar el procedimiento, toda vez que puede concluir en fracaso al tener que aceptarse el acuerdo necesariamente por ambas partes. Además, existen otros problemas menos obstativos, como la necesidad de formar adecuadamente a los jueces y magistrados para que impulsen la mediación cuando proceda, o vencer la atávica inercia de la Administración a *sostenella y no enmendalla*, procurando a toda costa preservar la actuación impugnada con una percepción (a mi juicio) distorsionada de lo que es la salvaguardia del interés general.

3. LA MEDIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN LA «GUÍA PARA LA PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL» DEL CGPJ

El compromiso del CGPJ en el impulso de la mediación se ha traducido en diversas actuaciones, pero descuella especialmente la *Guía* de referencia, disponible en su web⁷, y articulada en 5 protocolos para la mediación en diferentes ámbitos jurisdiccionales: uno de ellos es el contencioso-administrativo. El documento, cuya primera versión data de 2013 (la actual es de 2016), es de apreciable calidad técnica, y a su amparo se están implantando las experiencias piloto de mediación que comentaremos más tarde. Veamos ahora el diseño del modelo.

⁷ Como ya se ha dicho, en la pestaña «Temas» de la página de inicio de la web del CGPJ, accesible en <<http://www.poderjudicial.es>>. Los autores del «Protocolo de mediación contencioso-administrativa» (pp. 165 y ss.) son Gerardo Carballo Martínez (asesor del Defensor del Pueblo), Esperanza Ramírez Eugenio (Magistrada del Juzgado n.º 2 de Las Palmas), Jesús Miguel Escanilla Pallas (Magistrado del TSJ de La Rioja) y Yeray Alvarado García (abogado canario).

A) DESCRIPCIÓN DEL MODELO DE MEDIACIÓN

El modelo de mediación se articula mediante el art.77 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), que permite al juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción, y en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. El art.113 LJCA equipara la fuerza ejecutiva de este acuerdo a la de la sentencia, pudiendo requerir las partes su ejecución forzosa en vía judicial. Este marco normativo resulta un tanto forzado, pero es el único camino que brinda el marco normativo vigente para articular la mediación intrajudicial.

El modelo se sustenta en una concepción que pretende «abandonar la Justicia decisionista y pasar a la Justicia reparadora, para minimizar los impactos negativos de tiempo, coste económico y costes emocionales que los enfrentamientos judiciales producen en los ciudadanos y para agilizar el crédito retenido en las largas contiendas judiciales» (p. 172).

Plantea dos alternativas para implantar los servicios de mediación: *a)* Una unidad judicial que tenga a su frente un Letrado de la Administración de Justicia (en lo sucesivo, LAJ) o Gestor con experiencia y conocimientos en mediación (es el caso de las experiencias de Murcia y Madrid), o bien *b)* Un listado o panel de mediadores, con formación y experiencia, a disposición del órgano judicial (modelo implantado en Las Palmas).

La mediación puede sustanciarse en cualquier fase de la primera instancia, ya sea para resolver la controversia de fondo, ya los incidentes, incluso la ejecución de sentencia. El inicio de la mediación, una vez instada por el juez o magistrado y aceptada por las partes, suspende el proceso, levantándose la suspensión cuando el mediador comunique el acuerdo o bien la imposibilidad de alcanzarlo, continuando el proceso con el trámite que corresponda.

Además de recordar la conducta esperable de las partes (buena fe, confianza legítima, respeto mutuo, proactividad con el mediador, etc.; su incumplimiento podría determinar la imposición de las costas, p. 178), el protocolo señala que a la mediación han de acudir concretamente las partes interesadas de manera personal, pero admite que lo hagan acompañadas o representadas por abogados o asesores, y en el caso de la Administración, por técnicos que hayan tenido intervención principal en el objeto del proceso (p. 176).

El procedimiento se describe con gran flexibilidad. El Juez, con la colaboración de los LAJ, seleccionará las controversias susceptibles de mediación, dentro de las materias que más adelante se exponen; las partes también pueden instarlo en cualquier fase del procedimiento. El LAJ adoptará las medidas técnico-procesales de impulso del procedimiento.

El acta final, elaborada por el mediador, determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa, debiendo firmarse por todas las partes (p. 179). Si lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo del interés público, el juez dictará auto declarando terminado el procedimiento (homologación del acuerdo⁸); dicho auto se ejecutará con forme a los arts.103 y ss. LJCA (p. 179). El acuerdo puede versar sobre una parte o la totalidad de las materias sometidas a mediación, y afectar asimismo total o parcialmente al objeto del proceso; en tal caso, el juez dictará la sentencia que corresponda sobre los aspectos en que no se haya alcanzado acuerdo (p. 180). El acuerdo deberá ser autorizado por la autoridad competente cuando afecte directamente a bienes y derechos de la Hacienda pública, salvo que se trate de reclamaciones de cantidad, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración, o a las materias así previstas en la Ley⁹ (p. 181).

El protocolo regula otros oportunos detalles en los que no podemos detenernos por las limitaciones propias de este trabajo. Dispone, además, de unos útiles anexos que auxilian la labor de los operadores: el III, p. ej., ofrece un cribado o *check-list* (28 *items*) de las cuestiones que se tiene que preguntar el Juez para decidir si un asunto es mediable o no y le ayudan a decidir si lo propone a las partes; el Anexo V contiene formularios: modelo de providencia de propuesta de derivación a las partes del pleito a mediación, modelo de auto de homologación de mediación judicial; ficha de derivación; encuesta de satisfacción; etc.

B) ASUNTOS MEDIABLES.

El protocolo afronta la cuestión aplicando dos criterios acumulados para determinar si un asunto es apto para la mediación:

- *En cuanto a su ámbito formal*, considera mediables *a)* Los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite la transacción; *b)* Los supuestos en que el ordenamiento jurídico admite la terminación convencional del procedimiento administrativo; *c)* Los supuestos para los cuales el ordenamiento jurídico prevea procedimientos compositivos impugnatorios y sustitutivos de la vía del recurso administrativo; *d)* El ejercicio de potes-

⁸ El Auto del Tribunal supremo de 23 de noviembre de 2001 (rec.2196/2000), estableció que, en la transacción judicial regulada en el art. 77 LRJCA, el convenio alcanzado por los litigantes debe ser homologado por el órgano jurisdiccional.

⁹ El protocolo también exime de autorización los acuerdos cuya cuantía no rebase el límite de la casacional; habiendo desaparecido la cuantía casacional tras la Ley Orgánica 7/2015, esta previsión carece de utilidad actualmente.

tades discrecionales de la Administración; y e) La fijación de hechos controvertidos en las potestades regladas, o que son presupuesto de aplicación de normas jurídicas.

- *En cuanto a su ámbito material*, cabrá someter a mediación los asuntos que presenten los presupuestos formales anteriores, siempre que versen sobre las siguientes materias: a) Fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates; b) Determinación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. Contratos de Derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones; c) Legislación urbanística, medio ambiente y ordenación del territorio, así como la concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación; d) Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; e) Inactividad de la Administración, la vía de hecho y el silencio administrativo; f) Ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración; g) Ejecución de sentencias; h) Otras que se establezcan en normas legales o sean acordadas por el Juez competente; i) Función pública, *mobbing* o acoso laboral.

La determinación del ámbito de la mediación es, indudablemente, la cuestión más controvertida de todas¹⁰. Sin cabida en esta aportación para dedicarle a la cuestión el espacio que merece, diré tan sólo que la segunda de las acotaciones anteriores no debería ser excluyente, sino en todo caso indicativa, de las materias que mejor se prestan a la mediación, pero sin impedir que puedan mediar otros asuntos que reúnan los presupuestos formales y versen sobre materias distintas de las indicadas. Existen, en efecto, otros ámbitos materiales que también se presentan idóneos para mediar, como el contencioso interadministrativo (conflictos entre Administraciones), el uso de los bienes públicos, la inactividad de la Administración, o decisiones en sectores regulados, y que, conducidos por un mediador capaz y bien formado, pueden ser muy adecuadamente resueltos.

También debería admitirse la mediación de manera más explícita en la discrecionalidad administrativa técnica, que tan solo es *discrecionalidad* en sentido impropio, y por tanto, queda dudosamente encuadrada en la relación de materias mediables. En efecto, las valoraciones de carácter técnico disfrutan de un margen de interpretación que da cabida a la mediación. Por ejemplo, en instrumentos de control ambiental es posible que los técnicos de ambas partes (la Administración y el promotor) cambien impresiones, de tal manera que, si hay una calificación ambiental desfavorable, analicen las eventuales medidas correctoras en un diálogo articulado por un mediador, buscando una solución que, sin desatender el interés general, desbloquee el conflicto. Lo mismo cabe

¹⁰ Véanse otras aproximaciones al problema en F. Martín Diz (2018: 269 y ss.); M. Avilés Navarro (2014: 298 y ss.); M. C. García Vicario (2013: 17 y ss.).

decir en tantos otros ámbitos, como la clasificación en categorías de los establecimientos turísticos, la concreción de estándares urbanísticos, etc. Frente a la rigidez de un proceso en el que la Administración toma una decisión unilateral y el juez se limita a verificar su ajuste a Derecho, dándose siempre un ganador y un perdedor, con la mediación pueden desbloquearse proyectos e iniciativas que entrañan en sí mismos un interés general en su realización, preservando al propio tiempo el interés público subyacente atendido por la norma: el margen de interpretación permite a menudo acordar entre las partes una fórmula que no es la inicialmente propuesta por el ciudadano, ni tampoco la subsiguientemente adoptada por la Administración, sino una *tercera vía* que permite conciliar todos los intereses en presencia, articulando una solución ganar-ganar.

Los ejemplos prácticos de aplicación de la mediación que están llevándose a cabo actualmente con mayor intensidad tienen que ver con determinaciones de cuantía de cualquier clase (en liquidaciones de contratos administrativos, en reintegros de subvenciones, en expedientes de responsabilidad patrimonial), tanto para determinar las cifras, como, eventualmente, los calendarios de pago. Son supuestos menos complejos de gestionar, y representan un ámbito interesante y a potenciar. Pero a mi juicio, donde la mediación puede prestar un servicio más profundo es resolviendo y desatascando los graves conflictos de intereses que se suscitan en proyectos e iniciativas complejas, que pueden irse al traste por detalles menores y dar lugar después a conflictos aún más graves. El planeamiento urbanístico, los proyectos industriales o las explotaciones mineras, son, entre otros, exponentes de esta potencialidad. No es infrecuente que se atasquen por matices, y la mediación es un cauce idóneo para resolver el conflicto con una posterior homologación judicial que revalide la solución.

4. EXPERIENCIAS PILOTO

A) LAS PALMAS DE GRAN CANARIA¹¹

En Las Palmas de Gran Canaria se implantó en 2013 una experiencia piloto en los Juzgados de lo contencioso-administrativo 2 y 3, en virtud de un convenio suscrito por la Fundación Valsain, el Ayuntamiento de Las Palmas, el Colegio de Abogados, el Gobierno de Canarias y el CGPJ.

Del total de asuntos tramitados por estos juzgados, tan sólo unos veinte al año se consideran susceptibles de mediación. Las partes aceptan iniciar la mediación en aproximadamente cinco de ellos, y acaban en acuerdo del orden

¹¹ Agradezco la información facilitada por D.^a Esperanza Ramírez Eugenio, Magistrada titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Las Palmas.

de dos o tres asuntos al año. Como se aprecia, no son cifras apabullantes ni mucho menos. Pero demuestran que la figura puede funcionar y que seguramente su rendimiento mejore con los ajustes necesarios. En particular, funciona con los Ayuntamientos y el Cabildo, en tanto que la Comunidad Autónoma y la Administración del Estado no participan en mediaciones.

Una vez presentado el recurso, las Magistradas titulares de estos Juzgados analizan si se prestan a la mediación. Caso afirmativo, citan a las partes al Juzgado para exponer el procedimiento y los motivos por los que el asunto es idóneo para mediar; este trámite es mucho más efectivo y estimulante que el mero envío de una fría providencia, si bien, como es obvio, supone una carga para el órgano judicial. Caso de que las partes acepten, se les presenta una lista de mediadores, facilitada por el Colegio de Abogados; en un principio había más, pero en este momento sólo cuentan con dos especialistas en Derecho administrativo, ambos personas de gran reputación, que desempeñaron puestos de responsabilidad y actualmente se encuentran retirados. La retribución que percibe el mediador es de 200 euros por procedimiento, con independencia de su duración o complejidad: se comprende que la cifra no retribuye dignamente la delicada labor de mediador, y que estas personas la asumen por razones más vocacionales que crematísticas.

B) MURCIA¹²

En el marco de la Orden JUS/1721/2014, de 18 de septiembre, por la que se amplía la Oficina Judicial de Murcia, se articula la creación de la Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia¹³. Se encuadra en el Servicio Común Procesal de Ordenación del Procedimiento, coordinando los asuntos que se deriven a mediación intrajudicial por cualquier órgano del partido judicial, sea cual sea su orden jurisdiccional. Cualquier Juzgado o Sala de lo contencioso-administrativo que detecte un asunto mediable conforme al Protocolo, puede derivarlo a la UMIM, donde se ocuparán de impulsar todo el procedimiento, dando finalmente traslado al órgano judicial del ata de mediación.

¹² Agradezco la información facilitada por la UMIM, y especialmente por D.^a Carmen Marín, Letrada de la Administración de Justicia que se encuentra al frente de dicha Unidad.

¹³ Sobre esta Unidad puede verse A. Orenes Herrero (2017). El trabajo no llega a abordar la mediación en el ámbito contencioso-administrativo, pero describe los rasgos estructurales de la Unidad y su funcionamiento en otros ámbitos como el Derecho de familia.

Su puesta en marcha data de 2016, y desde esa fecha los resultados en el contencioso-administrativo son los siguientes:

Año	Asuntos derivados a mediación	Iniciaron mediación	Acabaron con acuerdo	Sin acuerdo
2016	8	5	3	2
2017	19	6	2	4
2018	11	3	2	1 (pte.)

La lista de mediadores se conformó mediante una bolsa que convocó la UMIM. En materia contencioso-administrativa se dispone actualmente de 12 mediadores, todos ellos de extracción jurídica: abogados, procuradores y magistrados excedentes. Se designan dos mediadores para cada asunto. De momento, ninguno de ellos cobra por su labor, que desempeñan de manera completamente altruista, y recibiendo un reconocimiento institucional testimonial (diploma acreditativo).

C) MADRID

En la Comunidad de Madrid está arrancando una experiencia piloto que, de momento, cuenta con el instrumento de articulación, una iniciativa que parte de la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo y de la Secretaría de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (contando en su redacción con la colaboración de la Unidad de Mediación del CGPJ), que ha sido trasladado en noviembre de 2018 al Ministerio de Justicia, y con el que se pretende poner en marcha el convenio suscrito el 20 de junio de 2017 entre el CGPJ y el Colegio de Abogados de Madrid.

El modelo que plantea es crear una unidad (funcional, no orgánica) de mediación, integrada en los servicios comunes procesales que facilite la mediación intrajudicial. El documento detalla las materias mediables, en un elenco que no coincide linealmente con el protocolo del CGPJ¹⁴, y describe con pormenor las fases del procedimiento de mediación (sesión informativa, sesión constitutiva, desarrollo de sesiones de mediación...). El Protocolo se declara en su último apartado como un instrumento abierto y dinámico, que se irá

¹⁴ P. ej., menciona expresamente «los asuntos en que deban concretarse conceptos jurídicos indeterminados o se actúe en ejercicio de funciones administrativas caracterizadas por la *discrecionalidad técnica*», materia no reflejada *expressis verbis* en la *Guía* del CGPJ.

depurando y mejorando con la experiencia, sometiéndose las nuevas versiones a la aprobación de la Sala de Gobierno y del CGPJ.

Esta experiencia piloto todavía no ha comenzado a rodar y por tanto carecemos de datos respecto de su rendimiento efectivo.

5. CONSIDERACIONES FINALES Y PROPUESTAS

El Protocolo para la mediación intrajudicial contencioso-administrativa es un documento de indudable calidad técnica que representa un excelente punto de partida para explorar las posibilidades de la mediación en este ámbito jurisdiccional, evaluar su desenvolvimiento, y adoptar las determinaciones precisas para depurar el modelo a la luz de la experiencia. Debe acogerse con receptividad y estimular su implantación. Exige la formación e información de todos los agentes (tanto los operadores del sistema de justicia, como las partes), y un cambio de actitud en ciertas patologías del proceder administrativo (en términos generales, es deseable mayor proactividad).

La mediación no es ninguna panacea, ni todos los asuntos son mediables. Incluso tratándose de materias aptas para mediación, cabe que las circunstancias del caso la hagan impracticable. De ahí la utilidad del cribado previo de *ítems* orientativos antes de derivar un asunto a la mediación. Por lo demás, no representa un descenso de la conflictividad contenciosa o de la carga de trabajo.

Ahora bien, no cabe negar las virtudes del modelo y, sobre todo, el éxito que representa un acuerdo de mediación, no sólo para las partes, sino para la paz social y para el sistema de Justicia. Quienes hemos tenido la fortuna de desempeñarnos como mediadores, y hemos catalizado acuerdos en conflictos largamente enquistados o de difícil resolución en Derecho (siempre quedarían daños abiertos que ofrecen focos de conflictividad futura), también hemos podido comprobar la efectividad de este medio de resolución de conflictos, la manera tan profunda y auténtica en que pone fin a la controversia. En el Derecho administrativo, permite conciliar armónicamente el interés público subyacente con los derechos e intereses individuales, dentro del margen de discrecionalidad o tolerancia de que dispone la Administración, articulando unos cauces decisionales más participativos, que implican e interpelan a las partes, moviéndolas a buscar una solución compartida al conflicto.

Aunque sea pronto para evaluaciones, dado lo incipiente de las iniciativas, y aun acogiendo con aplauso, parece necesario advertir ya de un claro hándicap: los rasgos del modelo de mediación y su circuito de derivación no pueden ser iguales para todos los asuntos. A mi juicio, deberían articularse en, al menos dos tipologías diferentes:

- En los *asuntos de escasa cuantía y complejidad*, al recurrente no le compensará desembolsar un gran gasto en una fase de mediación cuyo resultado puede ser, además, incierto. En este caso, el modelo viable es la previa disposición de una lista de mediadores que cuenten con un mínimo de especialización en materia administrativa, y cuyos honorarios sean muy moderados. En estos casos sería deseable que, al menos en las primeras fases de implementación del modelo, la mediación no suponga un sobre coste para las partes, siendo abonados los honorarios mediante aportaciones externas: ya sea mediante la firma de convenios de colaboración con entidades que financien la experiencia (tal y como ha sucedido en alguna de las experiencias piloto expuestas), ya sea mediante asignaciones presupuestarias de la Administración pública de soporte a la Administración de Justicia (Comunidad Autónoma o Ministerio, según el caso).
- Por el contrario, para *asuntos complejos y de elevada cuantía económica*, se debería disponer de mayor libertad por las partes para designar al mediador, cuyos conocimientos en Derecho administrativo (y en mediación) han de ser profundos, y quien debe gozar de cierto prestigio o reputación que infunda confianza a las partes. La determinación de los honorarios profesionales podría hacerla el propio mediador, con aceptación de las partes, y que éstas se repartan la retribución, lo cual sería una importante evidencia de su compromiso y voluntad de alcanzar un acuerdo.

Por lo demás, en una eventual reforma de la LJCA debería aprovecharse para visibilizar más esta técnica, incorporando algunas previsiones normativas que articulen la inoculación de la mediación intrajudicial y sirvan de más sólido engarce que los actuales arts.77 y 113 LJCA. El marco actual resulta excesivamente vago y voluntarista, y el recurso a la mediación se vería sin duda reforzado si la ley jurisdiccional nominase directamente el procedimiento y ofreciera alguna pautas para ordenar su desarrollo. Esa previsión normativa expresa: *a)* Disiparía los reparos que puede recibir un modelo de mediación que adolece actualmente de un respaldo normativo tan débil; *b)* Permitiría difundir la existencia de esa posibilidad de resolución del conflicto entre los operadores jurídicos, estimulando a las partes a utilizarla, pues en la actualidad no es previsible que siquiera se les ocurra esa opción, que en cambio, cobra visibilidad una vez se regula expresamente; *c)* Haría posible que también los jueces y magistrados sean más proclives a invitar a las partes a resolver un litigio mediante mediación intrajudicial en el caso de que observen la viabilidad de esa vía cuando conozcan del asunto.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Avilés Navarro, M. (2014), «La mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo: evolución hacia una nueva realidad», Tesis doctoral defendida en la Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 450 pp. (accesible en el repositorio institucional de la Universidad).
- Belando Garín, B. (2012), «La mediación en el régimen disciplinario: la mediación escolar y la penitenciaria», *Revista de Administración Pública*, 189, pp. 425-463.
- Cerrillo Martínez, A. y Velasco Rico, C. (2016), «La mediación en la resolución de conflictos en materia de acceso a la información pública», en López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016)*, AEPDA-INAP, Madrid, pp. 574-584.
- Gamero Casado, E. (2006), «Apunte sobre la mediación como técnica para la resolución de conflictos en el empleo público», *Revista de Administración Pública*, 170, pp. 339-381.
- García Vicario, M.^a C. (2013), «La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29, pp. 1-27.
- Masucci, A. (2009), «El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa», *Revista de Administración Pública*, 178, pp. 9-35.
- Martín Diz, F. (2018), *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 378 pp.
- Orenes Herrero, Á. (2017), «La Unidad de Mediación Intrajudicial del Tribunal superior de Justicia de la Región de Murcia», trabajo de fin de máster disponible en el repositorio de la Universidad de Murcia, accesible en <<https://digitum.um.es>>.
- VV.AA. (2016), «Guía para la práctica de la mediación intrajudicial», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 200 pp. (accesible en la web del CGPJ).

¿ES EFICAZ EL ACTUAL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRENTE A LAS VÍAS DE HECHO?

José Antonio Tardío Pato

SUMARIO: I. La caracterización de los recursos contencioso-administrativos frente a las vías de hecho. II. La eficacia en la jurisdicción contencioso administrativa. III. ¿Puede considerarse eficaz, actualmente, el recurso contencioso-administrativo frente a las vías de hecho?. IV. Propuestas de reforma. V. Bibliografía.

RESUMEN: Análisis de la eficacia del recurso contencioso-administrativo frente a las denominadas vías de hecho, tal como está configurado actualmente por la legislación española y su jurisprudencia y propuestas de mejora.

PALABRAS CLAVE: vías de hecho, recurso contencioso-administrativo, eficacia de los recursos contencioso-administrativos.

ABSTRACT: Analysis of the effectiveness of the judicial appeal against the so-called administrative assault, as currently configured by both Spanish case law and statutory law as well as proposals for improvement.

KEYWORDS: administrative assault, judicial appeal, effectiveness of the judicial appeal.

I. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS FRENTE A LAS VÍAS DE HECHO

A) Desde el prisma procesal, no figura dicho recurso dentro de los procedimientos especiales del Título V de la vigente Ley 29/1998, pero sí que *se establecen especialidades* en relación con los recursos que tiene tal objeto: a) la previsión de un requerimiento previo a la Administración actuante, intimando el cese de la vía de hecho (art. 30); b) un plazo especial del recurso (en su art. 46.3); c) la previsión de la declaración de inadmisibilidad cuando, aun invocada la vía de hecho, sea «evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido» (art. 51.3); d) la previsión de un pronunciamiento de la sentencia característico de las impugnaciones de las vías de hecho, como es la disposición de la cesación o modificación de la actuación impugnada (art. 71.1 letra a), vinculado a la previsión del referido art. 30, que contempla el mencionado requerimiento intimando la cesación; pero que no excluye otros pronunciamientos, como prevé el art. 32.2 (que dispone que «si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que *se declare contraria a Derecho*, que se ordene el *cese de dicha actuación* y que *se adopten, en su caso, las demás previstas en el art. 31.2*») y el propio art. 31.2 (en el que se permite solicitar la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada, entre ellas la *indemnización de daños y perjuicios* cuando proceda)¹; y e) notas específicas en relación con las posibles medidas cautelares a adoptar en estos casos (art. 136).

Si no se contempla como un recurso especial del Capítulo V y tan sólo se prevén ciertas especialidades, ello no puede utilizarse —a nuestro entender— para imponer por vía jurisprudencial restricciones en cuanto a las posibles pretensiones a formular, teniendo en cuenta que las normas han de interpretarse en el sentido más favorable a un derecho fundamental, en general, y al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en particular.

B) Desde el punto de vista sustantivo, se ha resaltado que la Ley 29/1998 no ofrece una noción precisa de lo que es vía de hecho y que las únicas referencias en dicha Ley a los supuestos que encuadra son las que indican que nos encontramos ante *actuaciones materiales* (art. 25.2); que tales *actuaciones carecen de la necesaria cobertura jurídica* (Epígrafe V, párrafo 5, de su Ex-

¹ Así lo invoca la STS de 29/5/2015 (RJ 2015\2729), FJ 4.º, párrafo noveno. Sin embargo, la STS de 10/11/2009 (RJ 2009\7977) interpreta que el recurso frente a vías de hecho es un recurso específico para solicitar la cesación de la actuación y que la petición de declaración de invalidez no puede realizarse a través del mismo, pero sí del recurso contencioso-administrativo ordinario (FJ 5.º).

posición de Motivos); o que están *incurtas en vicios atinentes a la competencia o al procedimiento legalmente establecido* (el citado art. 51.3)².

Ciertamente, el concepto material de vía de hecho y sus supuestos, susceptibles de ser invocados en los recursos de referencia, hay que buscarlos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha reconocido los siguientes:

- a) la ausencia de cualquiera de los requisitos esenciales de la expropiación forzosa expresados en el art. 349 del CC, en el art. 125 de la LEF y en el art. 33.3 CE, o supuestos equivalentes a su ausencia³, teniendo en cuenta, además, que dicha ausencia es calificada como nulidad de pleno derecho⁴;
- b) los restantes vicios de nulidad de pleno Derecho del acto administrativo declarativo o de cobertura (o sea los del art. 47.1 de la Ley 39/2015 y los demás establecidos expresamente por norma con rango de Ley, conforme al art. 47.1.g)⁵;
- c) la nulidad en la actuación administrativa de ejecución del acto de cobertura, bien sea por ausencia de dicho acto declarativo (la ausencia de la resolución que sirve de fundamento a la actuación material, a la que se refiere el actual art. 97.1 de la Ley 39/2015), bien sea por ser desproporcionada o incurrir en otros graves vicios (SSTS 29/10/2010, RJ 2010\7762, y 26/6/2011, RJ 2011\5400).

C) Y a lo anterior se ha unido, últimamente, como precepto relevante en relación con el posible contenido de la sentencia estimatoria, la previsión recogida en la Disposición Adicional Única de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, introducida por la Ley 17/2012, según la cual, *en caso de nulidad del expediente expropiatorio* (circunstancia concurrente en las vías de hecho expropiatorias), «*el derecho del expropiado a ser indemnizado* (adicionalmente —se entiende— a la indemnización propia del justiprecio) *estará justificado siempre que éste acredite [...] haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable*»; lo cual ha terminado por excluir, según la última jurisprudencia de nuestro TS (que mencionaremos infra), las indemnizaciones automáticas adicionales a la expropiatoria que venía reconociendo la jurisprudencia de dicho Tribunal (concretamente de un 25% del valor objetivo del bien expropiado).

² J. A. Santamaría Pastor (2010: 337).

³ Así, las SSTS de 8/11/1995 (RJ 1995\8758); y 25 de octubre de 1996 (RJ 1996\7125). Igualmente, las SSTS de 27 de mayo de 1985 (RJ 1985\2602) y 7 de octubre de 1985 (RJ 1985\4516). Por otro lado, la STS de 30/6/1997 (RJ 1997\4751, FJ 2.º) y las SSTS 12/6/2012 (rec. casc.4179/2009, FJ 5.º) y 15/4/2013 (rec. casac. 5389/2010).

⁴ Por ejemplo, establecen la equiparación entre vía de hecho y nulidad de pleno derecho las SSTS de 1/6/1985 (RJ 1985\3612); 22/10/1990 (RJ 1990\7285); y 8/4/1995 (RJ 1995\3228).

⁵ Así, p. ej. las SSTS, de 6/7/1971 (RJ 1971\3313) y 27/5/1986 (RJ 1986\3005).

II. LA EFICACIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. El significado más común del término eficacia, cuando se emplea como principio jurídico, alude al «cumplimiento de los objetivos previstos»⁶.

2. En el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa, como recoge la propia Ley 29/1998, en su Exposición de Motivos, *tales fines u objetivos no son otros que hacer efectivos los postulados del Estado de Derecho del control del sometimiento de la Administración pública a la ley y al Derecho, así como la garantía del derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, en relación con lo anterior*⁷.

Por ello, cobran relevancia aquellos aspectos que vienen siendo considerados como exigencia de la *efectividad* de la citada tutela judicial, en la jurisprudencia del TC y del TS (que también ha invocado la proscripción de las dilaciones indebidas en procesos por vía de hecho expropiatoria, para no condenar a reiniciar el expediente, en los casos en los que no se plantee ninguna cuestión de fondo distinta al pago de la indemnización expropiatoria y se pueda solventar con una indemnización adicional a la principal)⁸.

Como, igualmente, cabe evocar, como objetivo implícito de dicha jurisdicción, *evitar que se sigan reproduciendo situaciones iguales o semejantes a las juzgadas* (de incumplimiento de la legalidad y de lesión de derechos e intereses legítimos) *y su efecto disuasorio, para que no vuelvan a manifestar tales situaciones*⁹, pues así se logrará un mejor cumplimiento de las esencias del Estado de Derecho.

⁶ Así figura, por ejemplo, en el art. 8.3, letra b, de la Ley 38/2003, General de Subvenciones. Y así ya venía siendo destacado por la doctrina científica (p. ej., L. Parejo Alfonso, 1995, p. 90, hace referencia a dicha acepción de *consecución de los fines u objetivos*).

⁷ Epígrafe I, párrafo cuarto.

⁸ SSTs de 6/6/1979 (RJ 1979\2284); 23/9/1980 (RJ 1980\3270, Cdo. 4.º); y 3/6/1988 (RJ 1988\4527).

⁹ A dicha cuestión se refirió, con carácter general, R. Martín Mateo (1989) y propuso, en esta línea, entre otros mecanismos, *la previsión de correctivos a la Administración y a sus agentes (de provisión política o funcional) ante actuaciones, en las que, «con patente desprecio por el ordenamiento se hubiesen negado a resolver adecuadamente el asunto en vía administrativa»* (p. 116).

Más recientemente, el «Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (de la Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ministerio de Justicia. 2013, pg. 22 y ss.) propugna de nuevo una serie de mecanismos que permitirían evitar los litigios contencioso-administrativos.

III. ¿PUEDE CONSIDERARSE EFICAZ, ACTUALMENTE, EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRENTE A LAS VÍAS DE HECHO?

Analicemos los factores que entorpecen la deseable eficacia de dicho recurso.

1. Dentro de los de carácter procesal, podemos destacar dos: el relativo a los plazos y el atinente a las previsiones sobre el contenido de la sentencia estimatoria.

A) En cuanto a los plazos, la Ley establece, primero, el plazo de 20 días desde que se produjo la vía de hecho, si no se formula requerimiento en vía administrativa y, segundo, el plazo de 10 días, a contar desde el siguiente al del transcurso de los 10 días siguientes a la presentación del requerimiento sin que haya sido atendido (arts. 46.3 y 30 LJCA).

Se ha destacado que el primer plazo *es absurdo* porque no es justo imponer un plazo a quien *carece de noticia formal sobre el comienzo* de una situación (ya que lo normal es que no reciba notificación o publicación fehaciente de dicho momento) y que es un *disparate* establecer su carácter preclusivo, *cuando no es posible fijar el día inicial con seguridad*. Y, en cuanto al segundo plazo, es un perfecto *despropósito* en tanto en cuanto se fija un plazo de 2 meses para irregularidades ordinarias y se reduce a 10 días para las irregularidades más graves, puesto que las prisas deben de imponerse a la Administración y no al recurrente¹⁰.

Yo, por mi parte, he venido a exponer cuáles son los principios jurídicos reconocidos y la jurisprudencia que permiten una interpretación más racional de los mismos¹¹. Y alguna Sentencia del TS ha declarado, en la línea del *criterio de los daños continuados*, que la acción frente a las vías de hecho «sólo puede ser ejercida mientras la vía de hecho subsista»; de modo que, si ésta se mantiene, la acción pervive¹².

¹⁰ J. A. Santamaría Pastor (2010: 507-508).

¹¹ J. A. Tardío Pato (2000: 360 y ss.). Así, el principio según el cual «la prescripción no corre para quien no puede ejercitar la acción», recogido en el art. 1969 CC; el *principio* según el cual sólo comienza la prescripción de la acción a partir del conocimiento del daño y de la conciencia de su trascendencia lesiva; y la doctrina jurisprudencial de que, *en los daños continuados, día a día, la prescripción no se inicia hasta que no cesan los efectos lesivos*.

A lo cual podemos añadir, también, que una interpretación literal del precepto indicado podría contradecir el principio «ad impossibilia nemo tenetur» y «nemo auditur propriam turpitudinem allegans», pues la interpretación literal del art. 46.3 LJCA beneficia a la Administración, que es la que ha incumplido su obligación de notificación de los actos.

¹² STS de 29/5/2015 (RJ 2015\2729), FJ 4.º, párrafo décimo.

Además, he invocado, como alternativa a tal despropósito, la posibilidad de utilizar la acción de nulidad del actual art. 106.1 de la Ley 39/2015, habida cuenta de que las vías de hecho se consideran determinantes, a su vez, de nulidad de pleno Derecho¹³.

- B) En relación con el contenido de la sentencia estimatoria de la impugnación de vía de hecho, se contempla claramente, aparte de la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda (art. 71.1, letra d), el *cese de la actuación* (art. 71.1, letra a), sin perjuicio de que también quepa declarar la *anulación del acto*, pues debe tenerse en cuenta que el TC (Sentencia 160/1991, del caso Pantano de Riaño) declaró que, en las actuaciones por vía de hecho, puede hablarse de acto tácito o implícito, por hechos concluyentes (*facta concludentia*). Y todo lo anterior está previsto en los citados arts. 30 y 32.2 LJCA (que, a su vez, se remite al art. 31.2).
- a) Sin embargo, cuando existen obras públicas ya iniciadas, en virtud de los diversos argumentos asociados todos ellos al denominado *principio de la intangibilidad de la obra pública* («la obra pública ilegal no se derriba»), al final, aunque se hubiese solicitado por el actor la devolución de lo apropiado ilegalmente por la Administración, el fallo ha venido siendo meramente indemnizatorio, con una jurisprudencia confusa y con argumentos, muchas veces, poco convincentes. Pero, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) exige previsiones más matizadas al respecto y sobre ello nos pronunciaremos en el epígrafe de las propuestas.
- b) Y, a su vez, en relación con el fallo indemnizatorio (con connotaciones también de Derecho Material y no meramente Procesal), aunque ha habido sentencias que han precisado, nítidamente, que, en la vía de hecho expropiatoria, la indemnización principal es el justiprecio expropiatorio¹⁴, un abundante número de ellas, mezclando la naturaleza de la indemnización principal y de la complementaria (por haberse incurrido en vía de hecho), llegan a calificar la totalidad de la operación y de la indemnización procedente como propia de la responsabilidad patrimonial¹⁵ y no de la expropiación.

Pero ello, aparte de no ser técnicamente correcto, es claramente perjudicial para el afectado por la vía de hecho, dado que el plazo de pres-

¹³ Y es que ha declarado nuestro TS que estamos ante actos nulos de pleno derecho (así, reconocen correspondencia recíproca entre vía de hecho y nulidad de pleno derecho las SSTS de 1/6/1985, RJ 1985\3612, y 8/4/1995, RJ 1995\3228). Véase, J. A. Tardío Pato (2000: 99-100 y 363).

¹⁴ Entre otras, las SSTS de 4/4/1998 (RJ 1998\3698-) y 26/6/2001 (RJ 2001\8235).

¹⁵ Entre otras, las SSTS de 5/5/1998 (RJ 1998\4596); y 21/11/1998 (RJ 1998\9963).

cripción de la acción es muy inferior, en la responsabilidad patrimonial, que en las expropiaciones; la carga de acreditar el cumplimiento de la procedencia de la acción es diferente en uno y otro caso; el fuero jurisdiccional no es exactamente coincidente, desde el punto de vista de las normas vigentes (véase especialmente el art. 125 LEF, que mantiene la jurisdicción civil, junto a los demás medios posibles); se pone en tela de juicio el premio de afección previsto en la indemnización expropiatoria; también queda en entredicho la entrada en juego de la reversión expropiatoria, en su caso; el momento de la valoración de la responsabilidad patrimonial es distinto al momento de la valoración del justiprecio expropiatorio, siendo más perjudicial para el afectado aquél que éste, en épocas ordinarias en las que no existe la fuerte recesión de la crisis de 2008; y queda totalmente excluida la exención tributaria de la indemnización prevista en el art. 49 de la Ley de Expropiación Forzosa, para la responsabilidad patrimonial.

Dice ahora la jurisprudencia del TS iniciada con la STS de 4/6/2018 (ROJ: 2031/2018) que, cuando no es posible la reparación *in natura* de los derechos afectados, la falta de devolución debe compensarse, de acuerdo con el art. 105.2 LJCA, mediante la correspondiente *indemnización sustitutoria* que tiene un carácter subsidiario y no el del auténtico justiprecio de compensación por la pérdida de la propiedad, al no existir, en realidad, una auténtica ilegal expropiación forzosa, con subsistencia de la posibilidad de añadir de manera justificada la indemnización de daños y perjuicios citada, que puede incluir los perjuicios derivados de la desposesión de la finca efectuada por la ocupación en vía de hecho. Y añade que la indemnización se referirá a la fecha en que dicha imposibilidad de devolución se aprecia por el Tribunal, junto con la indemnización de daños y perjuicios causados por la actividad ilegal que se hayan justificado por el recurrente.

Pero lo cierto es que, aunque incurra en los vicios de ilegalidad más graves, la apropiación responde al concepto de expropiación forzosa del art. 1 LEF (elevado a *criterium* constitucional por la jurisprudencia del TC manifestada en las SSTC 108/1986; 99/1987; y 227/1988) y se dan en ella los elementos diferenciadores de la expropiación y la responsabilidad patrimonial (especialmente los de la finalidad perseguida y el resultado producido¹⁶, además de los caracteres propios de la indemnización expropiatoria)¹⁷.

¹⁶ Entre otras, SSTC de 28/4/1990 (RJ 1990\3359); y 8/4/1995 (RJ 1995\3228).

¹⁷ Sobre ello nos remitimos a J. A. Tardío Pato (2000: 73 y ss.).

2. Y, como factores de Derecho sustantivo que afectan a la deseable eficacia de dicho recurso, podemos destacar los siguientes:

- A) Por un lado, la extinción del citado mecanismo resarcitorio especial automático, tras la referida Disposición Adicional Única de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, en virtud de su reforma por la Ley 17/2012 y su interpretación en dicho sentido por la última jurisprudencia de nuestro TS¹⁸.
- B) Con respecto a la ausencia de un dispositivo disuasorio para los agentes públicos responsables de tales infracciones, debemos recordar que la exigencia de su responsabilidad está considerada como un postulado del Estado de Derecho¹⁹, porque es el mejor modo de hacer que los agentes públicos velen por garantizar la plena realización de éste y no actúen en contra del mismo. Por eso, se ha apuntado, igualmente, como mecanismo de garantía de la eficacia de la justicia administrativa²⁰.

IV. PROPUESTAS DE REFORMA

1. En cuanto a los plazos, *además, de poderse seguir utilizando la acción de nulidad del actual art. 106.1 de la Ley 39/2015*, por ser consideradas las vías de hecho supuestos de nulidad de pleno Derecho (que es una vía para impugnar cualquier caso de nulidad de pleno Derecho), y de interpretar los preceptos actuales de los arts. 30 y 46.3 de LJCA, en los términos indicados atrás (con consideración de que la acción no se extingue mientras subsista la vía de hecho), entendemos que lo más coherente es la supresión, por cauce legislativo, de los plazos actuales y volver por ese conducto al *plazo general de los dos meses, si ha habido alguna notificación o publicación fehaciente* de la actuación determinante de la vía de hecho que posibilite claramente entender que se ha incurrido en tal tipo de infracciones y que cumpla con los requisitos de las notificaciones y publicaciones, según nuestro Ordenamiento jurídico (arts. 40 y ss. de la Ley 39/2015), para entender que corre el plazo de la interposición de los recursos²¹.

¹⁸ SSTs de 4/6/2018 (ROJ: STS 2031/2018); 12/6/2018 (ROJ: STS 2176/2018); y 24/9/2018 (ROJ: STS 3414/2018).

¹⁹ Así lo recoge el art. 15 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789 y es precisamente en los años revolucionarios que tal responsabilidad nace y se expande (como resalta E. García de Enterría, 1994, p. 142). En dicha responsabilidad, insiste M. Hauriou como exigencia del Estado de Derecho (1933: 578) y, más tarde, R. Parada Vázquez (1960: 96).

²⁰ Ya hemos citado las alusiones de R. Martín Mateo (1989: 116), en este sentido.

²¹ Pues, si adolece de la falta de las circunstancias del art. 40.3 (al que se remite el art. 45.2), habrá que estar a la fecha en la que «el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o in-

Y, si no ha existido en absoluto notificación o publicación que cumpla con las anteriores características, el plazo que debe establecer el Legislador debe ser el mismo previsto para las situaciones de silencio administrativo (o sea, que el plazo queda permanentemente abierto), por concurrir las mismas razones jurídicas que en dichos casos. En este último supuesto, si no hay reforma legislativa, podría llegarse al mismo resultado, por vía jurisprudencial (especialmente del TC), por concurrir las mismas razones esgrimidas por éste en sus Sentencias sobre el plazo aplicable en las situaciones de silencio administrativo negativo (entre otras, las SSTC 14/2006 y 39/2006)²².

Como, a su vez, estamos de acuerdo, con que las prisas deban imponerse a la Administración²³ y, en caso, de requerimiento opcional, dentro de los plazos atrás indicados (no el marcado actualmente, de modo incomprensible), ésta tenga un plazo corto para contestar expresamente, como puede ser el de 10 días, que impone actualmente el art. 30 LJCA. Pero que, desde luego, se suprima el plazo de 10 días para recurrir por el afectado, sustituyéndose por los atrás indicados.

2. En relación con el contenido de la sentencia estimatoria de la impugnación de vía de hecho, cabe distinguir los siguientes apartados:

- a) Cuando existen obras públicas por medio ya iniciadas o derribos de construcciones privadas, entiendo que la mejor solución, que debería recoger el Legislador, es que la ley jurisdiccional sólo permita ejercer al recurrente la pretensión que incluya la petición de devolución de las cosas al estado anterior a las obras o al derribo, en aquellos casos en los que el recurrente justifique en su demanda la concurrencia de motivos expresos y mínimamente convincentes para ello (como es, en una expropiación por vía de hecho, la ausencia de utilidad pública o de interés social o la ausencia de acuerdo de necesidad de ocupación), que pudieran fundamentar un fallo distinto al de condena al pago de la indemnización principal. Y, que, por lo tanto, en defecto de la justificación de lo anterior o de cualquier otra solución distinta al fallo indemnizatorio, el único posible fuese éste. Pero, si se prueba la ausencia de la *causa expropriandi* o de la necesidad de ocupación de la finca en concreto, debe admitirse el fallo de condena a la devolución del objeto ocupado.
- b) En relación con el fallo indemnizatorio (con connotaciones también de Derecho Material y no meramente Procesal), resulta conveniente que

terponga cualquier recurso que proceda», como invocan A. Gómez Díaz (2000: 229) y J. A. Santamaría Pastor (2010: 340), incluso en el caso de que no haya notificación o publicación, con una argumentación «con mayor razón».

²² Me remito al efecto a mi trabajo sobre esta cuestión de 2006.

²³ J. A. Santamaría Pastor (2010: 508).

el Legislador precise (para evitar las confusiones jurisprudenciales detectadas) que el correspondiente a la indemnización principal seguirá el régimen jurídico material de la indemnización que proceda (por ejemplo, el de la indemnización expropiatoria, que incluye no sólo el valor objetivo del bien ocupado, sino también el premio de afección —art. 47 LEF—, los perjuicios derivados de la expropiación parcial de la finca —art. 46 LEF—, y las cosechas pendientes y labores de barbechera —art. 45 LEF—) y que sólo se aplicará el régimen propio de la responsabilidad patrimonial a los daños y perjuicios adicionales que posean este carácter (diferenciables, por tanto, de los apartados anteriormente enumerados).

3. En lo atinente a los mecanismos resarcitorios a los perjudicados, por haber sufrido las graves infracciones jurídicas propias de las vías de hecho, se impone, en primer término, tener en cuenta, desde el prisma del Derecho sustantivo, que, *si procede la reposición de las cosas al estado inicial anterior a la infracción determinante de la vía de hecho* (por ejemplo, la devolución del objeto ocupado en las mismas condiciones previas a la ocupación, en las expropiaciones por vía de hecho), *tiene que indemnizarse la privación del uso y disfrute del bien ocupado por el tiempo de la ocupación ilegal*, que es equivalente a la indemnización expropiatoria por ocupación temporal (y, por lo tanto, es de carácter expropiatorio y no de responsabilidad patrimonial), con los correspondientes intereses de demora.

Y, *si no procede la reposición de las cosas al estado inicial anterior a la infracción determinante vía de hecho*, sino sólo el pago de la indemnización principal (por ejemplo, el del justiprecio del objeto expropiado por vía de hecho), *entonces debería estarse al valor del bien* (valorado, en el ejemplo dado, en el momento correspondiente al inicio de la fase de justiprecio y con los componentes indemnizatorios expropiatorios indicados: premio de afección, etc.), pero pagado *con interés de demora que abarque el período que arranca de la fecha en la que fue ocupado por vía de hecho*, que es desde cuando se produce el despojo posesorio; lo que igualmente tiene carácter expropiatorio y carece de carácter de responsabilidad patrimonial. Y es que la privación del uso y disfrute del bien ocupado por el tiempo de la ocupación ilegal se considera integrada aquí en la privación del pleno dominio del bien y, por ello, la fecha de cómputo inicial debe de ser la de la ocupación.

Por otro lado, cabe sostener, con carácter de indemnización adicional de daños y perjuicios de responsabilidad patrimonial, la procedencia de una indemnización *por los daños morales derivados de haber sufrido las infracciones más graves del Ordenamiento jurídico*. Y ello, porque, a mi entender, entra perfectamente dentro del concepto de daño moral manejado por la doctrina científica (sufrimiento o padecimiento de ánimo o psíquico, y a veces

también físico, generado como reflejo subjetivo del daño injusto²⁴) y por la jurisprudencia (sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor, zozobra o presagio de incertidumbre)²⁵ y porque ha llegado a ser un elemento admisible dentro de la indemnización de daños y perjuicios de la responsabilidad patrimonial (por ejemplo, por demolición ilegal de la vivienda)²⁶, que está contemplada, en su caso, por la Disposición Adicional Única de la Ley de Expropiación Forzosa vigente.

Sobre todo, a esto último obliga la efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos del art. 24.1 CE. y, por otro lado, supone un elemento que marca una diferencia entre los actos ilegales frente a los legales (cuya necesidad invocaba la jurisprudencia que imponía la indemnización adicional automática del 25% del valor objetivo de la indemnización principal).

Como, a su vez, lo anterior puede constituir cierto factor disuasorio de las actuaciones por vía de hecho, porque encarece la cuantía total a pagar. Lo que ocurre es que tal indemnización adicional, como la automática del 25% citada (que desaparece según el precepto y jurisprudencia últimos), al final, la pagamos todos los ciudadanos, por decisión gravemente ilícita de los correspondientes agentes públicos, que, mientras no vean repercutido dicho importe en su propio patrimonio o no sufran directamente otro mecanismo desincentivador, podrán seguir adoptando tal tipo de decisiones.

4. De ahí, que lo más efectivo y menos perjudicial para los afectados directos y para el común de los ciudadanos, titular último de los patrimonios públicos, sean los dispositivos disuasorios directos de los agentes públicos. Concretamente, ante la dificultad de exigencia de su responsabilidad penal o disciplinaria, el más eficaz es la responsabilidad civil de los mismos, para repercutirles la cantidad adicional indemnizada a los afectados.

Compruébese cómo parece que está teniendo impacto disuasorio social una responsabilidad que, aunque no es idéntica, se asemeja en sus efectos: la contable, exigida por el Tribunal de Cuentas, en el caso de la consulta ilegal realizada en Cataluña el 9 de noviembre de 2014²⁷ y en el caso de las ventas declaradas ilegales de viviendas sociales a los denominados fondos buitre²⁸.

²⁴ L. Díez Picazo (1999, p. 326) nos dice que el concepto estricto se ha definido como «dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado» o según la expresión de Scognamiglio «dolores y padecimientos de ánimo que integran el reflejo subjetivo del daño injusto».

²⁵ SSTS, Sala Contencioso, de 13/4/2005 (RJ 2005\3234), FJ 3.º; y de 6/4/2006 (RJ 2006\1772), FJ 3.º.

²⁶ STS de 23 de octubre de 2009 (RJ 2009\7644). Y, en igual sentido, las SSTS de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011\4865), FJ 6.º, y 6 de junio de 2011 (RJ 2011\5057), FJ 7.º.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Cuentas 16/2018, de 12 de noviembre.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Cuentas 11/2018, de 27 de diciembre.

Como el principal escollo para la exigencia de la responsabilidad civil de los agentes públicos, a pesar de concurrir dolo (intencionalidad o, al menos, conocimiento de su ilegalidad) o culpa o negligencia graves (grave falta de diligencia debida) y de su carácter reglado (que hemos justificado atrás), es que se inicie y resuelva el correspondiente procedimiento previsto por la Ley y éste no suele iniciarse casi nunca, la solución puede estar en la previsión expresa por la Ley de que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, a la vez que declara la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración actuante, pueda declarar, asimismo, a petición del recurrente, razonada y probada (incluida la concurrencia del dolo o culpa citados) la existencia de la responsabilidad del agente público correspondiente.

Con ello, difícilmente, podrá eludirse después la obligación de exigirse tal responsabilidad por la Administración, cuya inactividad sería más fácilmente recurrible por los afectados.

Aunque a dicha solución podría llegarse actualmente por vía interpretativa, al ser, hoy por hoy, la interpretación más favorable a un derecho fundamental como es el de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE., lógicamente, la mejor opción es que, por seguridad jurídica, sea el propio Legislador el que lo recoja expresamente.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Comisión General de Codificación (2013): *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Ministerio de Justicia.
- Díez Picazo, L. (1999): *Derecho de daños*. Ed. Civitas. Madrid.
- García de Enterría, E. (1994): *La lengua de los derechos*. Alianza Editorial. Madrid.
- Gómez Díaz, A. B. (2000): «Recurso contra vías de hecho: una regulación peligrosa y problemática». *RAP*, n.º 151, pp. 211-250.
- Hauriou, M. (1933): *Précis de Droit Administratif*. 12e edición. Recueil Sirey. Paris.
- Martín Mateo, R. (1989): *Eficacia Social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. INAP.
- Parada Vázquez, J. R. (1960): «Obstáculos a la responsabilidad penal de los funcionarios». *RAP*, n.º 31, pp. 95-152.
- Parejo Alfonso, L. (1995): *Eficacia y Administración. Tres estudios*. INAP.
- Santamaría pastor, J. A. (2010): *Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*. Ed. Iustel. Portal Derecho, S.A.

Tardío Pato, J. A. (2000): *Expropiación forzosa y acciones civiles*. Aranzadi Editorial. Pamplona. Pero hecho público en septiembre de 1998, en ejercicio de concurso-oposición a plaza de cuerpo docente universitario; (2006): «Silencio negativo: La ratificación de la doctrina del Tribunal Constitucional del plazo abierto para la interposición de los recursos en tales supuestos bajo el ámbito de aplicación de la vigente Ley 30/1992 y la LJCA 1998. Las SSTC 14/2006 y 39/2006». *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 41, año 2006, pp. 127-166.

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN FRENTE AL RECURSO CONTENCIOSO. UNA CUESTIÓN DE EFICACIA

*Dionisio Fernández de Gatta Sánchez
Miguel Ángel González Iglesias
María Ángeles González Bustos
Daniel Terrón Santos
José Luis Domínguez Álvarez
Marcos M. Fernando Pablo*

RESUMEN: Hemos procurado analizar el cumplimiento de la legislación nacional sobre la eficacia del sistema de recursos en la contratación pública a través del a figura de la suspensión de efectos de los actos administrativos, a la luz de la normativa comunitaria, tanto contractual como general en materia de recursos y de la jurisprudencia europea.

PALABRAS CLAVES: suspensión de efectos, recursos administrativos, jurisdicción contencioso-administrativa, recurso especial.

ABSTRACT: We have tried to analyze the fulfillment of the national legislation on the efficiency of the system of resources in the public contracting across to figure of the suspension of effects of the administrative acts, in the light of the community regulation, so much contractual as general as for resources and of the European jurisprudence.

KEYWORDS: suspension of effects, administrative resources, contentious-administrative jurisdiction, special resource.

INTRODUCCIÓN

En principio, la idea de aunar en esta comunicación una institución como son las medidas cautelares en el ámbito contencioso-administrativo con una institución de cuño mucho más reciente como es el recurso especial en materia de contratación, fue algo absolutamente voluntario. Pero al entrar en materia, lo voluntario se tornó en forzoso, habida cuenta de la especial configuración de este recurso administrativo y su especial relación con el ámbito contencioso.

La normativa nacional, no así la comunitaria, como quiera que ha terminado por configurar este recurso como potestativo¹, permitiendo, en consecuencia, que el interesado acuda directamente a la vía judicial, plantea algunas dudas, que es preciso despejar.

El mantenimiento del carácter potestativo que tiene en la actualidad el recurso especial en materia de contratación², tiene como consecuencia impuesta los efectos suspensivos automáticos, siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Esta última salvedad encuentra su fundamento en que en este tipo de contratos un plazo suspensivo obligatorio podría afectar a los aumentos de eficiencia y también eficacia, objetivos ambos de estos procedimientos de licitación, tal y como establece el considerando 9 de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia en los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

LEITMOTIV DE LA SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA EN EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

LA SUSPENSIÓN, AUTOMÁTICA, COMO MEDIDA CAUTELAR

Si analizamos la cuestión desde la perspectiva más lógica del iter: interposición del recurso administrativo, resolución e interposición, en su caso, de recurso contencioso-administrativo, se reduce bastante, que no desaparece, la complejidad del asunto.

¹ Se hace necesario recordar que, con el texto de la Ley de Contratos de 2007, la interposición de este recurso era presupuesto obligado para el acceso jurisdiccional, pero a raíz del Texto Refundido de 2011 cambia su carácter a obligatorio, circunstancia que se ha mantenido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

² *Vid.* art. 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en adelante LCSP.

Precisamente en esta suspensión automática radica el primer punto en el que debemos detenernos. Hay que dejar claro que la validez del acto no queda afectada en sí, dado que se trata de un acto ya eficaz, que simplemente deja de producir efectos³. Se persigue así excepcionar la regla general de presunción de validez de las actuaciones administrativas, que da lugar a la eficacia inmediata de los actos administrativos, materializada en la imposición de la ejecución forzosa de los actos por la Administración, sin esperar a que se resuelva sobre la validez de los mismos.

Como todas las medidas cautelares, las que se adopten irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. Tal es la redacción del art. 49.1 LCSP. No vamos a entrar en el debate de si la suspensión, en este caso por el hecho de resultar automática, es una medida cautelar o no, aceptando la voluntad del legislador, que en este caso la incluye expresamente entre estas⁴. En todo caso una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, pero no el plazo para presentar ofertas⁵. Se exceptúa el supuesto de los contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el art. 49 LCSP, entre las que también cabe la suspensión.

Luego está claro que, para aquellos casos en los que así se contempla, opera la suspensión automática⁶, y en los que no proceda, en todo caso, se

³ Como es lógico, la cuestión de la validez o invalidez de los actos administrativos no puede quedar al margen de la teoría general de la validez o invalidez de todo tipo de actos o negocios jurídicos en todos los ámbitos o ramas del Derecho. No constituye una particularidad del Derecho Administrativo el que un acto contrario al ordenamiento se considere inválido y no surta efectos.

⁴ El art. 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, determina que *al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado*. Se diferencia así lo que es la suspensión de la ejecución del acto, sobre todo cuando esta es directa, tal y como ocurre en el caso del recurso especial en materia de contratación, al menos en determinados supuestos, del resto de medidas cautelares de aseguramiento.

⁵ Salvo que se acuerde expresamente lo contrario por el órgano competente, la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

⁶ El artículo 53 LCSP precisa la regulación de los efectos de la interposición del recurso, manteniendo la regla de suspensión automática del procedimiento de contratación si el acto recurrido es la adjudicación —combinado con la prohibición de formalizar el contrato mientras

podrá solicitar como medida cautelar. Fuera de esta posibilidad, antes o conjuntamente con la interposición del recurso, entendemos por tanto que cabe la posibilidad bien de acumular, bien de solicitar medidas en escrito distinto al de éste, se solicitarán las medidas cautelares.

Corresponderá al órgano competente para resolver el recurso, adoptar decisión en forma motivada sobre las medidas cautelares, siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten, si no fueran acumuladas en el escrito de interposición del recurso⁷.

quepa la posibilidad de interponer recurso especial, art. 153.3 LCSP, y la sanción de nulidad de pleno derecho para la inobservancia de la misma si se dan los requisitos del art. 39,1d)—, pero excepcionando el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o celebrados bajo el desarrollo de un sistema dinámico de adquisición. Lo que no quita para que, en esos y el resto de supuestos, se solicite y acuerde la suspensión como medida cautelar —art. 49.1—.

⁷ De la redacción del art. 49 LCSP, más allá del texto que ya dice que las medidas se solicitarán antes de interponer el recurso especial, está claro que el recurso y la solicitud de medidas se podrán hacer en escritos y momentos distintos o de forma conjunta. Por un lado, parece lógico que sean en momentos distintos, basta ver los plazos de resolución del recurso, a los dos meses de su interposición opera el silencio desestimatorio ex art. 57 LCSP, frente al de 5 días hábiles para resolver sobre las medidas cautelares, pero no tiene que ser así necesariamente. La solicitud de medidas, más allá del aseguramiento inmediato del objeto de las mismas, no tiene sentido si no se interpone posteriormente el recurso, por lo que ningún impedimento, que no sea el de la propia redacción del art. 49, debería haber para, en el mismo escrito, interponer recurso a la par que se solicitan las medidas cautelares. Hay que tener en cuenta que *las medidas cautelares que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido* ex art. 49.5 LCSP.

Parece que el legislador pretende, dada la tramitación más lenta del recurso, que se formule la solicitud de medidas y el recurso en escritos distintos, no por el placer de exigir la duplicidad de trámites, sino para procurar una inmediatez en la resolución de la solicitud de las medidas cautelares. Así se puede deducir, ya que el órgano que deba resolver, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida cautelar, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formularan alegaciones se continuará el procedimiento. Pero bien se podría hacer exactamente el mismo trámite, aunque el recurso contuviera solicitud de medidas, siempre se tramitara tan diligentemente como se hace con éstas. En ningún caso es necesario resolver conjuntamente en el mismo acto las medidas y el fondo del propio recurso, tal y como ocurre en la jurisdicción contencioso-administrativa. De hecho, se prevé que, *si antes de dictar resolución, referente a las medidas, se hubiese interpuesto el recurso, el órgano competente para resolverlo acumulará a este la solicitud de medidas cautelares*. Pero más claro todavía resulta el art. 56 LCSP que, al regular el trámite de audiencia al resto de interesados afectados por el recurso interpuesto, determina que *de forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares, si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso*.

Ciertamente, hay que destacar como algo positivo que la LCSP confiera al órgano competente para resolver el recurso la facultad de acordar de oficio las medidas cautelares, lo que podrá hacer en cualquier fase del procedimiento, previa audiencia del órgano de contratación autor del acto impugnado por plazo de dos días (art.56.3, in fine LCSP), superándose así las dudas que suscitaba la redacción del art.43.2 TRLCSP.

Sin aportar novedades significativas, esta regulación sí que contempla la posibilidad de que el órgano competente para resolver el recurso especial, pueda excepcionar la regla general relativa a *que la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente, no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados* (art. 49.4 LCSP).

En todo caso, se reconoce que de la adopción de las medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza. Aunque tal naturaleza realmente parece que sea únicamente económica. Cierto es que el legislador no emplea en ningún momento términos económicos, pero también lo es que la constitución de caución o garantía, suficiente para responder de los perjuicios, se cuantifica, por lo que se antoja complicado pensar en otras garantías que no sean las de naturaleza pecuniaria⁸.

En caso de existir, la resolución deberá decidir sobre el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

SUSPENSIÓN JUDICIAL ¿AUTOMÁTICA O POTESTATIVA?

Pero la cuestión se complica, y bastante, en aquellos supuestos en los que los perjudicados decidan acudir a la vía judicial. Aquí es imprescindible analizar si el juez o tribunal vendrá obligado a adoptar una suspensión automática en base a las previsiones contenidas en la Directivas comunitarias y, por ende, en la norma nacional, o, por el contrario, consecuencia de la aplicación de los criterios normales de ponderación previstos en los arts. 129 y ss., de la LJCA,

⁸ La redacción del art. 49.3 LCSP no deja lugar a duda cuando dispone que en el caso de que de la adopción de las medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida. Caución que, prosigue el párrafo siguiente, se determinará en cuantía y forma, en cuanto se refiere a la garantía a constituir, así como los requisitos para su devolución que en todo caso deberán atender al principio de proporcionalidad y tener en cuenta el sujeto y el objeto afectados.

sería facultativa la decisión, basada en los elementos de ponderación, de optar por no suspender la adjudicación. Dicho de otro modo, se trata de analizar si los arts. 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional cumplen con el mandato europeo, lo que nos llevaría a plantearnos si, *de lege ferenda*, habría que modificar el régimen para restablecer la obligatoriedad del recurso o modificar el sistema cautelar en sede judicial.

Los parámetros en los que nos movemos son distintos, pues el recurso especial es un recurso administrativo, que se rige por el texto de la Ley de Contratos del Sector Público, mientras que la actuación procesal queda indefectiblemente regulada por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por tanto, si el recurrente decide acudir directamente al recurso jurisdiccional o tras la resolución del recurso administrativo especial, la decisión en materia de medidas cautelares está sometida a las previsiones de los arts. 129 y ss. de la Ley Jurisdiccional, y, en consecuencia, solicitada la suspensión del acto impugnado, y, tras la tramitación de la oportuna pieza, el órgano jurisdiccional resolverá con arreglo a los parámetros establecidos en el art. 129 y ss., sin perjuicio de poder valorar la finalidad que persiguen las Directivas (garantizar la posibilidad de anulación de las decisiones de los poderes adjudicadores antes de la celebración del contrato), que jugaría como una eventual pérdida de la finalidad legítima del recurso, en la medida que la no suspensión del acto recurrido (con la consiguiente celebración del contrato) pudiera imposibilitar o hiciera extraordinariamente difícil la ejecución in natura de una eventual sentencia estimatoria, lo que, en principio, podría conducir a la suspensión del acto, siempre que no se irrogara perjuicio grave al interés general o a tercero, dada su protección prevalente, y, siempre también, que en el momento en el que fuera a resolver el órgano jurisdiccional —muchas veces sin la celeridad deseable—, el contrato no se hubiera celebrado, pues en caso contrario no cabría ya la suspensión al haberse ejecutado el acto recurrido (solo puede suspenderse lo que se está ejecutando o pendiente de ejecutar), sino otra medida cautelar.

En todo caso, el recurrente deberá decidir si acude a ese recurso administrativo especial, con las ventajas e inconvenientes que pudiera suponer o, por el contrario, directamente interpone recurso jurisdiccional, sometiéndose, con ello, a la regulación procesal con todas sus consecuencias. Dicho de otro modo, en cuanto una vez interpuesto, esté tramitándose el recurso, se aplicará la normativa de contratos públicos, pero resuelto este, de forma expresa o presunta, retornará la eficacia del acto, salvo reconocimiento previo de su nulidad o declaración de anulabilidad.

Visto así, no parece que debiera suscitarse problemática alguna. Parece claro que en cuanto recurso administrativo la suspensión opera de forma automática con la extensión de efectos y temporal vista. Por otra parte, en cuanto interpuesto el recurso contencioso, habiendo o no interpuesto el administrativo

previo, *opera como medida cautelar estricta*, con aplicación directa del art. 129 LJCA⁹. Sin embargo, no se detiene ahí la cuestión. Al fin y a al cabo la LCSP no deja de ser una norma de transposición de las Directivas comunitarias sobre contratos. Pues bien, el marco normativo comunitario requiere de las legislaciones nacionales, con carácter general, no sectorial, lo que sin duda alguna implica a la LJCA, que cuenten con un sistema eficaz de recursos. Eficacia que el legislador europeo interpreta, lo hace de forma contundente, no solo contemplando la posibilidad de recurrir a través de un recurso, que puede ser administrativo o jurisdiccional, especial, sino que exige la suspensión automática de la adjudicación del contrato, una vez deducido tal recurso, hasta que el órgano competente resuelva¹⁰. Lógicamente, si tal es la redacción legal comunitaria la pregunta surge sola, ¿hasta qué punto se puede entender cumplida la misma si, el interesado (legítimamente, ya que así se contempla por el ordenamiento nacional) acude a un cauce impugnatorio (el recurso jurisdiccional) cuyo régimen de medidas cautelares no prevé en modo alguno una suspensión automática de la adjudicación, sino la necesidad de ponderar los intereses en conflicto antes de adoptar la correspondiente decisión cautelar?

⁹ Así la Sentencia 178/2018, de 11 de enero, de la Audiencia Nacional, entiende que no podemos hablar de una suspensión automática por el mero hecho de interponer el recurso contencioso, ya que desde la interpretación de la LJCA, la adjudicación de un contrato, en sí misma no produce una «situación de irreversibilidad» en la que no quepa una «restitutio in natura», *en tanto no constituye una razón suficiente la inmediata ejecución de la resolución recurrida, ello si se tienen en cuenta que los perjuicios de que se trata, serían en cualquier caso de carácter económico y, por lo tanto, susceptibles de reparación*. Se sigue así la doctrina del TS que ha venido a señalar que *cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto (Auto de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1997, entre otros muchos)*. La misma jurisprudencia tiene establecido, que, *para los casos en que se produce una adjudicación que luego es anulada la recurrente puede obtener satisfacción mediante el equivalente económico*. Luego la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014) no encuentra argumentos para entender que de no suspenderse la resolución... el recurso perderá su finalidad legítima, así señala que, *frente a la indicada especial significación de las decisiones del órgano llamado a impedir las adjudicaciones precipitadas y los hechos consumados en materia de contratos del sector público, no nos ha ofrecido razones bastantes para desvirtuar las que llevaron a la Sala de Barcelona a denegar la medida cautelar. (...) En fin, de prosperar el recurso contencioso-administrativo..., de no ser posible su reposición como adjudicataria, podrá ser resarcida al igual que sucede en los casos en que se dirimen pretensiones susceptibles de cuantificación económica*.

¹⁰ En particular habrá que estar a la Directiva obras 89/665/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Podemos sumarnos a una corriente facilista que entienda que, dada la habilitación de un recurso, administrativo especial, cuyo efecto es la suspensión automática, se entenderían cumplidas, además de forma estricta las directrices del legislador europeo. En este caso, toda la responsabilidad de la eficacia, al fin y al cabo, recaería en el propio recurrente, que de optar por omitir el cauce administrativo y acudir a la sede jurisdiccional vería seriamente afectada ésta, sino perdida del todo, consecuencia de la ausencia del automatismo de la suspensión en dicha sede.

Pero no debemos olvidar que se trata de un recurso administrativo, por lo que debemos asumir todo lo bueno y lo malo del mismo, y no es que precisamente carezca de esto último. Tan apreciados como criticados, los recursos administrativos han fiado su subsistencia, al menos desde un destacado punto de vista doctrinal, a la discrecionalidad de su interposición, excepción hecha del recurso de alzada, directamente relacionado con la propia naturaleza finalizadora del procedimiento del propio acto objeto del recurso.

Precisamente por ese carácter no obligado, podemos entender que no se alcanza a dar cumplimiento al tenor de las propias Directivas comunitarias y de la propia LCSP, del que se extrae que el Derecho Comunitario exige la previsión de sistemas de impugnación que deben llevar aparejado el efecto automático (si lo que se impugna es la adjudicación de un contrato) de la suspensión de adjudicación de un contrato, permitiendo que no sea sí en otros casos, precisamente para garantizar la eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación, tal y como establece el considerando 9 de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia en los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

En relación con lo anterior, el ordenamiento patrio ofrece a los legitimados dos posibilidades, ambas legítimas, al menos *prima facie*: acudir a un órgano administrativo o acudir a un órgano judicial, con las consecuencias sobre la suspensión ya vistas, de tal forma, es algo indiscutible, que decidir buscar el amparo judicial supone una clara penalización, dado que la LJCA no contempla en estos casos la suspensión automática de la adjudicación.

Es más que cuestionable que buscar la independencia del juez suponga renunciar a, no un privilegio, sino un derecho, ya que así podemos reconocer a la suspensión automática, dado que lo que persigue es garantizar la eficacia de la propia resolución que resuelva el recurso. Bajo ningún concepto podemos aceptar que esta penalización impuesta al que se dirige directamente al Juez pueda superar el estándar europeo, aunque solo sea porque no resulta aceptable hacer de peor condición a quien decide acudir directamente a un juez (cuya independencia constituye su principal elemento configurador), que a aquel otro que opta por impugnar la decisión correspondiente ante un órgano administra-

tivo (que aparece insertado —funcional u orgánicamente en la estructura organizativa del poder adjudicador cuya decisión se cuestiona).

Vista la teoría, tenemos necesariamente que fijar el foco en la visión práctica del asunto, que tampoco parece apuntar cosa distinta. Tomando como referencia a un licitador que interpone recurso jurisdiccional frente a un acto de adjudicación, dentro del plazo, quince días hábiles, fijado por la LCSP; en caso de procederse a la suspensión cautelar de dicha adjudicación, siempre eventual en función de los intereses en conflicto dada su condición de medida cautelar, ésta se produciría previa tramitación del incidente previsto en los arts. 129 y ss. de la Ley Jurisdiccional. Si finalmente se acordara la adopción de la medida cautelar, ésta afectaría a un contrato que, por plazos, perfectamente podría estar ejecutándose, y que se prolongaría durante un período de tiempo que, al menos eventualmente, podría ir más allá de la propia resolución del proceso, si contemplamos una posible segunda instancia o la casación. Dicho de otra forma, tendríamos un contrato con su ejecución suspendida sine die, lo que sin duda es garantista, pero no eficaz.

En tales condiciones parece posible que nuestro sistema entre en contradicción con las exigencias de la jurisprudencia comunitaria. Recuérdense, por ejemplo, la STJUE (Sala Tercera de 15 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-439/14 y C-488/14), que pronunciándose sobre las vías de recurso en materia de contratos públicos indica (apartados 40 y sgts.) que tales normas están destinadas a proteger a los operadores económicos contra la arbitrariedad del poder adjudicador, y tienen por objeto garantizar la existencia, en todos los Estados miembros, de vías de recurso eficaces, para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos y, según jurisprudencia consolidada, por lo que la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras, no debe privar de efecto útil a las Directivas 89/665 y 92/13.

Una STJUE más reciente ahora de la Sala IV, la de 5 de abril de 2017 (asunto C-391/15, apartado 32) añade a las exigencias genéricas del efecto útil, la cuestión de la *eficacia* de las vías de recurso, señalando que la legislación nacional al configurar *la regulación del procedimiento jurisdiccional* destinado a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciable «no podrá ser menos favorable que la referente a los recursos similares previstos para la protección de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) *ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)*».

Dando por sentado que nuestro sistema cautelar contencioso-administrativo no cumple con los estándares comunitarios, siendo dádivosos, sería un cum-

plimiento parcial, podríamos plantear como solución fácil, la que todos tenemos en la cabeza, restaurar el carácter obligatorio del recurso administrativo especial, pues las legislaciones nacionales respetan las Directivas Europeas con prever un sistema de impugnación, ante un órgano independiente, peor que en ningún caso se obliga a que, con carácter imprescindible, tenga que ser jurisdiccional.

Otra alternativa, tampoco desconocida, pero, por su carácter complejo ha sido descartada por el legislador patrio, sería encomendar la impugnación a un órgano judicial y establecer un procedimiento jurisdiccional *ad hoc* (similar al *référé contractuel* francés), donde se resolverían aquellas cuestiones relativas a la impugnación de la fase preparatoria de estos contratos y a las medidas cautelares correspondientes, garantizando así la independencia del órgano llamado a resolver los recursos contractuales, dado su carácter jurisdiccional¹¹.

CONCLUSIONES

Mucho se ha hablado, damos por reproducidos cuantos argumentos, a favor y en contra, ha empleado doctrina sobre la cuestión, acerca de los efectos de la suspensión automática de los actos administrativos, contratos en el caso que nos ocupa. Pero quizá no se ha entrado lo suficiente en cuanto se refiere a su uso como herramienta en determinados campos, como por ejemplo la tan temida corrupción. Incluso sería discutible desde la perspectiva de la eficacia del acto negar el valor de la suspensión automática en la contratación, dado que el siguiente paso al ámbito para el que se contempla, abarca hasta la adjudicación, implica necesariamente el cumplimiento del objeto del contrato con la ejecución, por lo que una resolución posterior declarando la nulidad o anulabilidad bien se podría encontrar con un objeto ya ejecutado por el adjudicatario.

¹¹ No hay que olvidar, que cumplir con los mandatos comunitarios, exige que el recurso contractual sea resuelto por un órgano especializado e independiente del poder adjudicador, es decir órgano jurisdiccional en los términos del ordenamiento comunitario, que no necesariamente uno de los órganos de nuestro sistema jurisdiccional. Esto supone su origen legal, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, el efecto jurídico vinculante de sus resoluciones, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia, lo que exige que el nombramiento de los miembros y la terminación de su mandato estén sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad (sentencias de 17-9-97, DorschConsult, As. C-54/96 —EDJ 1997/15457—, y de 21-3-00, Galbfrisa, S.L. y otros contra Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), As. C-110/98 a C-147/98 —EDJ 2000/2776—).

Luchar contra la corrupción no debe ser hacerlo a favor de la indemnización del licitador que debió ser adjudicatario y, ésta mediante, le impidió serlo. Además, su plazo de resolución y los efectos de la misma, sea expresa o presunta, hacen que la suspensión automática no tenga por qué ser estigmatizada, como tampoco lo está en el caso de los recursos ante el ejercicio de la potestad sancionadora.

LA EXTRAÑEZA AL CONOCER A LOS TERCEROS DE BUENA FE

Ana Sánchez Lamelas

RESUMEN: 1. Introducción. 2. Los terceros de buena fe según la jurisprudencia del TS. 3. La perplejidad: ¿qué hay del derecho a la tutela judicial efectiva? ¿Dónde está la seguridad jurídica? A) Sobre la insatisfacción de las reglas sobre emplazamiento a los interesados en el recurso contencioso. B) Sobre las medidas cautelares: la difícil anotación del recurso en el Registro de la Propiedad. 4. Aviso para navegantes: quienes fueron parte en el proceso no son terceros de buena fe a los efectos del art. 108.3: el titular de la licencia y otros. 5. El peso de la jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad por actuaciones urbanísticas. 6. Bibliografía. 7. Anexo.

SUMARIO: La interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho del artículo 108.3 de la LJCA y, en concreto, del concepto de «tercero de buena fe» desvela algunos fallos en el control judicial de actuaciones urbanísticas. Fallos en el sistema de emplazamiento a los interesados en los recursos contenciosos; insatisfacción en el sistema de responsabilidad patrimonial derivado de actuaciones urbanísticas; e inoperancia del sistema de justicia cautelar.

PALABRAS CLAVE: ejecución de sentencias, urbanismo, derribo, tercero de buena fe, responsabilidad administrativa.

SUMMARY: The interpretation that the Supreme Court has made of article 108.3 of the Law of contentious administrative jurisdiction and, in particular, of the concept of «third party in good faith» reveals some essential judgments in the judicial control of urban actions. Failures in the system of location to those interested in contentious remedies; dissatisfaction in the system of patrimonial

responsibility derived from urban actions; and inoperativeness of the system of precautionary justice.

KEYWORDS: execution of sentences, town planning, third in good faith, administrative responsibility.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 108.3 se introdujo precipitadamente durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 7/2015, añadiéndose a última hora, ya en el Senado, al paquete de reformas de la LJCA que el proyecto de ley contemplaba¹. Se trata de una reforma de gran calado que se introdujo sin el debate y reposo que requiere una medida de esta naturaleza y alcance, siendo quizás esta falta de reflexión la que ha dado lugar a una redacción que plantea no pocos problemas interpretativos y que está generando importantes dificultades en su aplicación como lo demuestra el ya numeroso grupo de Sentencias del TS que se ocupan del mismo². Podríamos decir, de hecho, que no existe prácticamente ninguna palabra del mismo que no haya sido cuestionada.

El precepto dispone lo siguiente:

El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

¹ Una explicación completa del nacimiento del precepto puede verse en A. Sánchez Lamelas (2017).

² Hasta la fecha se han admitido 15 recursos de casación directamente relacionados con el art. 108.3 bajo el nuevo régimen de este recurso, de los cuáles se han resuelto 13. A estas 13 Sentencias hay que sumar una dictada bajo el régimen de la casación anterior, de manera que son ya 14 las Sentencias del TS que interpretan distintos aspectos del precepto: SSTS 1409/2017, 21 septiembre; 475/2018, de 21 marzo; 476/2018, de 21 marzo; 868/2018, de 25 mayo; 905/2018, de 1 junio; 1020/2018, de 18 junio; 1102/2018, de 28 de junio; 1119/2018, de 2 julio; 1191/2018, de 11 julio; 1673/2018, de 27 de noviembre; 1749/2018, de 10 de diciembre; 46/2019, de 22 de enero; 62/2019, de 28 de enero; y 263/2019, de 26 de febrero. En el Anexo que figura al final de estas páginas se identifican estas SSTS y las Sentencias que ordenan el derribo, su objeto y las partes en el proceso.

Del nutrido grupo de interrogantes que plantea este artículo, mi comunicación se refiere únicamente al contenido y alcance que el Tribunal Supremo otorga a la expresión «terceros de buena fe».

Me he centrado en este aspecto por dos motivos: de un lado por elementales razones de espacio; de otro, porque la identificación de estos sujetos, lejos de ser una cuestión menor, entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva y la justicia cautelar. Su incómoda presencia en la fase de ejecución de sentencia nos lleva a reflexionar, de nuevo, sobre nuestro sistema de emplazamiento a los interesados, las medidas cautelares y en último término sobre el sistema de responsabilidad patrimonial.

2. LOS TERCEROS DE BUENA FE SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TS

Resumiendo el contenido del conjunto de Sentencias del TS que hasta la fecha se han dictado sobre el artículo 108.3, podemos construir el concepto de tercero de buena fe señalando, en primer lugar, que no es el tercer hipotecario adquirente de buena fe, sino cualquier sujeto que pueda tener derecho a una indemnización como consecuencia del derribo, haya o no inscrito su adquisición en el registro de la propiedad³. En sentido positivo, dice el TS⁴,

«el precepto se refiere a terceros de buena fe que, en tal concepto, puedan resultar titulares de una indemnización debida, por lo que, teniendo en cuenta que hablar de indemnización debida implica, salvo excepciones, la buena fe del perjudicado, ha de entenderse que el ámbito subjetivo al que se refiere el precepto se identifica con los terceros de puedan resultar beneficiarios de una indemnización, es decir, que puedan invocar e instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización, condición que, consiguientemente, no puede circunscribirse a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral sino

³ J. V. Mediavilla Cabo (2017: 34) propone que el concepto de tercero de buena fe debe abarcar no solo a los legítimos titulares de los inmuebles, sino también, en su caso, a los titulares de otros derechos que pueden concurrir sobre las viviendas. Piénsese en el supuesto de un inmueble con sentencia firme de derribo que pertenece a tres hermanos que lo han heredado de su padre fallecido, y sobre el que la cónyuge viuda del difunto ostenta un derecho de usufructo vitalicio (*cautela socini*), así reconocido expresamente en testamento. En el supuesto de que efectivamente concurrieran los supuestos legalmente exigidos para que fuese viable una acción de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento en este caso anormal de la Administración (derivado de la anulación judicial de la licencia y subsiguiente demolición), no cabe duda de que junto a la indemnización correspondiente al valor del inmueble sería preciso indemnizar a la usufructuaria por la extinción de su derecho y, obviamente, la obligación de afianzamiento abarcaría el citado derecho, ostentando la viuda el carácter de tercera de buena fe.

⁴ Por primera vez se explica el sentido positivo y negativo del concepto «tercero de buena fe» en la STS 475/2018 y luego se reitera en muchas otras, si bien se acota más el concepto.

que ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados».

En sentido negativo «*la condición de tercero implica que el título de imputación de la responsabilidad, que se trata de reparar mediante la indemnización debida, es ajeno y no ha sido ni ha podido ser objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues en tal caso, titulares de licencia, promotores [...] ha de estarse al ejercicio de su derecho en el proceso y las declaraciones efectuadas al respecto de la sentencia, ya que el art. 108.3 trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo, sin que suponga reabrir una vía de tutela de quienes, no teniendo la condición de terceros en el proceso, pudieron hacer valer sus derechos en el mismo».*

En segundo lugar señala el TS que el tercero no es sólo el titular de edificaciones destinadas a vivienda habitual, pudiendo tratarse de edificios destinados a una actividad profesional, residencia vacacional o segunda residencia.

En tercer lugar, y este es el aspecto más polémico, la condición de tercero implica que se trata de una persona que no fue parte en el proceso lo cual excluye, señala el TS, al promotor que obtuvo la licencia declarada nula. El art. 108.3, insisten las Sentencias, se refiere a quienes no son los titulares de la licencia, personas que pueden verse afectados por la demolición, pero no han sido parte en el proceso ni pudieron serlo. De esta manera se excluye tanto a quienes fueron parte en el proceso como a quienes fueron emplazados pero voluntariamente no acudieron al proceso.

A los interesados que fueron emplazados pero no acudieron al proceso se refiere un farragoso apartado de algunas de las Sentencias que literalmente reproducimos en el que se dice:

«el artículo 108.3 trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo, sin que suponga reabrir una vía de tutela de quienes, no teniendo la condición de terceros en el proceso, pudieron hacer valer sus derechos en el mismo».

Pese a la falta de claridad del extracto parece, en efecto, que el TS excluye tanto a quienes fueron efectivamente parte en el proceso como a quienes pudieron serlo pero no hicieron valer su derecho, es decir, quienes fueron emplazados, lo que deja únicamente dentro del concepto de tercero de buena fe a quienes no fueron emplazados pese a ser evidente que eran titulares de un derecho subjetivo que podrían verse afectados por la Sentencia o quienes llegaron a adquirir la condición de terceros de buena fe una vez en marcha el proceso.

Las preguntas que inmediatamente surgen ante esta interpretación son evidentes:

- ¿cómo es posible que se tramite todo un proceso contencioso que finalmente ordena el derribo de una edificación sin emplazar al propietario?;
- ¿cómo permite el ordenamiento jurídico que se pueda adquirir una vivienda sin tener conocimiento de que está en duda su legalidad urbanística?;
- ¿no es tercero de buena fe y no tiene, por lo tanto, derecho a indemnización, quien construye una edificación al amparo de una licencia otorgada por la Administración que posteriormente es anulada judicialmente?

A estas cuestiones me referiré en los apartados que siguen.

3. LA PERPLEJIDAD: ¿QUÉ HAY DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA? ¿DÓNDE ESTÁ LA SEGURIDAD JURÍDICA?

Si para ser considerado tercero de buena fe es preciso no haber sido parte en el proceso contencioso, y no haber sido emplazado, el TS está poniendo de manifiesto una realidad innegable y consolidada, a saber: que es perfectamente posible que se tramite todo un proceso contencioso, que finalmente acabe con una Sentencia ordenando el derribo de una edificación, sin emplazar a su propietario⁵. Es más, es perfectamente posible en nuestro sistema actual que se adquieran viviendas sin tener conocimiento de que su legalidad urbanística está siendo cuestionada en un proceso judicial.

Lo primero nos lleva a cuestionar el régimen jurídico del emplazamiento en el recurso contencioso, mientras que lo segundo nos remite al régimen jurídico de las medidas cautelares.

A) SOBRE LA INSATISFACCIÓN DE LAS REGLAS EN MATERIA DE EMPLAZAMIENTO A LOS INTERESADOS EN EL RECURSO CONTENCIOSO

Recordemos que la obligación de emplazamiento personal en nuestra LJCA se limita a quienes aparecen como interesados en el expediente administrativo,

⁵ En el Cuadro que figura al final de estas páginas se puede ver que el emplazamiento alcanza únicamente al titular de la licencia, y que normalmente no se comunica el recurso a los propietarios.

lo que deja fuera a todos aquellos que adquirieron derechos sobre los inmuebles en virtud de contratos civiles y que son ajenos, por lo tanto, al expediente administrativo. Son personas cuya existencia e identificación es totalmente desconocida para el expediente que dio lugar al otorgamiento de la licencia o a la aprobación del plan y, en consecuencia, no existe el deber de emplazarlos.

Es más, el deber de emplazamiento alcanza únicamente a quienes son interesados al momento de la interposición del recurso y no incluye a los que después de haberse iniciado el proceso contencioso-administrativo adquieren la condición de titulares de derechos o de intereses legítimos. Éstos podrán comparecer o actuar en el procedimiento ya en marcha como demandados, en virtud del emplazamiento edictal o por propia iniciativa, pero no se impone ni a la Administración demanda ni al órgano judicial la obligación de llamarles al proceso⁶.

No debemos olvidar que en el recurso contencioso no existe el defecto de falta de litisconsorcio pasivo necesario tal y como se contempla en la legislación procesal civil⁷. El recurrente cumple adecuadamente sus deberes procesales identificando el acto o actividad contra la que recurre, y es a la Administración autora del acto a quien corresponde el deber de emplazar a todos aquellos que aparezcan como interesados en el expediente a fin de que se personen como demandados en el proceso. El órgano judicial controlará que se han realizado correctamente los emplazamientos, si bien no le es exigible una especial labor de indagación, siendo suficiente con emplazar a quienes aparezcan como interesados en el expediente, en el escrito de interposición o en el de demanda⁸.

En estas condiciones parece claro que no existe en nuestro ordenamiento el deber de llamar al proceso urbanístico en el que se está cuestionando la legalidad de la licencia, el estudio de detalle o la clasificación del suelo, al propie-

⁶ SSTs de 30 enero 2003 y STS de 18 diciembre 2000 entre muchas otras así como SSTC núm. 18/2002 de 28 enero; 65/1994, de 28 de febrero y 122/1998, de 15 de junio.

⁷ A modo de ejemplo la STS de 2 de marzo de 2010 (recurso de Casación núm. 1440/2008) explica que «*la institución del litisconsorcio pasivo necesario no puede ser aplicada sin más al [proceso] contencioso-administrativo*» (...) *el recurso contencioso-administrativo se formula frente a disposiciones o actos, correspondiendo al juez o tribunal el cumplimiento de lo establecido en los artículos 21 y 47 a 50 de la propia Ley Jurisdiccional, sin que existan otras causas de inadmisión que las previstas en los artículos 51 y 69 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*». En el mismo sentido las SSTs de 17 de mayo y 17 de enero de 2000.

⁸ SSTC núm. 125/2000 de 16 mayo y 79/2009, de 23 de marzo. En esta última se advierte claramente que «... pesa sobre los órganos judiciales la responsabilidad de velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, sin que, claro está, ello signifique exigir al Juez o Tribunal correspondiente el despliegue de una desmedida labor investigadora (SSTC 334/1993, de 15 de noviembre, F. 2; 113/1998, de 1 de junio, F. 2; 26/1999, de 8 de marzo, F. 8; 1/2000, de 17 de enero, F. 3; 102/2003, de 2 de junio, F. 2, por todas)».

tario del inmueble. Tal es así que se puede comprobar cómo sólo en 1 de los 11 asuntos que han dado lugar a las Sentencias del TS sobre el artículo 108.3 fueron emplazados los propietarios.

Este sistema ha sido puesto en entredicho, sin embargo, por el TEDH que ha realizado una interpretación más generosa del deber de emplazamiento que alcanzaría a quienes son conocidos para la Administración no sólo por el expediente que hubiera dado lugar a la licencia o plan recurrido sino incluso a quienes son conocidos como consecuencia, por ejemplo, del pago de tributos o por figurar en el Registro de la Propiedad (STEDH Sección 3.^a, Caso Aparicio Navarro y García San Miguel Y Orueta contra España. Sentencia de 10 enero 2017). Dice así la citada Sentencia:

«... el TEDH observa que tal como se ha subrayado por los demandantes (párrafo 15 anterior), la apelación planteada por el promotor inmobiliario refería la existencia de terceros adquirentes de buena fe, propietarios de los apartamentos en el inmueble en cuestión. Al contrario de lo que quedó establecido en el antedicho Auto de 15 de septiembre de 2009, se desprende claramente del escrito de alegaciones del Ayuntamiento de 18 de marzo de 2009 presentado ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que los demandantes eran perfectamente identificables (estos figuraban por ejemplo en el Registro de la Propiedad desde el 2001 y satisfacían el IBI desde 2002)».

Siguiendo esta doctrina del TEDH, y porque es también una exigencia mínima y lógica, la incómoda presencia del tercero al momento de la ejecución nos recuerda que es esencial reforzar los mecanismos de indagación y emplazamiento a posibles interesados, máxime cuando ello no suponga un esfuerzo excesivo para la Administración autora de la actuación recurrida. En estos casos, en los que está en juego el derecho a la vivienda, deberían articularse mecanismos que, por un lado, permitan llamar a todos aquellos que puedan verse afectados por el proceso y, por otro, impidan que se generen nuevos titulares de derechos desconocedores del conflicto una vez entablado.

Entre este tipo de herramientas tienen especial utilidad los registros que como el Catastro y el Registro de la Propiedad permiten conocer la identidad de los titulares afectados al momento de la interposición del recurso. El Registro de la Propiedad es, además, el sistema idóneo para proporcionar la publicidad necesaria que permite alertar a los posibles compradores sobre la existencia de procesos judiciales en marcha que pueden afectar a los bienes inmuebles.

La realidad demuestra, sin embargo, que la legislación actual es ineficaz⁹ y que no exige acudir siquiera a estos mecanismos de conocimiento e indagación.

⁹ En contra de nuestro criterio, tras analizar el sistema español de emplazamiento y la jurisprudencia del TEDH, en especial la Sentencia Aparicio Navarro, considera el magistrado

Es más, como seguidamente veremos, la legislación actual no permite utilizar todo el potencial del Registro de la Propiedad como medida cautelar para alertar de los procesos judiciales contencioso-administrativos en materia urbanística.

B) SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES: LA DIFÍCIL ANOTACIÓN DEL RECURSO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La interposición de un recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención es inscribible en el Registro de la Propiedad¹⁰. Es una medida cautelar que puede pedir el actor indicando las fincas concretas y determinadas a las que afecta, que exige caución para responder de los perjuicios que pueden causarse al titular de la finca o derecho anotado en el Registro, y que acordará, en su caso, el órgano judicial¹¹.

Es una inscripción no obligatoria¹², a diferencia de los supuestos en que la Administración incoa determinados expedientes de disciplina urbanística¹³. Es, en fin, una medida cuya existencia depende, entre otras condiciones, de la solicitud del demandante quien, al no ser beneficiado por la misma, normalmente no acudirá a esta garantía cautelar, máxime si para ello debe prestar caución. Téngase en cuenta que la anotación registral no sirve tanto proteger los intereses del recurrente como para alertar a terceros adquirentes de la po-

C. Tolosa Triviño (2019) que la interpretación que están haciendo los tribunales españoles y la normativa que le sirve de base se acomoda a la tutela de los derechos fundamentales reconocida por el Convenio.

¹⁰ Art. 65.1.f del RD Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

¹¹ Arts. 67 a 69 del RD 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

¹² I. Revuelta Pérez (2011: 110) aboga por la anotación preventiva obligatoria de la interposición de recurso contencioso-administrativo contra las licencias urbanísticas en el Registro de la Propiedad. Si no se ha hecho así hasta ahora, explica, es porque se ha dado preferencia a la posición jurídica de los promotores (los peticionarios de la licencia), pues un sistema de anotación preventiva automática paralizaría la actividad económica. No es lógico, sin embargo, que esta protección del promotor lleve a que el tercer adquirente de buena fe sea la víctima de la declaración de ilegalidad de la licencia y se demuela su vivienda, muchos años después de haberla adquirido. A su juicio sería mucho más eficaz establecer, con carácter general, la obligación del juez de ordenar, al mismo tiempo que admite el recurso contra la licencia, la anotación preventiva del mismo. Un sistema de publicidad registral automático como este provocaría, desde luego, una paralización de las compraventas urbanísticas.

¹³ Art. 65.2 y 11.5 del RD Legislativo 7/2015.

sible nulidad del instrumento de ordenación urbanística o de la licencia que ampara la edificación¹⁴.

A lo anterior hemos de añadir que la jurisprudencia del TS se muestra especialmente restrictiva a la hora de acceder a la anotación en el Registro de la Propiedad. En este sentido es de destacar cómo en las recientes SSTs 1238/2018, de 19 de junio y 1403/2018, de 20 de septiembre, se sienta como doctrina que la anotación es una medida cautelar en sentido estricto y, como tal, debe cumplir los requisitos previstos en los artículos 129 y siguientes de la LJCA. Entre ellos, recuerda el TS, que la medida cautelar se debe justificar en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

Esta exigencia, como se puede comprender, hace prácticamente imposible que la medida se adopte dado que difícilmente la finalidad del recurso (que, por ejemplo, se declare la nulidad de una licencia) se verá obstaculizada por su falta de anotación en el Registro¹⁵.

La publicidad del recurso es, como venimos diciendo, más una protección a terceros que una medida a favor de la ejecución de una Sentencia que, como también hemos apuntado, se impone incluso frente a los terceros de buena fe que adquieran los inmuebles.

Así las cosas, la seguridad jurídica se resiente, los compradores de las edificaciones no conocen la existencia de los recursos y tampoco serán llamados al proceso contencioso dado que no consta su existencia en el expediente administrativo en virtud del cual se otorgó la licencia, se aprobó el estudio de detalle, el proyecto de reparcelación, el plan parcial o el instrumento urbanístico correspondiente. Aparecen así los terceros de buena fe en la fase de ejecución de Sentencia cuando ya es tarde y sólo por la vía de la responsabilidad patrimonial, una vez materializado el derribo, se les podrá indemnizar el daño causado.

¹⁴ Según reiterada jurisprudencia del TS, la existencia de terceros de buena fe no impide la ejecución de Sentencias que ordenan el derribo de edificaciones ilegales, con lo que el interés del demandante en proceder a la inscripción del recurso será normalmente mínimo o inexistente. Una completa síntesis y una muy interesante crítica de la jurisprudencia del TS al respecto, con propuestas de mejora, puede verse en I. Revuelta Pérez, y E. Narbón Lainez (2010).

¹⁵ V. Guilarte Gutiérrez (2011: 115) da cuenta de la contradicción del TS cuando en diversas Sentencias, que cita en su trabajo, se justifica la anotación de demanda para evitar que pierda su finalidad legítima el recurso. Si la existencia de terceros de buena fe no impide la ejecución del derribo existe, sin duda, una contradicción en el planteamiento y la conclusión.

4. AVISO PARA NAVEGANTES: QUIENES FUERON PARTE EN EL PROCESO NO SON TERCEROS DE BUENA FE A LOS EFECTOS DEL ART. 108.3: EL TITULAR DE LA LICENCIA Y OTROS

En un primer momento el TS parece referir la condición de tercero a la de perjudicado, incluyendo a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados.

La condición de tercero, siguen diciendo estas primeras Sentencias, implica que el título de imputación de la responsabilidad es ajeno y no ha sido ni ha podido ser objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues en tal caso (titulares de licencia, promotores...), ha de estarse al ejercicio de su derecho en el proceso y las declaraciones efectuadas al respecto de la sentencia, ya que el art. 108.3 trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo.

En pronunciamientos posteriores el TS aclara, sin embargo, que no pueden considerarse terceros de buena fe, beneficiarios por tanto de la garantía prevista en el art. 108.3, quienes hubieran intervenido en el proceso como es caso del promotor o titular de la licencia e, incluso, quien fuera copropietario del inmueble con el titular de la licencia.

La razón de esta exclusión, en palabras del propio TS, es la siguiente:

«el promotor que obtuvo la licencia declarada nula no puede ser considerado tercero de buena fe comprendido en el artículo 108.3 LRJCA. En primer lugar, porque como titular de la licencia ha sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerado tercero. En segundo lugar, el artículo 108.3, viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso.

En definitiva, el titular de la licencia declarada nula que ha intervenido en el recurso, no es un tercero ajeno al proceso al que se le pueda tener como tercero de buena fe a los efectos del art. 108.3 LRJCA»¹⁶.

De esta manera, la condición de tercero, entendido como ajeno, no viene referida al título de imputación de la responsabilidad, como dijera inicialmente la STS 475/2018, sino al proceso en que se dicta la Sentencia. En definitiva, que quien haya sido parte en el proceso no es ajeno al mismo y no puede ser considerado tercero de buena fe a los efectos del art. 108.3. Esta consolidada doctrina del TS plantea algunas incógnitas y alguna crítica.

¹⁶ STS 1020/2018, de 18 de junio.

En primer lugar, el TS mezcla dos cuestiones que tienen distinto fundamento y régimen jurídico como son la ajenidad del proceso urbanístico y la ajenidad respecto del título de imputación. Esta segunda, la condición de tercero respecto al título de imputación hace referencia a los sujetos que pueden ser merecedores del derecho a una indemnización como consecuencia de la anulación de una licencia o plan de urbanismo que conlleva el derribo, mientras que la segunda se refiere a la condición de codemandado en el proceso urbanístico en el que se dicta la Sentencia que ordena el derribo.

Una y otra obedecen a lógicas distintas siendo perfectamente posible haber sido parte codemandada en el recurso contencioso urbanístico y, sin embargo, ser titular del derecho a una indemnización.

En cualquier caso, el derecho a indemnización no habrá sido objeto de ningún pronunciamiento en el recurso contencioso que ordena el derribo, puesto que ni el titular de la licencia ni el comprador posterior habrán podido hacer valer su derecho a la indemnización en el proceso urbanístico.

En efecto, la intervención en el proceso urbanístico de quienes son titulares de derechos que pueden verse afectados por la Sentencia que ordena el derribo, será siempre en condición de codemandados, esto es, en defensa de la legalidad urbanística. La posición procesal que ocupa el titular de la licencia le habrá permitido colaborar con la Administración en la defensa de la legalidad de la licencia o el plan finalmente anulado, pero en ningún caso les habrá dado la oportunidad de reclamar su derecho a una indemnización para el caso de ser declarados ilegales el acto o la licencia.

Es evidente que, aunque el art. 31 de la LJCA permite que se sustancien en el contencioso tanto las pretensiones relativas a la declaración de nulidad de los actos como las relativas al reconocimiento de la correspondiente indemnización, esta posibilidad sólo se atribuye al demandante, no al demandado o codemandado cuya posición procesal, como decimos, le permite únicamente defender de la legalidad de la actuación administrativa.

En consecuencia no es correcto sostener, como parecen decir en las STS sobre el art. 108.3, que quien ha sido parte en el proceso ha podido hacer valer su derecho. En absoluto, podrá haber defendido la legalidad de la actuación administrativa impugnada, pero nunca su derecho a una indemnización.

En cualquier caso a día de hoy, conforme señala el TS, la condición de tercero requiere no haber sido parte en el proceso urbanístico lo cual plantea la incógnita de en qué situación quedan quienes no siendo titulares de la licencia inicial ni promotores se personan en el proceso, bien por ser emplazados o bien porque tienen noticia extrajudicial de su existencia.

A mi juicio, pese a la falta de claridad del art. 108.3¹⁷, su finalidad y razón de ser es, más bien, la de garantizar el derecho a la indemnización que causa el derribo para quienes son ajenos a la producción del daño, hayan participado o no en el proceso urbanístico, eso es irrelevante. Exigir su ausencia en el recurso contencioso introduce un elemento distorsionador que no se comprende fácilmente ni se justifica, máxime si se tiene en cuenta que es perfectamente posible, aunque no habitual, que existan compradores protegidos por la buena fe registral, que acudan al contencioso urbanístico en caso de conocer extraprocesalmente su existencia. Estos terceros, ajenos al procedimiento administrativo que dio lugar a la licencia o plan, que se personan como codemandados, es decir, en defensa de la legalidad de la actuación administrativa ¿perderán su condición de terceros a efectos de la garantía del 108.3 por no haber sido ajenos al proceso?

5. EL PESO DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR ACTUACIONES URBANÍSTICAS

En otro orden de consideraciones, la exclusión del titular de la licencia o promotor, como tercero de buena fe, beneficiario de la garantía suficiente de su futura indemnización, tal vez pueda venir influenciada por la reciente jurisprudencia en materia de responsabilidad por actuaciones urbanísticas que, por unas u otras circunstancias, viene a negarle el derecho a la indemnización.

Comienza a abrirse paso la idea de que en determinadas situaciones puede existir para la empresa constructora una asunción de riesgo empresarial que determine la inexistencia de su derecho a la indemnización. Es el caso de la reciente Sentencia núm. 1650/2017 de 31 octubre, en la que el TS considera que una empresa no tiene derecho a indemnización dado que sabía y conocía el riesgo que asumía al adquirir una finca con unos terrenos pendientes de ser reclasificados y condicionando la compraventa de la finca a ello. Es más, sigue diciendo el TS, la empresa insistió y financió el proceso de transformación urbanística, conocía e intervino en la revisión jurisdiccional que dio lugar a la anulación de las Normas, pese a lo cual decidió continuar con las inversiones necesarias para el desarrollo del planeamiento lo cual, siempre según el TS, es una actuación que, en el terreno de la lógica empresarial puede resultar entendible, pero, sin duda, en el terreno que nos ocupa de lo jurídico conlleva la asunción del riesgo que tal actuación implica.

¹⁷ C. Tolosa Triviño (2019) señala, con toda razón, que el precepto no se refiere a perjudicados, sino a terceros, y lamenta que el legislador no haya mostrado más cuidado al redactar el precepto. Siendo esto cierto también lo es que la referencia a la condición de tercero podía haberse interpretado como ajeno al título de imputación y no como ajeno al proceso.

En otras ocasiones se desliza la sombra de la duda sobre la connivencia del promotor en la generación de la ilegalidad o, al menos, su consciencia de la ilegalidad. Es el caso de la STS núm. 662/2018 de 24 abril, sobre el largo y conocido proceso del Forti de la Reina en Tarragona. En esta última Sentencia llega a decir el TS que: *«Fortín de la Reina obtuvo la nulidad de pleno derecho de su licencia de obras por radicar la edificación en un espacio libre de uso público. La nulidad radical no sólo es insubsanable y originaria, sino que cabe establecer como, al menos, problemática, que tal la licencia fuera obtenida de buena fe por el titular»*.

Si a estas recientes Sentencias le sumamos la jurisprudencia existente sobre el deber de soportar las consecuencias lesivas resultantes de la anulación de actos administrativos que se dictan dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de la Administración Pública, no cabe duda de que la responsabilidad administrativa frente al promotor, titular de la licencia, difícilmente tiene cabida¹⁸.

En efecto, si la licencia, aunque ilegal y nula, se otorgó siguiendo una interpretación razonable de las normas, entonces el promotor deberá soportar la lesión. Si la licencia se otorgó mediando una grosera irregularidad, con una falta total de razonabilidad, siguiendo una interpretación irracional de la norma, entonces sospecharemos que el promotor debía saberlo y pierde su condición de buena fe o bien que asumió el riesgo empresarial de la interpretación forzada de la norma urbanística.

Toda una advertencia para los solicitantes de licencias y promotores de planes.

Una última cuestión sobre el problema de la responsabilidad derivada de actuaciones urbanísticas que afecta no sólo a los promotores sino a cualquier perjudicado por la orden de derribo, es la relativa al plazo para reclamar. La reciente STS 1174/2017, de 10 de julio, establece como doctrina procedente, con carácter general, la siguiente:

*«... en los supuestos en los que la ejecución de la sentencia implica la demolición de lo construido— la que señala que, como regla general, **debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble construido al amparo del acto o disposición impugnado»***.

De consolidarse esta doctrina no cabe duda de que será irrelevante que se constituya la garantía prevista en el artículo 108.3 de la LJCA dado que es evidente a todas luces que ninguno de los afectados por los derribos, terceros de buena fe o cualquier otro, se encuentran dentro del plazo para reclamar.

¹⁸ Me remito al trabajo de Fernández, T. R. (2018) en el que se analiza críticamente esta jurisprudencia.

De todo lo anterior se sustraen algunas advertencias o avisos:

En primer lugar para el comprador de una vivienda:

- es posible que exista un recurso contencioso en que se esté analizando la legalidad de la licencia que sustenta la edificación que se quiere comprar y que usted no lo sepa. El Registro de la Propiedad no le advertirá de ese problema;
- es posible, incluso, que el recurso contra la licencia se entable después de que usted haya comprado la vivienda y, sin embargo, no le comuniquen su existencia.

En segundo lugar para el promotor o titular de la licencia:

- la licencia que le ha sido concedida puede ser ilegal y no le garantiza en absoluto el derecho a ser indemnizado en caso de ser anulada. Si la decisión de concederle la licencia se basa en una interpretación razonable de las normas tendrá usted el deber de soportarlo; si, al contrario, la licencia fue fruto de una interpretación irracional usted debía saberlo y asumió el riesgo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Fernández, T. R. (2018): «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, pp. 221-237.
- Guilarte Gutiérrez, V. (2011): *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*, Valladolid, Lex Nova, 147 pp.
- Mediavilla Cabo, J. V. (2017): «Reflexiones en relación al artículo 108.3 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 43, pp. 21-36.
- Revuelta Pérez, I. (2011): «Demoliciones urbanísticas y buena fe dominical», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm.23, pp. 97-112.
- Revuelta Pérez, I. y Narbón Lainez, E. (2010): «Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, pp. 1595-1646.
- Sánchez Lamelas, A. (2017): «El artículo 108.3 de la LJCA. La ejecución de sentencias de derribo y la garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe», en VV.AA., Navarro Vega, M. B. (corr.), *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: el recurso de casación y la ejecución de las sentencias de derribo*, Tirant lo Blanch, pp. 173-212.
- Tolosa Triviño, C. (2019): «La demolición de viviendas ilegales, el art. 108.3 LJCA y la protección de los derechos fundamentales en la doctrina del TEDH», en *Derecho.com*, Lefebvre, 11/03/2019.

7. ANEXO

SENTENCIAS DEL TS SOBRE EL 108.3	SENTENCIAS QUE ORDENARON EL DERRIBO		
	Identificación	OBJETO	PARTE DEMANDADA
STS 1049/2017	Sentencia TSJ de Galicia 21/12/90 (Recurso 748/1987)	Desestimación presunta de recurso de reposición contra acuerdo municipal (Ayto. Bueu-Pontevedra) de 28/06/1986 sobre adopción de medidas para proteger la legalidad urbanística ante las obras de construcción de un edificio en Loureiro	Ayuntamiento de Bueu ⁽¹⁾
STS 475/2018, de 21 de marzo	Sentencia TSJ de Cantabria 23/04/00 (Recurso 1850/1998)	Licencia municipal de obras de 4/11/1997 para la construcción de viviendas unifamiliares otorgada a la empresa SATEC SL.	Ayuntamiento de Argoños Titular de la licencia: SATEC, S.L.
STS 476/2018, de 21 de marzo	Sentencia TSJ de Cantabria 11/05/03 (Recurso 1200 y 1914/1998)	Estudio de Detalle aprobado el 4/07/1997, presentado por Satec S.L. y Licencia municipal de obras concedida a SATEC S.L. el 17/07/97 para la construcción de tres bloques de viviendas y dos chalets bifamiliares, respectivamente.	Ayuntamiento de Argoños Promotor del Estudio de Detalle y Titular de la licencia: SATEC, S.L.

SENTENCIAS QUE ORDENARON EL DERRIBO		SENTENCIAS QUE ORDENARON EL DERRIBO	
SENTENCIAS DEL TS SOBRE EL 108.3	Identificación	OBJETO	PARTE DEMANDADA
STS 868/2018, de 25 de mayo	Sentencia del Juzgado c-a núm. 3 de Pontevedra 24/10/03 (PO 105/02) Y Sentencia TSJ Galicia 19/10/06 (Recurso de Apelación 4008/2004)	Decreto 258/2002 del Ayuntamiento de A Guarda que inadmite el requerimiento de revisión de oficio de determinadas licencias efectuado por el Concelleiro de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda el 14/06/02.	Ayuntamiento de A Guarda Titular de la licencia: Poallo S.L. ⁽²⁾
STS 905/2018, de 1 de junio	Sentencia TSJ de Cantabria 14/09/98 (Recurso 1721/1996)	Licencia municipal de obras de 17/07/1996 para la construcción de 17 viviendas unifamiliares otorgada a la empresa Nuevo Liencres S.L.	Ayuntamiento de Piélagos Titular de la licencia: Nuevo Liencres S.L. ⁽³⁾
STS 1020/2018, de 18 de junio	Sentencia TSJ de Cataluña 03/12/14 (Recurso 80/2011)	Acuerdo de la Comissió Territorial d'Urbanisme de la Catalunya Central de 20/10/2010 que aprueba proyecto en suelo no urbanizable para la rehabilitación y ampliación de una masía como vivienda familiar.	Generalitat de Catalunya, Ayuntamiento de Sant Salvador de Guardiola Titular de la licencia: D.ª Piedad
STS 1102/2018, de 28 de junio	Sentencia TSJ de Cantabria 02/11/00 (Recurso 1715/1998)	Licencias municipales de obras de 03/10/1997 para la construcción de tres, cuatro y dieciocho viviendas unifamiliares otorgada a la empresa Calas del Norte, SL	Ayuntamiento de Piélagos Titular de la licencia: Calas del Norte S.L. ⁽⁴⁾

SENTENCIAS DEL TS SOBRE EL 108.3	SENTENCIAS QUE ORDENARON EL DERRIBO		
	Identificación	OBJETO	PARTE DEMANDADA
STS 1119/2018, de 2 de julio	Sentencia TSJ de Cantabria 24/07/01 (Recurso 1749/1998)	Licencia municipal de obras de 07/05/1998 para la construcción de 21 viviendas unifamiliares.	Ayuntamiento de Piélagos Titular de la licencia: Promociones Valle de Mortera, S.A. ⁽⁵⁾
STS 1191/2018, de 11 de julio	Sentencia TSJ de Cantabria 28/05/07 (Recurso 1993/1998) ⁽⁶⁾	Licencia municipal de obras de 47/11/1997 para la construcción de 91 viviendas unifamiliares	Ayuntamiento de Argoños Titular de la licencia: Inversiones Ardine S.A. y algunos propietarios de los inmuebles ⁽⁷⁾ .
STS 1673/2018, de 27 de noviembre	Sentencia TSJ de Cantabria 09/12/92 (Recurso 716/1992)	Denegación presunta de la petición dirigida al Ayuntamiento por una Asociación de Vecinos en fecha 24/06/91 interesando la demolición de un edificio destinado a viviendas y garajes, construido por la entidad codemandada	Ayuntamiento de Escalante Titular de la licencia: la mercantil Villa de Escalante ⁽⁸⁾
STS 1749/2018, de 10 de diciembre	Sentencia TSJ de Cantabria 05/07/00 (Recurso 1191/1998)	licencia de obras de 20/06/97 para la construcción de viviendas que se concede a «ATC Asociado de Transacciones»	Ayuntamiento de Argoños
STS 46/2019, de 22 de enero ⁽⁹⁾	Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Santander (Recurso 185/1999)		

SENTENCIAS QUE ORDENARON EL DERRIBO		PARTE DEMANDADA
SENTENCIAS DEL TS SOBRE EL 108.3	Identificación	OBJETO
STS 62/2019, de 28 de enero ⁽¹⁰⁾		Licencia de obras para vivienda unifamiliar
STS 263/2019, de 28 de febrero	Sentencia TSJ de Cantabria 19/07/00 (Recurso 1996/1998)	Licencia de obras de 17/07/97 para la construcción de dos viviendas unifamiliares y reforma y ampliación de otras tres a «Pepin Cano, Construcciones y Canteras, S.L.» y licencia de obras de 19/11/97 para construir cuatro viviendas unifamiliares aisladas a favor de la Empresa «Construcciones Munar-go S.L.»

(1) La Sentencia del TSJ de Galicia 21/12/90 no se encuentra en las bases de datos de común acceso. No obstante, a través de la STS de 8 de octubre de 2001 tenemos conocimiento de que el promotor de la obra interpuso recurso de casación núm. 958/1997 contra la citada Sentencia del TSJ de Galicia aduciendo no haber sido emplazado en dicho procedimiento del que no tuvo conocimiento hasta ser requerido para la demolición acordada en la sentencia. La STS relata que en junio de 1986 el Ayuntamiento acordó el cambio de la titularidad de la licencia de obras que en su día se había concedido a un propietario anterior. Se incoó expediente de infracción urbanística contra el señor P. B. por supuesto incumplimiento del convenio urbanístico, ordenándose el 3 de septiembre de 1986, la suspensión de la obra, concluyendo la obra el 19 de junio de 1987. Desde entonces no se entendió con el promotor diligencia alguna, hasta el 27 de mayo de 1996, en que se le notifica por el Ayuntamiento la orden de demolición, en virtud de sentencia dictada por el TSJ de Galicia. Finalmente llega a la conclusión el TS de que es difícilmente creíble —prácticamente impensable— que el promotor de la obra no tuviera conocimiento de la existencia del proceso, en la instancia ni de la sentencia recaída el 21 de diciembre de 1990, iniciado el 16 de mayo de 1987, dadas las características de pequeña población de la localidad de Bueu, y los continuos requerimientos realizados al Alcalde para la ejecución de la sentencia, que había ya incoado un expediente sancionador por infracción urbanística, también con advertencia de demolición, en septiembre de 1986, habiendo el interesado formulado recurso de reposición contra el mismo, y habiendo declarado ante el Juez de Instrucción núm. 3 de Pontevedra, el 13 de julio de 1987, por diligencias penales, promovidas en relación con el indicado expediente administrativo lo que conlleva la inadmisión del recurso de casación planteado, por la extemporaneidad en su presentación y su no personación en los autos, presuntamente conocidos.

- (2) Consta que Poallo se personó en el Recurso de Apelación ante el TSJ de Galicia. No consta si fue parte en el recurso ante el juzgado ya que la Sentencia del juzgado no figura en las bases de datos al uso.
- (2) Aunque consta que el recurso se dirige también indirectamente contra el PGOU, y la Sentencia estimó el recurso indirecto al considerar que el Suelo estaba indebidamente clasificado como urbano, no se emplazó a la Comunidad Autónoma.
- (4) Aunque consta que el recurso se dirige también indirectamente contra el PGOU, y la Sentencia estimó el recurso indirecto al considerar que el Suelo estaba indebidamente clasificado como urbano, no se emplazó a la Comunidad Autónoma.
- (5) Aunque consta que el recurso se dirige también indirectamente contra el PGOU, y la Sentencia estimó el recurso indirecto al considerar que el Suelo estaba indebidamente clasificado como urbano, no se emplazó a la Comunidad Autónoma.
- (6) El lapso de tiempo entre la interposición del recurso en 1998 y la Sentencia del TSJ de Cantabria se explica porque hubo una primera Sentencia del mismo TSJ en enero de 2001 que decretó la reposición de las actuaciones procesales al momento de la deliberación y fallo en la instancia a fin de tener en cuenta la Sentencia de 5 de enero de 2004, casación 3277/00, a la vista de lo que pueda suceder en el recurso 1862/97 en que se plantea recurso indirecto contra el Plan de Ordenación de Recursos Naturales de las Marismas de Santoña y Noja.
- (7) No se emplazó a la Comunidad Autónoma a pesar de que el recurso se fundamentaba exclusivamente en un recurso indirecto contra el Plan de Ordenación de Recursos Naturales de las Marismas de Santoña y Noja aprobado por ella.
- (8) La lectura de la STS 1673/2018 nos permite saber que la Comunidad de Propietarios se ha personado en un momento posterior, no sabemos exactamente cuál, probablemente en ejecución de Sentencia.
- (9) De la lectura de la STS no se desprende cuál fue la Sentencia que ordenó el derribo, su objeto, ni cuáles fueron las partes. Únicamente se desprende que se trata de una licencia para una construcción unifamiliar.
- (10) Ni de la lectura de la STS ni de la Sentencia de la Sala del TSJ de Cantabria de 20 de enero de 2017, ni del Auto del Juzgado de lo contencioso núm. 1 de Santander se desprende cuál fue el objeto del recurso en la Sentencia que ordenó el derribo ni cuáles fueron las partes.
- (11) La Sentencia del TSJ alude de pasada a la parte coadyuvante pero no identifica de quién se trata.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Jorge Agudo González

SUMARIO: 1. La naturaleza del plazo para la ejecución de Sentencias. 2. Sobre la razonabilidad de la doctrina del TS. A) Finalidad y régimen jurídico de los plazos de prescripción y caducidad. B) Razones últimas que justifican la jurisprudencia del TS. C) ¿Cómo un plazo de prescripción contribuye a esos fines si su duración se ha acortado, siendo idéntica a la del plazo de caducidad del art. 518 LEC? 3. Reflexiones finales y propuestas. 4. Bibliografía.

RESUMEN: El Tribunal Supremo sigue manteniendo que el plazo para instar la ejecución de Sentencias en el orden Contencioso-administrativo es el plazo de prescripción del art. 1.964 del Código Civil, a pesar de la previsión de un plazo específico de caducidad en el art. 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este trabajo se aborda un análisis de los argumentos de la jurisprudencia, y de su eventual coherencia con la modificación del art. 1.964 y la significativa reducción de los plazos de prescripción, igualándolos a los de caducidad previstos en el art. 518. Finalmente, se propone la necesidad de que la autonomía regulativa de la LJCA en esta materia se concrete en un plazo de prescripción propio de este orden jurisdiccional.

PALABRAS CLAVE: caducidad, prescripción, tutela judicial efectiva, ejecución de sentencias.

ABSTRACT: The Supreme Court maintains that the term for the enforcement of judgments in the administrative jurisdiction is the prescription term settled in Article 1964 Civil Code, despite the getting into force of a specific expiration term in Article 518 Civil Procedure Law. This paper analyzes of the arguments of that case-law, as well as its coherence with the modification of the above

mentioned Article 1964 and the significant reduction of the prescription term, matching them now with the expiration term foreseen in Article 518. Finally, it is proposed the need to strengthen the regulatory autonomy of the Administrative Justice Law in this matter with a specific prescription term.

KEYWORDS: expiration, prescription, effective judicial protection, enforcement of judgments.

1. LA NATURALEZA DEL PLAZO PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

El Tribunal Supremo (TS) ha venido sosteniendo que el plazo para instar la ejecución de Sentencias en el orden Contencioso-administrativo es un plazo de prescripción, concretamente, el previsto en el art. 1.964 Código Civil (CC). Recuérdese que el plazo de prescripción establecido en este precepto es aplicable a las acciones personales «que no tengan plazo especial». Tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), existiendo un artículo como el 518¹, que regula la caducidad de la acción ejecutiva fundada en Sentencia judicial², se han generado dudas sobre la doctrina del TS.

A pesar de la vigencia de la LEC, el TS ha mantenido invariable su jurisprudencia³. Los fundamentos de la misma, por orden de prioridad en la relevancia de los argumentos, pueden sintetizarse del siguiente modo: 1) El TS enfatiza que la LEC y la LJCA otorgan una diferente relevancia a los principios que rigen la ejecución de Sentencias. Aunque la potestad de ejecutar lo juzgado es estrictamente judicial (art. 117.3 CE), el legislador en un caso otorga preeminencia al principio dispositivo, configurando un proceso ejecutivo que ha de ser instado por la parte (proceso civil), mientras que en otro se prevé un

¹ El precepto ha sido modificado por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y por Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, luego confirmado por Ley 5/2012, de 6 de julio, aunque los cambios no son relevantes.

² Entre la doctrina civilista se ha discutido si el plazo previsto en el art. 518 LEC es un verdadero plazo de caducidad, a pesar de la literalidad del precepto. Uno de los motivos es que, según el art. 556 LEC, esa caducidad no podría ser apreciada de oficio. Al respecto, A. Domínguez Luelmo (2014: 439 y ss.), entiende que estamos ante un plazo de caducidad, pero con un régimen jurídico especial.

³ Este criterio fue manejado en la STS 20 de septiembre de 2005 (Rec. 1004/2000), aunque la doctrina de la Sala fue pormenorizada realmente en las SSTS de 18 de noviembre de 2009 (Rec. 4915/2008) y de 25 de noviembre de 2009 (Rec. 6237/2007), luego sintetizada por las SSTS de 17 de diciembre de 2010 (Rec. 6067/2009) o de 29 de diciembre de 2010 (Rec. 500/2008). Doctrina seguida, igualmente, en la STSJ de Castilla-La Mancha, sede de Albacete, de 11 de septiembre de 2014 (Rec. 10246/2014) o en la STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2011 (Rec. 544/2010), por citar sólo algunas.

incidente que ha de ser promovido de oficio (contencioso-administrativo)⁴; 2) La iniciativa del órgano jurisdiccional para ejecutar lo juzgado en el contencioso-administrativo no supone para el TS relegar el derecho de la parte ejecutante⁵. Ese derecho le habilita a intervenir en el incidente de ejecución y, en caso de transcurrir el plazo de ejecución voluntaria, a solicitar la ejecución forzosa. Aquí la jurisprudencia otorga gran relevancia al hecho de que el principio inquisitorial también incida de forma determinante en estos casos, pues es al órgano jurisdiccional a quien le corresponde decidir cuantas cuestiones se susciten para dar cumplimiento al fallo; y 3) La relevancia de las potestades del órgano jurisdiccional se conectan, por último, con el objeto del proceso —la determinación de la conformidad a Derecho de la actividad administrativa y la garantía de los intereses públicos concernidos en la restitución de la legalidad—, que reclaman garantizar, como deber y no solo como derecho, la ejecución de Sentencias (art. 118 CE).

2. SOBRE LA RAZONABILIDAD DE LA DOCTRINA DEL TS

A) FINALIDAD Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

La institución de la prescripción y la de la caducidad se caracterizan por ser formas de extinción de acciones y derechos justificadas como una garantía de la seguridad jurídica, pero también como una garantía socio-económica fundamental. El distinto régimen jurídico de una y otra institución está fundamentado en los diferentes intereses protegidos en uno y otro caso⁶.

La prescripción protege un interés estrictamente individual, esto es, el interés del sujeto pasivo de los derechos o de las acciones en oponerse al ejercicio tardío o intempestivo. Esta razón explica que la prescripción deba ser siempre alegada de parte; por ello mismo, se comprende que la excepción de la prescripción extintiva sea renunciable. Podría decirse, por tanto, que la prescripción atañe a la acción, pues sanciona la falta de defensa de un derecho, en la medida en que el paso del tiempo hace desaparecer los medios de defen-

⁴ La diferente ordenación del proceso ejecutivo, aunque también la específica regulación de la materia por la LJCA, ha llevado a la jurisprudencia a entender que en esta materia no cabe la aplicación supletoria de la LEC. Así, por ejemplo, la STS de 17 de marzo de 2015 (Rec. 2511/2012).

⁵ La jurisprudencia constitucional ha reiterado que «el derecho a la ejecución de Sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)» [SSTC 115/2005, de 9 de mayo, 11/2008, de 21 de enero (FJ 5) o 211/2013, de 16 de diciembre (FJ 3)].

⁶ Tomo como opiniones de referencia a L. Díez-Picazo y A. Gullón (1990): *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid: Tecnos, p. 465 y ss., y a D. Espín Cánovas (1982): *Manual de Derecho Civil Español*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, p. 559 y ss.

sa que el ordenamiento pone a disposición del titular del derecho. Esa consecuencia explica que los plazos de prescripción hayan sido tradicionalmente amplios y susceptibles de interrupción. Sólo una ausencia de diligencia durante tan prolongado término habilita a justificar la fundamentación de la prescripción extintiva. Este dato que imputa al titular del derecho una omisión prolongada en hacer valer su derecho, ha servido para que algunos autores, y el propio TS, hayan añadido un elemento subjetivo adicional al estrictamente temporal para que concurran los efectos de la prescripción extintiva: el ánimo de abandono del derecho por parte de su titular⁷.

La caducidad, por el contrario, protege el interés general. Es una institución que permite concluir ciertos aspectos que atañen a una determinada situación jurídica y que no tienen carácter definitivo. La caducidad, por tanto, tiene como finalidad la generación de certidumbre respecto de las consecuencias de esa situación jurídica. La clave es la resolución de situaciones inciertas por el transcurso del tiempo, perdiéndose el derecho a la instancia correspondiente (el derecho al recurso) y evitándose así una pendencia prolongada en el tiempo. La seguridad jurídica se concreta aquí imponiendo plazos cortos no susceptibles de interrupción; por esta razón, la caducidad opera automáticamente, esto es, entra en juego por ministerio de la Ley sin consideración a las circunstancias subjetivas del titular del derecho, de ahí que pueda ser considerada de oficio.

Al afrontar la regulación de la extinción de derechos y acciones por el transcurso del tiempo, el legislador puede optar, y de hecho así lo hace, por uno u otro régimen extintivo. Optar por uno u otro implica, lógicamente, aplicar las consecuencias jurídicas imputables a una u otra institución. Ahora bien, como sucede con el art. 518 LEC, el legislador también puede establecer regímenes especiales que modulen las características generales expuestas sucintamente con anterioridad. No es necesario decir que esas singularidades pueden hacer dudar acerca de si, en un supuesto determinado e, incluso, a pesar de la literalidad de la Ley, nos encontramos ante un plazo de caducidad o de prescripción⁸.

B) RAZONES ÚLTIMAS QUE JUSTIFICAN LA JURISPRUDENCIA DEL TS

¿Cuál es la razón determinante para que la naturaleza generalizada de los plazos de caducidad en el contencioso-administrativo se altere al momento de

⁷ Así, por ejemplo, la clásica STS, Sala de lo Civil, n.º 198 de 7 de mayo de 1981.

⁸ A este respecto, véase A. Domínguez Luelmo (2014).

la ejecución de Sentencias? La respuesta a esta cuestión precisa de una reflexión centrada en los fines que caracterizan a la justicia administrativa.

Prestar especial atención, como en buena medida hace el TS, a cómo se inicia y desarrolla la ejecución de Sentencias y, a estos efectos, al protagonismo que asume el principio de oficialidad, es algo relevante en el plano formal⁹. Sin embargo, sólo una aproximación desde una vertiente sustantiva y teleológica otorga verdadera relevancia a las funciones que asume el órgano jurisdiccional. Únicamente esa perspectiva permite mostrar su vinculación con el aseguramiento de los fines esenciales que definen a la justicia administrativa. La STC 140/2016 (FJ 3) los concreta así: «... *proveer a la tutela de derechos subjetivos e intereses legítimos y llevar a cabo el control de las Administraciones públicas, asegurando la sujeción de éstas al imperio de la Ley*»¹⁰.

Poner el énfasis de forma principal en quién ha de tomar la iniciativa para lograr la ejecución de la Sentencia resulta, por ello, algo formalista. Esta consideración debe tener en cuenta dos argumentos: 1) La potestad de ejecutar lo juzgado es siempre una potestad de los Juzgados y Tribunales (art. 117.3 CE); no es patrimonio específico del juez contencioso-administrativo, sino una función exclusiva de todos los órganos jurisdiccionales¹¹. El protagonismo del juez contencioso-administrativo está vinculado con el tipo de pretensiones que se ejercen y con el papel que juega la propia Administración condenada en la ejecución; y 2) Con independencia de quién asuma la iniciativa para la ejecución de Sentencias, la parte ostenta el derecho a la ejecución de la resolución judicial¹². Como luego mostraremos, una de las claves en la consideración de

⁹ La STS de 7 de junio de 2005 (Rec. 2492/2003) afirma que la aplicación del CC estaría «avalada por la idea de que el inicio en sí mismo de la ejecución en este orden jurisdiccional no lo es a instancia de parte». La Sentencias posteriores hacen suyo este argumento y lo han considerado como determinante.

¹⁰ En el mismo sentido, las SSTC 294/1994 (FJ 3), 219/2004 (FJ 6), 17/2009 (FJ 5), 177/2011 (FJ 3), 20/2012 (FJ 4), 116/2012 (FJ 5), 203/2013 (FJ 8), 52/2014 (FJ 2) o 140/2016 (FJ 3).

¹¹ Todas las acciones ejecutivas civiles se inician a instancia de parte (art. 549 LEC). Ahora bien, el juez ostenta igualmente una posición determinante para hacer ejecutar lo juzgado, como corresponde a su función constitucional (por ejemplo, arts. 551.1, 556 y ss. o 570 LEC).

¹² El derecho a la ejecución de Sentencias es un derecho de configuración legal que habilita al legislador a otorgar más peso al principio dispositivo o al inquisitorial, pero no a «establecer requisitos, formalidades y limitaciones que comprometan su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución» (STC 113/1989). El cumplimiento efectivo de este derecho incluye la realización de cuantas actuaciones sean pertinentes para llevar a efecto el fallo. Si la resolución no se ejecuta por la pasividad o el desfallecimiento de los órganos judiciales, también se produciría una vulneración del derecho (SSTC 167/1987, 194/1993, etc.). En palabras de la STC 18/1997: «El contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros».

la naturaleza del plazo de prescripción se encuentra en las iniciativas de parte para instar la ejecución, condicionando así la relevancia que se atribuye a la iniciativa del órgano jurisdiccional.

Es, por tanto, aquel elemento finalista que caracteriza a la justicia administrativa el que justifica que los plazos para la ejecución de Sentencias, a pesar de ser ahora igual de largos que los del art. 518 LEC, se califiquen todavía como plazos de prescripción. Aunque en el próximo apartado profundizaremos en esta afirmación, ahora es necesario volver a hacer hincapié en que el proceso contencioso-administrativo tiene como finalidad tutelar los derechos e intereses legítimos (art. 24 CE) haciendo cumplir con la legalidad y evitando que una situación ilegal se perpetúe, a pesar de existir una Sentencia firme con fuerza de cosa juzgada en contrario. La clave está en la exigencia de restituir la legalidad como forma de tutela característica. Esa finalidad es la que otorga carácter instrumental a la modulación del principio dispositivo y al protagonismo al juez contencioso-administrativo. La participación decisiva del órgano jurisdiccional, pero también la de las «personas afectadas» que pueden instar la ejecución forzosa (arts. 104.2 y 109.1 LJCA)¹³, se explica, precisamente, en virtud de esos fines, y no al contrario.

Este planteamiento da pleno sentido al ATSJ de Baleares de 7 de noviembre de 2007 transcrito en la STS de 29 de diciembre de 2010 (Rec. 500/2008). El Auto fue casado, pero vale la pena reproducir sus argumentos:

«... el instituto de la caducidad quinquenal de la acción para instar la ejecución de una sentencia, no es de aplicación en la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que al ejecutarse una sentencia condenatoria a la administración se parte de la premisa de la existencia de un acto administrativo disconforme a derecho y en estos casos el interés público exige que se rectifique —y no se mantenga— la actuación disconforme al ordenamiento jurídico ya que la administración —a diferencia de la conducta del condenado en un pleito civil— debe servir con objetividad a los intereses generales y debe actuar de acuerdo con los principios de eficacia, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho (art. 103.1 de la CE y 3.1 de la LRJ y PAC), por lo que repugnaría a tales principios el que la inactividad de la Administración en cumplir una sentencia durante cinco años quedase premiada con el mantenimiento de la eficacia de un acto declarado ilegal por sentencia firme. Es cierto que, en principio, lo anterior también sería aplicable al otro criterio posible (el de la prescripción de la acción a los quince años del art. 1.964 del CC), pero no es menos cierto que la diferencia temporal es notable y el plazo de los quince años sin ejecución hace nacer un principio también considerado por la jurisprudencia como lo es el de la seguridad jurídica, que confronta con los antes mencionados y ampara el criterio de que esta seguridad jurídica implique el que perviva indefinidamente

¹³ Sobre ese supuesto, véase la STS de 7 de junio de 2005 (Rec. 2492/2003).

una acción sin plazo. En conclusión, esta Sala entiende que el breve plazo de 5 años del art. 518 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil no es de aplicación supletoria en una jurisdicción en que no sólo está en juego el interés del ejecutante, sino primordialmente el cumplimiento pleno del art. 118 y 103 de la Constitución, lo que queda demostrado con el hecho de que la ejecución se inicie de oficio (art. 104.1 LRJCA) de modo que sólo ante la falta de cumplimiento voluntario por parte de la Administración condenada, se permite al interesado promover el debido cumplimiento».

En definitiva, el derecho a la ejecución de Sentencias es un derecho del particular interesado en la ejecución, pero en este orden jurisdiccional implica, además, la tutela de los intereses públicos que conectan, en última instancia, con principios fundamentales del Estado de Derecho como los de legalidad y seguridad jurídica. Principios a los que, por otro lado, se someten todos los poderes públicos¹⁴ y, en particular, las Administraciones públicas, también cuando ejecutan Sentencias firmes¹⁵.

C) ¿CÓMO UN PLAZO DE PRESCRIPCIÓN CONTRIBUYE A ESOS FINES SI SU DURACIÓN SE HA ACORTADO, SIENDO IDÉNTICA A LA DEL PLAZO DE CADUCIDAD DEL ART. 518 LEC?

La opción por plazos de prescripción contribuye a dificultar que una Administración que ha vulnerado la legalidad, pueda zafarse de sus deberes constitucionales con base en una excepción procesal. Esta posición de principio parecería chocar con la reducción del plazo general de prescripción del art. 1.964 CC a cinco años. Como acabamos de recordar, el ATSJ de Baleares de 7 de noviembre de 2007 otorgaba una relevancia determinante, precisamente, a la mayor duración del plazo de prescripción.

En cuanto a la reducción cuantitativa del plazo, el dato objetivo de la disminución temporal en sí mismo considerada no parecería criticable, sobre todo pensando en relaciones jurídico-privadas. La reforma del CC en este extremo se justifica en el intento de lograr un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo¹⁶. De hecho, en los textos armonizadores de carácter internacional y, en

¹⁴ De acuerdo con los arts. 9.1.º y 3.º, 10.1, 97.1, 103.1, 106.1 y 117.1 CE.

¹⁵ Recordemos que de ordinario son las propias Administraciones públicas las que, bajo el control judicial, deben dar cumplimiento a las resoluciones judiciales. Esto conecta los principios que gobiernan la actuación administrativa (art. 103.1 CE) con las exigencias derivadas del art. 24 CE y del art. 118 CE.

¹⁶ La Exposición de Motivos de la Ley que modifica al CC en este extremo, afirma que la reducción del plazo consigue «un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo».

particular, en los que se unifica el Derecho contractual europeo, la tendencia es a reducir los plazos de prescripción (tres/cuatro años).

Sin embargo, el legislador español no ha tenido en cuenta un detalle no menor. A pesar de la tendencia comentada, en lo que hace a los plazos de prescripción de los derechos establecidos por Sentencia, las previsiones de reducción del plazo no se han limitado tanto¹⁷. Por otro lado, la justificación para reducir los plazos generales de prescripción no parece ser extrapolable, sin más, a las relaciones jurídico-administrativas. El preámbulo de la Ley que modificó el art. 1.964 habla de guardar «un equilibrio de intereses». Sin embargo, en el ámbito contencioso-administrativo difícilmente se puede hablar de un equilibrio entre, por un lado, no ejecutar una Sentencia y, por otro, vulnerar una Sentencia con fuerza de cosa juzgada, que no solo implica una vulneración del ordenamiento jurídico, sino también del derecho fundamental de la parte y de principios constitucionales básicos que estructuran todo el ordenamiento y rigen toda actividad de las Administraciones públicas.

Esta afirmación nos lleva al argumento determinante para seguir acudiendo al art. 1.964 CC a pesar de la igualación de plazos con los de caducidad del art. 518 LEC. La clave está en que el régimen jurídico de la prescripción extintiva es más favorable para dar cumplimiento a los fines que definen a la justicia administrativa, que lo que sucedería de aplicar un plazo de caducidad. Si bien el plazo ya no es tan largo, habrá de ser aplicado en unas condiciones que habilitan su «prolongación», gracias a la interrupción de los plazos de prescripción. La interrupción no en vano implica mantener la vigencia del derecho y su eventual defensa a través de las acciones correspondientes todavía vigentes. El efecto extintivo propio de la prescripción deja de producirse cuando se ejercita la acción correspondiente antes de la conclusión del plazo¹⁸.

Las causas justificativas de la interrupción están previstas en el art. 1.973 CC. Este artículo contempla las que podíamos denominar «causas naturales» de interrupción de la prescripción, fundadas en la existencia de actos conser-

¹⁷ A. Domínguez Luelmo (2014) señala que, frente a la tendencia de plazos generales más breves, un plazo especial de 10 años sigue estableciéndose en estos otros supuestos [arts. 14: 202 del *Principles of European Contract Law* (PECL) y III-7: 202 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)].

¹⁸ La jurisprudencia del TS, Sala de lo Civil, es tajante al afirmar que la prescripción debe ser objeto de una apreciación restrictiva, de modo que, si el acreedor manifiesta un atisbo de *animus conservandi*, habrá de entenderse interrumpido el plazo [SSTS de 18 de diciembre de 2012 (Rec. 1216/2010), 4 de octubre de 2012 (Rec. 692/2010), 16 de febrero de 2012 (Rec. 1758/2009) o de 10 de enero de 2012 (Rec. 894/2009)]. Sin embargo, también se afirma que el plazo es improrrogable, de ahí que no sea posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción [STS de 29 de febrero de 2012 (Rec. 1136/2009)].

vativos y defensivos del derecho del titular¹⁹. ¿Qué supuestos análogos pueden tener lugar en sede contencioso-administrativa que pudieran permitir la interrupción de la prescripción? En primer lugar, la solicitud de parte instando la ejecución forzosa de la Sentencia (arts. 104.2 y 106.3 LJCA). Lo mismo cabe decir en relación con el art. 108.2 LJCA para los casos de Sentencias condenatorias, o bien en los supuestos del art. 113, en relación con los procesos terminados mediante conciliación judicial. Asimismo, también es razonable afirmar que la interrupción tiene lugar cuando, en virtud del art. 103.5 LJCA, la parte solicite la nulidad de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de la Sentencia dictados con la finalidad de eludir su cumplimiento. Finalmente, lo mismo cabe decir en relación con el planteamiento de la cuestión incidental del art. 109 LJCA.

En coherencia con lo que anticipamos en su momento, la clave está en la solicitud de la parte instando que se dé satisfacción a su derecho, esto es, al ejercicio de los medios de defensa que el legislador pone a su disposición para promover la ejecución de una Sentencia no cumplida voluntariamente. Esta conclusión conecta perfectamente con nuestras consideraciones precedentes en torno a la relevancia secundaria del modo en que se inicia el proceso ejecutivo y sobre la prevalencia del principio de oficialidad. La clave, en última instancia, se encuentra en la iniciativa del titular del derecho para lograr la restitución de la legalidad y la plena tutela judicial.

Si a esto añadimos lo frecuente que es en la práctica que se sucedan los incidentes de ejecución en una misma causa (*ex art. 109 LJCA*), en muchos casos por indolencia administrativa (y/o judicial)²⁰, entenderemos la importancia de seguir calificando al plazo de ejecución como un plazo de prescripción: siempre que la Administración se aleje de los mandatos del fallo, dictando actos o disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las Sentencias con el fin de eludir el cumplimiento del fallo, o dando lugar a cuestiones nuevas que inciden en lo fallado, cabe plantearlas ante el órgano jurisdiccional²¹.

3. REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS

La prescripción extintiva establece un límite temporal necesario, aunque en el ámbito contencioso-administrativo ese límite genere contradicciones. Por un

¹⁹ Véanse las SSTS de 29 de febrero de 2012 (Rec. 1136/2009), 19 de octubre de 2009 (Rec. 1129/2005), 30 de septiembre de 2009 (Rec. 2209/2004) o de 21 de julio de 2008 (Rec. 698/2002), entre otras.

²⁰ Véase, al respecto, T. Font Llovet (2003), J. L. Requero Ibáñez (2005), F. J. Sospedra Navas (2011), E. Paricio Rallo (2012), T. González Cueto (2012) o J. Pérez Alonso (2015).

²¹ Esto es también aplicable a otras «personas afectadas» [STS de 7 de junio de 2005 (Rec. 2492/2003)].

lado, debemos admitir que una Administración pública que mantiene una actitud remisa a la ejecución de una Sentencia incurre en una desobediencia inaceptable de principios fundamentales del Estado del Derecho y de derechos fundamentales. En este sentido, cabría afirmar lo intolerable que es hacer valer la excepción de prescripción por una Administración que actuó de forma indolente. Esa Administración debería cumplir con la resolución judicial y, aunque sea ingenuo, se podría incluso hablar del deber de renunciar a la invocación de la excepción por la Administración²².

Dicho esto, por otro lado, no deja de ser cierto que la afirmación precedente puede encontrar excepciones razonables. La renuencia de la Administración a dar cumplimiento a la Sentencia es también consecuencia de una prolongada desatención del titular del derecho, que ha podido dar lugar y consolidar situaciones susceptibles de consideración y respeto. Por tanto, y a pesar de la contrariedad que ello significa, es entendible que juegue la excepción de prescripción cuando, transcurrido un plazo de tiempo prolongado, el titular del derecho no lo haya hecho valer.

Como una parte de la doctrina y la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS mantienen, transcurrido ese período de tiempo tan generoso, cabe al menos deducir una cierta voluntad de renuncia o abandono del derecho. En esas circunstancias, la seguridad jurídica reclama consolidar la situación que la falta de diligencia, la aquiescencia o la connivencia de la parte ha contribuido a afianzar. Las Administraciones públicas están obligadas a cumplir las Sentencias, pero es cierto que un período de tiempo prolongado puede hacer inexigible aquello que no se ha solicitado durante tanto tiempo.

Esta afirmación tiene todo el sentido cuando, como hemos señalado, el plazo de prescripción es largo, como tradicionalmente lo ha sido. Sin embargo, cuando los plazos se reducen a una tercera parte, y conociendo la práctica administrativa en materias como urbanismo o medio ambiente²³, cinco años pueden hacerse cortos.

Estas dudas nos permiten volver a traer a colación aquella tendencia a la reducción de los plazos de prescripción manifestada en distintos documentos a nivel europeo. Aquí, en síntesis, lo que pretendemos proponer es la conveniencia de prever un plazo de prescripción específico para el orden contencioso-administrativo. Recuérdese que esos documentos manejan plazos de prescripción de diez años para los derechos reconocidos por Sentencia. Si a esto se unen las particularidades de las acciones y derechos en el ámbito conten-

²² La Administración condenada, podría afirmarse, no tendría más opción que cumplir con la Sentencia, del modo en que, por otro lado, le exigen los arts. 9.1.º y 3.º, 10.1, 24, 103.1, 106.1, 117.1 y 118 CE.

²³ En este sentido, J. E. Soriano García (2012: 27-28).

cioso-administrativo, así como la fundamentación última que singulariza la ejecución de Sentencias en este orden jurisdiccional, la propuesta no parece descabellada. Es más, fijar un plazo propio en el orden contencioso-administrativo no haría más que ratificar la autonomía regulativa que la jurisprudencia ha reconocido en este aspecto a la LJCA, negando la aplicación supletoria de la LEC.

Para concluir, a estos argumentos se podría añadir otro puesto de relieve en el ya citado ATSJ de Baleares de 7 de noviembre de 2007, que imprime coherencia a nuestra propuesta desde una perspectiva sistemática. Este argumento fue utilizado para justificar no aplicar el plazo del art. 518 LEC en aquel momento, pero ahora podría hacerse extensivo para criticar un plazo como el previsto en el vigente art. 1.964 CC:

«... en el caso de ejecución de sentencias condenatorias por infracción urbanística, en la que de aplicarse supletoriamente el art. 518 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil se llegaría a la incoherente solución de que es más largo el plazo de prescripción de la infracción urbanística (8 años en la Ley Balear 10/1990) que el plazo para instar la ejecución de una sentencia que ha declarado la existencia de la infracción y que ha condenado a la administración a reponer la legalidad urbanística».

En fin, nuestra propuesta evitaría que la ejecución de Sentencias pudiera gozar de un régimen de prescripción de peor condición que otras instituciones legales asemejables.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1990): *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- Domínguez Luelmo, A. (2014): «La caducidad de la acción ejecutiva fundada en títulos procesales o asimilados», en *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Espín Cánovas, D. (1982): *Manual de Derecho Civil Español*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Font Llovet, T. (2003): «Justicia administrativa y ejecución de Sentencias», EN M. J. Montoro Chiner (coord.), *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona: Atelier.
- González Cueto, T. (2012): «La ejecución de Sentencias de condena a la administración a realizar una actividad o a dictar un acto», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 26.
- Paricio Rallo, E. (2012): «La insolvencia de la Administración. Ejecución judicial de deudas públicas», *QDL* 30.
- Pérez Alonso, J. (2015): «La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo», *RGDA* 40.

- Requero Ibáñez, J. L. (2005): «Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», *QDL* 8.
- Soriano García, J. E. (2012): *El Poder, la Administración y los jueces (a propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*, Madrid: Iustel.
- Sospedra Navas, F. J. (2011): «La ejecución de sentencias en materia de función pública», *QDL* 26.

EL IRRESOLUBLE DILEMA DEL ACTO CONSENTIDO EN EL INCIDENTE DE EXTENSIÓN DEL ARTÍCULO 110 LJCA

Nuria Magaldi

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los requisitos para la extensión *ultra partem* del artículo 110 LJCA. 3. El vaivén del acto consentido como causa de desestimación del incidente de extensión. A) Los vaivenes del legislador. B) Los vaivenes de la jurisprudencia. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

RESUMEN: En la regulación de la extensión de efectos de una sentencia a terceros confluyen distintos intereses, no siempre fáciles de conciliar. En efecto, la extensión busca la agilidad y la economía procesal, así como que situaciones jurídicas idénticas tengan el mismo trato judicial. Sin embargo, configurarla de forma amplia puede poner en peligro principios jurídicos esenciales como la seguridad jurídica. Esta comunicación analiza estos problemas a partir de la exigencia de que no se haya consentido el acto administrativo que sirve de base a la pretensión de extensión de efectos.

PALABRAS CLAVE: extensión de efectos de una sentencia a terceros, seguridad jurídica, principio de igualdad, economía procesal.

ABSTRACT: As a general rule, judgements have only effects on the parties involved in the process. However, Spanish Administrative Jurisdiction Law 29/1998 allows that, in exceptional circumstances, a judgement could be applied to a third party that had no relation with the process. This mechanism is known as «extension of the effect of a judgement on third parties» (ultra partem) and poses important questions related with fundamental principles of law such as equality principle, legal certainty, procedural economy or cosa iudicata. This paper analyses some selected questions on this issue.

KEYWORDS: extension of a judgement to third parties, legal certainty, equality principle, procedural economy.

1. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de extensión a terceros de los efectos de una sentencia se incorporaron a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) como una de sus grandes novedades¹. En efecto, el artículo 72.3 LJCA determina que «la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada solo producirá efectos entre las partes», si bien admite seguidamente la posibilidad de que tales efectos puedan extenderse a terceros «en los términos previstos en los artículos 110 y 111».

Los mencionados artículos 110 y 111 LJCA regulan sendos mecanismos que permiten, de forma excepcional, que los efectos de una sentencia puedan extenderse, en determinados supuestos y bajo ciertas circunstancias, a personas que no han sido parte en el proceso en el que aquella se ha dictado. Su objetivo declarado fue hacer frente a la situación de colapso del orden jurisdiccional contencioso-administrativo debido a las frecuentes impugnaciones de disposiciones generales y actos administrativos mediante series interminables de recursos de idéntico objeto². Así lo afirmaba expresamente la Exposición de Motivos de la LJCA, señalando que «la posibilidad de extender los efectos de una sentencia firme (...) a personas distintas de las partes que se encuentren en situación idéntica (...) puede ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados actos en masa».

Ciertamente, el incremento de la litigiosidad genera, en última instancia, que los plazos para tramitar y resolver los correspondientes recursos se dilaten, poniendo en riesgo el mandato constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (también contenido en el artículo 6 CEDH). La extensión de efectos de una sentencia a terceros en idéntica situación ahorraría, en este sentido, tiempo y recursos procesales a la Administración y a los demandantes y garantizaría, al mismo tiempo, una igualdad material de trato a todos ellos. Sin embargo, no debemos pasar por alto que extender los efectos de una sentencia a quienes no fueron parte en un proceso es una operación compleja y

¹ Así se destacó de manera unánime entre la primera doctrina que comentó los nuevos preceptos. Cfr., entre otros, A. Belén Gómez Díaz (1997: 244); M. López Benítez (1998: 780); A. A. Pérez Andrés (2000: 251) L. Ortega Álvarez (2001: 506); M.^a J. Alonso Mas (2004: 271); R. Fernández Valverde (2006: 111); C. Tolosa Tribiño (2006: 199-200).

Por su parte, también la jurisprudencia llamó la atención sobre ello. Cfr., por ejemplo, la STSJ de Cataluña, sección 1.^a, de 26 de septiembre de 2001 (recurso de apelación 100/2001), cuyo FJ 6 afirma que «de entre tales reformas destacan por su novedad las relativas a la presencia de fenómenos masivos de recursos, suscitados por pluralidad de recurrentes respecto de resoluciones administrativas de contenido idéntico e impugnadas por motivos del todo análogos, pero siempre con el designio de propiciar el principio de economía procesal y de evitar la reiteración de múltiples procesos innecesarios».

² R. Gómez-Ferrer Morant (1998: 791) y J. A. Santamaría Pastor (2010: 403).

que exige grandes cautelas, pues puede afectar o poner en tela de juicio principios jurídicos y procesales fuertemente arraigados en nuestro ordenamiento, como la cosa juzgada o la seguridad jurídica. Por todo ello, el legislador rodeó los mecanismos previstos en los artículos 110 y 111 LJCA de exigencias que tratan, con mayor o menor acierto, de equilibrar y ponderar los distintos principios en juego.

2. LOS REQUISITOS PARA LA EXTENSIÓN *ULTRA PARTEM* DEL ARTÍCULO 110 LJCA

El artículo 110 LJCA regula la posibilidad de extender a terceros los efectos de sentencias que estiman pretensiones de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, es decir, que reconocen derechos a favor de los litigantes. Se trata de un precepto de difícil comprensión y notable complejidad técnica, que establece numerosos requisitos para que, a través de un incidente de ejecución de sentencia, pueda procederse a dicha extensión. Tales requisitos pueden, simplíficadamente, agruparse y enumerarse del siguiente modo³:

- a) Requisitos relativos a la sentencia cuyos efectos se pretende extender: esta debe ser firme, versar sobre materias tasadas (tributaria, personal al servicio de las Administraciones públicas o unidad de mercado), reconocer una situación jurídica individualizada (y no meramente anulatoria) y no ser contraria a doctrina del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia [artículo 110.1 y 5.b) LJCA].
- b) Requisitos relativos a la situación del sujeto que incoa el incidente de extensión: este debe encontrarse en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo cuya extensión se solicita y no puede pretender la extensión en relación con un acto consentido ni respecto de unos hechos sobre los que exista ya cosa juzgada [artículo 110.1.a) y 5.a) y c) LJCA].
- c) Requisitos relativos al procedimiento: la solicitud de extensión debe hacerse en el plazo de un año desde la notificación de la sentencia a quienes fueron parte en el proceso, dirigiéndose directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución cuyos efectos se quieren extender. Este órgano jurisdiccional debe ser, además, competente por razón del territorio para conocer de la pretensión de reconocimiento de la situación individualizada a la que se quieren extender los efectos de la sentencia [artículo 110.1.b) y c), y apartados 2-4 LJCA].

³ Me he ocupado con detalle de analizar todos los requisitos exigidos por el artículo 110 en N. Magaldi (2014: 1023 y ss.), así como también en N. Magaldi (2019: en prensa).

En esta comunicación me centraré en analizar el requisito establecido en el artículo 110.5.c) LJCA, según el cual será causa de desestimación del incidente de extensión de efectos del artículo 110 LJCA el hecho de que «para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo». Es decir, se rechazará la extensión de los efectos de una sentencia a un tercero si este tercero hubiera consentido el acto en el que basa su pretensión, vía extensión, de reconocimiento de una situación jurídica individualizada. El análisis de este requisito nos permitirá poner de relieve las dificultades del legislador a la hora de (tratar de) conciliar los diferentes principios en juego al regular la extensión de los efectos de las sentencias.

3. EL VAIVÉN DEL ACTO CONSENTIDO COMO CAUSA DE DESESTIMACIÓN DEL INCIDENTE DE EXTENSIÓN

A) LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

La posibilidad de que el incidente de extensión de efectos previsto en el artículo 110 LJCA fuera desestimado por el hecho de que el solicitante del mismo hubiera consentido el acto en el que basaba su petición ya aparecía recogida en el Proyecto de Ley originario. En efecto, en el texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 18 de junio de 1997 se establecía en el (entonces) artículo 105.1 que la extensión de efectos sería posible si concurrían una serie de circunstancias y, entre ellas:

«c) Que sobre la materia no se hubiera dictado una resolución administrativa que habiendo causado estado haya sido consentida por los interesados por no haberse interpuesto contra ella recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma».

Sin embargo, durante el trámite de enmiendas en el Congreso se propuso, por parte del Grupo Federal IU, la enmienda número 138, que propugnaba la supresión de la letra c) del apartado 1. La motivación de la misma era muy clara: «todos deben beneficiarse de la situación más favorable» a fin de «evitar posibles supuestos de indefensión y evidentes agravios comparativos injustificables». Finalmente, y aunque el informe de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley (BOCG de 10 de marzo de 1998) no propuso la incorporación de dicha enmienda, el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior sobre el Proyecto de Ley, de fecha 23 de marzo de 1998, sí optó por acogerla, dejando sin contenido el apartado c) ya mencionado. Ello se mantuvo así hasta la aprobación definitiva del texto, que quedó redactado del siguiente modo:

1. En materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
- b) Que el Juez o Tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.
- c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso.

5. El incidente se desestimarà, en todo caso, cuando existiera cosa juzgada, o cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99. Si se encuentra pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de la ley, quedará en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelva el citado recurso.

La redacción originaria finalmente aprobada de la LJCA no recogió, por lo tanto, la excepción del acto consentido como supuesto de desestimación de la extensión, por lo que cabe afirmar que el legislador primó el principio de igualdad en el trato judicial frente al principio de seguridad jurídica. De este modo, resultaba perfectamente posible que un sujeto que hubiera visto desestimada una pretensión por la Administración, sin haberla recurrido (habiendo, por lo tanto, consentido el acto), pudiera acogerse al mecanismo de la extensión de efectos si, otra persona, hallándose en idéntica situación jurídica, hubiese impugnado la actuación administrativa y obtenido el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Así lo interpretaron y aplicaron, con toda lógica, algunos órganos jurisdiccionales⁴.

Esta opción del legislador dividió, no obstante, a la doctrina administrativista. Así, parte de ella criticó con dureza lo que, en su opinión, suponía acabar con la teoría de los actos consentidos, permitiendo la extensión de efectos cuando mediaban actos administrativos firmes e incluso habiendo podido transcurrir el correspondiente plazo prescriptivo⁵. Según estos autores, el hecho de que la excepción del acto consentido, a pesar de estar prevista con carácter general en el artículo 28 LJCA, no desplegara sus efectos en estos casos ori-

⁴ Cfr., por ejemplo, la STSJ de Andalucía, sección 1.ª, de 30 de septiembre de 2004 (recurso de apelación 192/2004).

⁵ J. L. Vega Castro (2003: 922).

ginaba situaciones de gran desigualdad e injusticia, al tratar igual a quienes en su momento no tuvieron la suficiente diligencia, «resultado a todas luces indeseable y del que el Derecho debe huir»⁶. Otros autores, por el contrario, alabaron que el requisito de que no se hubiera producido acto consentido para los solicitantes de la extensión hubiera desaparecido en trámite parlamentario, al entender que el mismo se oponía directamente al objetivo de la extensión de efectos (reducir la litigiosidad y evitar la apertura de múltiples procesos innecesarios frente a los actos masa)⁷.

A los pocos años, y como resultado de la presión doctrinal, el legislador decidió acometer una reforma parcial de la LJCA. El cambio legislativo se operó, finalmente, mediante la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de Medidas Económicas, Fiscales y Administrativas que en su Disposición Adicional Decimocuarta modificó, entre otros, el artículo 110 LJCA y, en particular, los supuestos de exclusión del incidente de extensión. Así, la nueva redacción del precepto, actualmente vigente, señala en su apartado 5 que el incidente se desestimará cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

«c) Que sobre la materia no se hubiese dictado ya una resolución administrativa que, habiendo causado estado, hubiera sido consentida por los interesados por no haberse interpuesto contra ella recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma».

Desde 2003 en adelante, por lo tanto, el incidente de extensión se desestima si nos encontramos ante un acto consentido (por el interesado) y firme (por no haber interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo)⁸. Y, de nuevo, la doctrina volvió a dividirse en este punto. Por un lado, hay quienes consideran que el requisito en cuestión es «una exigencia del principio de igualdad ante la ley» que evita «dar un trato igual a situaciones desiguales»⁹. Por el otro, hay aquellos que entienden que dicha exigencia supone una drástica reducción del ámbito de aplicación de la norma que le priva de toda o buena parte de su virtualidad, oponiéndose «frontalmente a

⁶ A. A. Pérez Andrés (2000: 278 y 279).

⁷ Cfr. P. García Manzano (2001: 351). C. Rosendo Villar (2002: 183 y 187).

⁸ En puridad, no siempre será imprescindible que se haya interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa, porque ello solo es exigible cuando se trate de resoluciones que agoten la vía administrativa (que causen estado). En caso contrario es suficiente con que la resolución haya sido objeto de recurso administrativo (o reclamación económico-administrativa) y que el mismo no se haya resuelto o, si lo ha hecho, esté aún dentro del plazo para interponer el recurso contencioso.

⁹ C. Tolosa Tribiño (2006: 202); J. González Pérez (2016: 1041); J. M.^a Ayala Muñoz *et alt.* (2010: 1177-1179), para quienes lo contrario supondría «la defunción sin paliativos del principio de seguridad jurídica».

la directriz política que inspiró el establecimiento del incidente de extensión de efectos»¹⁰.

B) LOS VAIVENES DE LA JURISPRUDENCIA

La posición del Tribunal Supremo en torno a esta cuestión merece una atención especial. El análisis de la jurisprudencia del Alto Tribunal durante los primeros años de vigencia de la LJCA evidencia que no se trató de una cuestión pacífica. En efecto, el Tribunal Supremo fue reacio a admitir, a pesar del tenor literal de la LJCA en su redacción originaria, la posibilidad de extensión de efectos cuando mediaba un acto consentido por parte de quien instaba el expediente. Y, a tal efecto, desarrolló una línea jurisprudencial criticable en la que, pese a la letra de la ley, aplicaba la excepción del acto firme y consentido sobre la base de la exigencia de la «identidad de situaciones jurídicas». Recuérdese, en este sentido, que otro de los requisitos exigidos para la extensión de efectos regulada en el artículo 110.1.a) LJCA es que «los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo», requisito que ha permanecido inalterado desde la primera versión del Proyecto.

En efecto, al amparo de la exigencia establecida en el artículo 110.1 a) LJCA, el TS sostuvo, para supuestos acaecidos entre los años 1998 y 2003 (cuando la LJCA no exigía no haber consentido el acto), que no se encontraban en idéntica situación jurídica los funcionarios o los contribuyentes que recurrieron en tiempo y forma un acto administrativo expreso y aquellos otros que, en cambio, lo hubieran consentido al no impugnarlo, por lo que no era procedente otorgar a estos últimos la extensión de los efectos de la sentencia que obtuvieron, precisamente, quienes sí lo impugnaron¹¹.

¹⁰ Muy crítico J. A. Santamaría Pastor (2014: 1574 y 1575) y, con anterioridad, en J. A. Santamaría Pastor (2010: 1156 y 1157). También crítica M.^a A. Grau Ruiz (2010: 1044), afirmando que «al requerirse la interposición de recurso por el interesado parece haberse olvidado que el objetivo de la extensión era ahorrar la apertura de procesos innecesarios contra los llamados actos masa». Algunos autores, incluso, cuestionan la inclusión de esta exigencia en términos constitucionales, amparándose en la STC 10/1998 en la que el Tribunal parece primar el principio de igualdad en la aplicación de la ley frente a la seguridad jurídica derivada de la inatacabilidad de un acto consentido y firme. Cfr. E. Contín Trillo-Figueroa (2008: 612) y M.^a J. Alonso Mas (2004: 307 y 308).

¹¹ Por ejemplo, entre otras muchas: STS, sección 2.^a, de 3 de octubre de 2007 (recurso de casación 3110/2002); STS, sección 2.^a, de 16 de mayo de 2007 (recurso de casación 1766/2005); STS, sección 2.^a, de 16 de mayo de 2007 (recurso de casación 1813/2005); STS, sección 7.^a, de 11 de mayo de 2007 (recurso de casación 7970/2002); STS, sección 2.^a, de 12 de abril de 2007 (recurso de casación 1775/2005); STS, sección 2.^a, de 12 de abril de 2007 (recurso de casación 1786/2005); STS, sección 2.^a, de 12 de abril de 2007 (recurso de casación 1789/2005); STS, sección 2.^a, de 12 de abril de 2007 (recurso de casación 1790/2005); STS, sección 2.^a, de 12 de abril de 2007 (recurso de casación 1794/2005); STS, sección 2.^a, de 12 de abril de 2007 (recurso de casación 1818/2005); STS, sección 2.^a, de 22 de marzo de 2007 (recurso de casación

No obstante, se trató, en muchos de los casos, de sentencias controvertidas, en el sentido de que con frecuencia contenían votos particulares discrepantes articulados en torno a dos ideas fundamentales. En primer lugar, no era posible deducir, en ningún momento, ni del texto de la Ley ni de su tramitación parlamentaria previa, que el legislador tuviera la intención de excluir de la extensión los supuestos en los que había existido una actividad administrativa previa denegatoria y consentida, sino más bien todo lo contrario. En este sentido, se argumentaba que la modificación operada por la Ley orgánica 19/2003 indicaba, con meridiana claridad, precisamente un cambio de criterio del legislador, el cual se veía confirmado, además, a la luz del análisis de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley originario (vid. supra). En segundo lugar, en todas ellas se señalaba que «el principio del acto consentido, basado en el principio de seguridad jurídica, constituye una limitación al derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, debe ser interpretado restrictivamente y no es aplicable más que en los supuestos que establezca la Ley. En este caso, la Ley lo aplica a la admisión del recurso contencioso-administrativo (artículo 28) pero no a la extensión de los efectos de la sentencia (art. 110)»¹². Argumentos de peso con los que es difícil no estar de acuerdo.

La modificación de la LJCA en 2003 acabó con aquella línea jurisprudencial discutible, de modo que ya es posible denegar la extensión si la parte recurrente ha consentido, y dejado que gane firmeza, el acto administrativo en el que basa su pretensión de extensión: ahora sí «la denegación de la extensión de efectos está plenamente motivada en una previsión legal» (STS, de 11 de diciembre de 2015, recurso de casación 481/2014)¹³.

4215/2002); STS, sección 7.^a, de 26 de enero de 2007 (recurso de casación 5450/2002); STS, sección 7.^a, de 7 de febrero de 2007 (recurso de casación 5582/2002); STS, sección 7.^a, de 22 de diciembre de 2006 (recurso de casación 255/2001); STS, sección 7.^a, de 22 de diciembre de 2006 (recurso de casación 5449/2002); STS, sección 7.^a, de 21 de diciembre de 2006 (recurso de casación 4810/20001) STS, sección 7.^a, de 18 de enero de 2006 (recurso de casación 7852/20002); STS, sección 7.^a, de 25 de enero de 2006 (recurso 3311/2003); STS, sección 7.^a, de 8 de marzo de 2005 (recurso de casación 2191/2003); STS, sección 7.^a, de 8 de noviembre de 2004 (recurso de casación 212/2001); STS, sección 7.^a, de 12 de enero de 2004 (recurso de casación 215/2001); STSJ de Cataluña, sección 1.^a, de 7 de octubre de 2004 (recurso de apelación 17/2004).

¹² Cfr. la STS, sección 7.^a, de 8 de marzo de 2005 (recurso de casación 2191/2003). Se toma como referencia una de las primeras sentencias del TS en este sentido, con voto particular del magistrado Xiol Ríos. Las demás sentencias que contienen votos particulares de otros magistrados (Calvo Rojas, Díaz Delgado, Fernández Montalvo) utilizan íntegra y explícitamente los argumentos de Xiol Ríos.

¹³ Cfr., por ejemplo también, la STS, sección 7.^a, de 7 de febrero de 2011 (recurso de casación 662/2009): «En el caso examinado, al haberse formulado la solicitud de extensión de efectos el 23 de noviembre de 2005, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 19/2003, que da nueva redacción al artículo 110.5 LJCA, ha de entenderse que aquella debía ser desestimada si, como aquí sucede, para las interesadas se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido

4. CONCLUSIONES

Las tribulaciones parlamentarias, legislativas y jurisprudenciales que ha sufrido el requisito del acto consentido a efectos de estimar o desestimar un incidente de extensión de efectos del artículo 110 LJCA demuestran lo difícil que es articular dicho mecanismo de forma que logre cohesionar los distintos principios en juego. Ciertamente, un incidente de extensión de efectos configurado de forma amplia y generosa sin duda logrará una mayor agilidad y economía procesal, además de un derecho a la tutela judicial sin dilaciones indebidas. A ello contribuiría decisivamente la eliminación del requisito del acto consentido, lo que además conllevaría que quienes se encuentran en la misma situación jurídica obtengan un mismo *status* jurídico. Por el contrario, restringir la extensión de efectos, imponiéndole mayores exigencias y requisitos y, en particular, que no se haya consentido la actuación administrativa que sirve de base para solicitarlo, supone claramente una importante reducción del ámbito de aplicación. Ello lleva a cuestionar incluso la propia utilidad de un instrumento llamado a descongestionar el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. A cambio, se mantiene incólume un principio de gran trascendencia y fuerte arraigo en nuestro ordenamiento y que es también expresión del esencial principio de seguridad jurídica.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Mas, M.^a J. (2004), «Reflexiones sobre la nueva regulación de la extensión de los efectos de las sentencias», *Revista de Administración Pública*, núm. 164.
- Ayala Muñoz, J. M.^a *et alt.* (2010), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, 4.^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- Contín Trillo-Figueroa, E. (2008), «Extensión de los efectos de la sentencia en la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32.

recurso contencioso-administrativa, pues ni interpusieron recurso contencioso-administrativo contra las liquidaciones efectuadas por la Administración ni, a diferencia de las favorecidas por el fallo de la sentencia dictada, cuya extensión de efectos pretenden, ante el eventual rechazo de su pretensión de abono en ejecución de sentencia efectuaron solicitud alguna a la Administración, ni actuación posterior hasta el momento en que solicitaron la extensión de efectos...» (FJ 5). En el mismo sentido STS, sección 7.^a, de 18 de mayo de 2015 (recurso de casación 1081/2014); STS, sección 8.^o, de 15 de marzo de 2010 (recurso de casación 1528/2007); STS, sección 7.^a, de 16 de enero de 2009 (recurso de casación 7272/2004); STS, sección 7.^a, de 31 de enero de 2006 (recurso de casación 3090/2004); STS, sección 7.^a, de 27 de diciembre de 2005 (recurso de casación 8332/2002).

- Fernández Valverde, R. (2006), «Urbanismo y ejecución de sentencias», en Ana Sánchez Lamelas (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- García Manzano, P. (2001), «Terminación del procedimiento», en J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, Madrid.
- Gómez Díaz, A. B. (1997), «La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: entre la dogmática y la ingeniería judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 144.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (1998), «Artículo 111», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100.
- González Pérez, J. (2016), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, 8.^a ed., Civitas, Madrid.
- Grau Ruiz, M.^a A. (2010), «Cuestiones suscitadas en la extensión de los efectos de las sentencias en materia tributaria», en A. Montoya Melgar (coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Dyckinson, Madrid.
- López Benítez, M. (1998), «Artículo 110», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 100.
- Magaldi, N. (2014), «La extensión de los efectos de las sentencias», en A. Ezquerro Huerva y J. Oliván del Cacho, *Estudio de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Barcelona.
- (2019), «Artículo 110», en A. Ezquerro Huerva y J. Oliván del Cacho (coords.), *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, 2019, en prensa.
- Ortega Álvarez, L. (2001), «La ejecución de sentencias», en J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, 2.^a ed., Lex Nova, Valladolid.
- Pérez Andrés, A. A. (2000), *Los efectos de las sentencias de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi editorial, Navarra.
- Rosendo Villar, C. (2002), *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Santamaría Pastor, J. A. (2010), *La Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentarios*, Iustel, Madrid.
- (dir.) (2014), *1700 dudas sobre la Ley de lo contencioso-administrativo*, La ley Wolters Kluwer, Madrid.
- Tolosa Tribeño, C. (2006), «El incidente de ejecución de sentencias», en A. Sánchez Lamelas (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

Vega Castro, J. L. (2003), «La extensión a terceros de los efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en el seno de la vía de ejecución: una solución problemática», en M.^a J. Montoro Chiner (coord.), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. Don Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona.

LAS «RESERVAS DE INTERÉS GENERAL» EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRANCÉS: ¿UN EJEMPLO A IMPORTAR?

Nuria Ruiz Palazuelos

SUMARIO: Introducción. 1. El interés general como canon de enjuiciamiento de la legalidad de un acto. 2. Las reservas de interés general en el Derecho francés. 3. Reflexiones finales. Críticas y ventajas de las reservas de interés general: ¿Una solución importable al caso español? 4. Bibliografía.

RESUMEN: Las *reservas de interés general* en Francia se entienden como aquellos supuestos en los que el juez administrativo, una vez constatada la ilegalidad de un acto, impide que dicha ilegalidad despliegue todas sus consecuencias por razones de interés general. En la presente comunicación se expone, en primer lugar, la tradicional función que ha desempeñado el interés general en la apreciación de la ilegalidad (tanto en España como en Francia) para tratar, seguidamente, las reservas francesas de interés general propiamente dichas. En fin, se recoge una conclusión en la que se expone las críticas que se han formulado en la doctrina francesa y los posibles problemas que pueden derivarse del recurso a las reservas de interés general en nuestro sistema español.

PALABRAS CLAVE: reservas de interés general, ejecución de sentencias, tutela judicial efectiva, Derecho francés.

ABSTRACT: *The french réserves d'intérêt général are understood as those cases in which the administrative judge, once the illegality of an act is verified, prevents that illegality from displaying all its consequences for reasons of general interest. In the present communication, the traditional role played by the general interest in the assessment of illegality (both in Spain and in France) is exposed, as well as, the French réserves d'intérêt général. Finally, the paper concludes*

with some criticisms of the réserves d'intérêt général and their problems in our Spanish system.

KEYWORDS: judicial review, interest general reserves, execution of sentences, French Law.

INTRODUCCIÓN

Desde hace varios años, el contencioso-administrativo francés ha evolucionado en la línea de una progresiva ampliación de los poderes del juez a la hora de modular las estrictas consecuencias de una ilegalidad, modulación que opera, generalmente, en virtud de dos principios jurídicos: el de seguridad jurídica y el interés general. El objeto de esta intervención es dar cuenta precisamente de un tema, el de las *reservas de interés general*, entendidas como aquellos supuestos en los que el juez administrativo, una vez constatada la ilegalidad de un acto, impide que dicha ilegalidad despliegue todas sus consecuencias por razones de interés general. Se trata de una técnica que, como podrá observarse, viene a cuestionar la tradicional concepción según la cual toda ilegalidad implica una sanción automática e ineluctable y es una de las razones por las que la doctrina francesa ha formulado ciertas objeciones a su empleo desmesurado, conectándolo incluso con el derecho a la ejecución en sus propios términos de las resoluciones jurisdiccionales. La cuestión, con todo, puede resultar de especial utilidad entre nosotros, ahora que el tema de las sentencias prospectivas en el contencioso-administrativo español se plantea con renovada actualidad.

Por razones sistemáticas, siguiendo a V. Coq¹, en primer lugar nos referiremos sucintamente a la tradicional función que ha desempeñado el interés general en la apreciación de la ilegalidad para seguidamente observar en qué medida las reservas de interés general se diferencian de esta categoría, al operar en un momento posterior del enjuiciamiento. La disertación se cerrará, en fin, con unas líneas conclusivas en las que nos referiremos a algunas de las críticas que se han formulado en la doctrina francesa y a los posibles problemas que pueden derivarse del recurso abusivo a las reservas de interés general.

¹ V. Coq (2015: 303 y ss.). La autora adopta una sistemática en el tratamiento de estas cuestiones que aquí hemos igualmente utilizado, por razones de claridad expositiva.

1. EL INTERÉS GENERAL COMO CANON DE ENJUICIAMIENTO DE LA LEGALIDAD DE UN ACTO

Desde hace décadas, el interés general ha desempeñado, tanto en Francia como en España, un papel fundamental en la apreciación de la legalidad, tanto en el ámbito del Derecho administrativo como, más ampliamente, en el marco constitucional, actuando frecuentemente como límite de los derechos fundamentales. Un claro ejemplo de este supuesto es, en Francia, el del derecho de huelga, según explica Coq². Ya en 1950, el *Conseil d'État* declaró que «*l'Assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue une modalité et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte*»³. Esta necesaria conciliación entre el interés general y el derecho individual se ha mantenido hasta la actualidad, explica la autora, a pesar de los cambios legales y jurisprudenciales⁴, y en ocasiones conduce a limitar, por exigencias del interés general, el ejercicio de este derecho fundamental⁵.

Otro tanto ocurre, por ejemplo, con el derecho de propiedad y, en particular, con las exigencias del interés general en el ámbito de la expropiación forzosa⁶ e incluso con el derecho a la tutela judicial efectiva (*droit au recours*). Esta última cuestión se ha planteado a propósito de las conocidas como *leyes de validación*, que vienen a regularizar en el plano normativo una conducta o acto anulados por un tribunal de justicia⁷. El legislador, en estos supuestos, interviene para impedir que se pueda cuestionar la legalidad del acto ante el juez administrativo, de manera que estas leyes de validación afectan, en última instancia, al derecho a un recurso efectivo. Pues bien, el *Conseil Constitutionnel*, en una importante decisión de 14 de febrero de 2014⁸, ha establecido una serie de condiciones a estas leyes de validación, entre las cuales figura «*que l'atteinte aux droits des personnes résultant de cette modification ou de cette validation soit justifiée par un motif impérieux d'intérêt général*». Es decir, la limitación del derecho individual por una Ley de validación ha de estar justificada en un motivo imperioso de interés general. Nuevamente, el interés ge-

² V. Coq (2015: 305).

³ CE, Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, req. 01645.

⁴ V. Coq (2015: 310).

⁵ Por continuar con el ejemplo de la autora: CE, 11 juin 2010, *Syndicat Sud RATP*, n.º 333262, T. Rec. p. 606, 798, 819 y 1003. Cfr. V. Coq (2015: 311).

⁶ CE, Ass. 30 juin 1961, *Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur*, req. 42774 y 42775; CE, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, req. 80804; CE Ass. 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est*, req. 78825, entre otros.

⁷ Cabe citar aquí un trabajo que tempranamente planteó este problema entre nosotros: S. Muñoz Machado (1989).

⁸ Cons. Const., décision n.º2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA*.

neral actúa como canon de enjuiciamiento de la legalidad (de la constitucionalidad, en este caso) de la disposición en cuestión.

Lógicamente, los ejemplos que pueden encontrarse en el Derecho francés no se reducen a los citados⁹. También en el ámbito español se pueden encontrar numerosos supuestos en los que el interés general actúa como límite de un derecho individual. Aquí como en Francia puede citarse el supuesto de la expropiación forzosa, previsto a nivel constitucional en el artículo 33. 3 CE, así como la limitación del derecho de huelga para el mantenimiento de los servicios esenciales (STC 11/981, de 25 de abril). Asimismo, la Constitución española reconoce la posibilidad de intervención de empresas «cuando así lo exigiere el interés general», de manera que el derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 también puede verse limitado por esta causa¹⁰.

Que ninguno de los derechos individuales reconocidos en la Constitución tiene carácter absoluto¹¹ sino que todos pueden ser limitados por el legislador para la protección de otros derechos en conflicto o bienes constitucionalmente protegidos —donde habría que incluir el interés general—, es algo que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional desde sus primeros años. Así, en la sentencia 11/1981, afirma literalmente que «[no] puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional [...]. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también *otros bienes constitucionalmente protegidos*» [FJ 7.º].

Igualmente, en la STC 91/1983, el Tribunal Constitucional reconoce más concretamente la idea de que el *interés general* puede ser razón suficiente para limitar un derecho fundamental como el de reunión del artículo 21.1 CE. Concretamente, se trataba en el caso de determinar si la reunión de la Asamblea Local de un Sindicato de funcionarios del Cuerpo Superior de Policía, en una dependencia pública, dentro del horario de trabajo, con asistencia exclusiva de sus miembros y sin necesidad de autorización administrativa previa, formaba parte del contenido del derecho de reunión (artículo 21 CE). El Tribunal Cons-

⁹ No puede dejar de citarse en esta materia, el clásico trabajo de D. Truchet (1977).

¹⁰ Otros supuestos en los que la Constitución hace referencia al interés general a la luz de derechos individuales se citan por A. Nieto (1991: 2231-2233).

¹¹ *Vid.*, en este punto, el clásico libro de L. Martín-Retortillo e I. de Otto y Pardo (1988).

titucional, después de recordar el principio de que ningún derecho individual tiene carácter absoluto, afirma que «no puede afirmarse, de forma absoluta e incondicionada, que el derecho de reunión comprende el de que, para su ejercicio, un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad, ni que la entidad donde prestan su servicio deba soportar, en la misma forma absoluta e incondicionada, el que la reunión se celebre dentro del horario de trabajo» [FJ 3.º]. Y añade que «el legislador valorará y fijará los criterios que estime más adecuados, dentro del marco constitucional, para armonizar el ejercicio del derecho de reunión inherente al derecho de sindicación y la *consecución del interés general* presente en todo servicio público» [FJ 4.º].

En un sentido similar se pronuncia la clásica STC 227/1988, de 29 de noviembre, que enjuició la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985. Se alegaba en el recurso que esta norma carecía de justificación razonable desde la perspectiva del interés general, en tanto que los objetivos de utilización racional y protección adecuada de los recursos hidráulicos se podían alcanzar igualmente mediante otras técnicas menos restrictivas de los derechos individuales distintas de la demanialización de las aguas subterráneas renovables. El Tribunal Constitucional niega la arbitrariedad de la Ley en cuestión y, frente a la restricción de los derechos individuales como el de propiedad, afirma que «[l]a Constitución sanciona una garantía de la propiedad y de los bienes y derechos patrimoniales de los particulares (art. 33). Pero esta garantía *no es absoluta*, ya que el art. 128.1 establece que “toda la riqueza del país en sus distintas formas está subordinada al *interés general*”, y, por lo que aquí interesa, el art. 45.2 impone a los poderes públicos el deber de velar “por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”. De una interpretación sistemática de estos preceptos no cabe derivar la tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales y, en especial, de un recurso tan vital y escaso como el agua, deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual» [FJ 7.º].

En fin, los ejemplos podrían multiplicarse. En el plano del Derecho administrativo, donde la Administración pública, según la fórmula del artículo 103 CE, «*sirve con objetividad los intereses generales*», todas las potestades administrativas se dirigen a la persecución, en último término, de un *interés general*, de manera que esa finalidad puede ser, en muchos casos, la causa de eventuales limitaciones de los derechos o libertades individuales por parte del poder público. Todos los supuestos anteriores obedecen, no obstante, a una común nota: en todos ellos, el interés general actúa como criterio o parámetro de apreciación de la legalidad del acto o conducta enjuiciado o, dicho de otro modo, se tiene en cuenta a la hora de interpretar la regla de derecho en sí

misma. Ello distingue los casos anteriores de las llamadas reservas de interés general en el Derecho francés, a las que nos referiremos a continuación.

2. LAS RESERVAS DE INTERÉS GENERAL EN EL DERECHO FRANCÉS

Como se señaló al comienzo de la exposición, desde hace algún tiempo en la jurisprudencia del *Conseil d'État*, el principio de seguridad jurídica o las exigencias del interés general se están convirtiendo, no ya en un criterio para la apreciación de la legalidad de un acto, sino en una suerte de *condición para que la ilegalidad pueda desplegar sus consecuencias*. En otras palabras, en algunos de sus pronunciamientos, el *Conseil d'État*, tras constatar y declarar la ilegalidad del acto enjuiciado, modula o limita los efectos de la anulación por razones de seguridad jurídica o de interés general¹². Según V. Coq, pueden distinguirse dos tipos de reservas de interés general, la material y la temporal. La reserva de interés general *material*, permite a la Administración permanecer inactiva, mantener las consecuencias de su acto, aunque haya incurrido en una ilegalidad que ha sido constatada por el juez¹³. Las reservas de interés general de carácter *temporal*, en cambio, permiten modular en el tiempo las consecuencias de una ilegalidad, mantener algunas de las consecuencias ya producidas¹⁴. Por razones de brevedad, nos detendremos únicamente en dos pronunciamientos relevantes para ilustrar ambos tipos de reservas, de 2003 y 2004.

En primer lugar, en el *arrêt* de 29 de enero de 2003, asunto *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, el *Conseil d'État* acoge una reserva de interés general de carácter material. Se trata de una decisión importante a propósito del principio francés de intangibilidad de la obra pública y que se inscribe en una evolución dirigida a su flexibilización¹⁵. En esta decisión, el *Conseil d'État* afirma que, para ordenar la demolición de una obra cuya ilegalidad ha sido constatada en la vía contencioso-administrativa, ha de valorar la situación de hecho y de derecho existente en dicho momento y comprobar si es posible la regularización de la situación ilegal. En caso negativo, el juez administrativo debe ponderar, por un lado, los inconvenientes de mantener la obra en relación a los intereses públicos y privados en presencia (especialmente para el propietario del terreno) y, por otro lado, los efectos que tendría la demolición para el interés general.

¹² Sobre la articulación del principio de legalidad y el de seguridad jurídica: L. Tesoka (2006: 2214 y ss.).

¹³ V. Coq (2015: 371-372).

¹⁴ *Ibid.*, p. 372.

¹⁵ Sobre el principio de intangibilidad de la obra pública: J. Barcelona Llop (2001: 463 y ss.) y J. Barcelona Llop (2004: 371 y ss.).

Y añade, por último, que el juez, a la vista de todos estos elementos, ha de apreciar «*si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général*». Es decir, que aún constatada la irregularidad de la obra, el juez administrativo puede limitar las consecuencias de dicha ilegalidad atendiendo exclusivamente a razones de interés general.

Este tipo de reservas de interés general de carácter material pueden encontrarse en otras decisiones del *Conseil d'État*. Es el caso, por ejemplo, del *arrêt* de 16 de julio de 2007, asunto *Société Tropic travaux signalisation*. En esta decisión, el *Conseil d'État* permite por primera vez a los competidores que hayan visto rechazadas sus licitaciones con ocasión de la celebración de un contrato administrativo, recurrir la validez de un contrato posterior y pedir la suspensión de dicho contrato, si bien con ciertas condiciones que pretenden impedir una excesiva inestabilidad de las situaciones creadas, como el establecimiento de un plazo de dos meses para su ejercicio, entre otras. Si el juez constata que el contrato presenta vicios de ilegalidad puede acordar diversas soluciones, como la obligación de regularizar, la modificación de sus cláusulas, la indemnización al recurrente, etc. Y sólo puede, en fin, anular total o parcialmente el contrato ilegal, después de verificar «*si la annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des co-contractants*»¹⁶.

En el caso de las reservas de interés general de carácter *temporal*, el *arrêt* de referencia es el pronunciado por el *Conseil d'État* en el asunto *Association AC!*¹⁷, una decisión de indudable trascendencia¹⁸, que viene a permitir, constatada la ilegalidad de un acto, mantener algunos de los efectos ya producidos, esto es, declara la anulación meramente con carácter prospectivo. En el caso, se recurrían varias decisiones ministeriales de naturaleza reglamentaria sobre el seguro de desempleo, que incurrían en ilegalidades tanto formales como materiales¹⁹. Estos vicios de legalidad son reconocidos por el *Conseil d'État*, que afirma, utilizando la clásica formulación, que el acto «*est réputé d'être jamais intervenu*». Ello no obstante —y aquí está la particularidad de su decisión—, reconoce que el efecto retroactivo de la anulación puede ser suprimido a título excepcional, cuando «*est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets*». Dicho de otro modo, cuando la retroactividad de la anulación puede entrañar consecuen-

¹⁶ Otros casos de reservas de interés general del tipo material en la jurisprudencia del *Conseil d'État* son, por ejemplo: CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, req. 248950 o CE, Sect. 26 février 2003, *M. et Mme Bour*, req. 231558.

¹⁷ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, req. 255886.

¹⁸ Sobre esta decisión y las consecuencias posteriores: A.-C. Bezzina (2014: 735 y ss.).

¹⁹ M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé y B. (2007: 798-799).

cias manifiestamente excesivas, tanto en relación a los efectos que se han derivado del acto, como en atención al interés general presente, es posible modular en el tiempo los efectos de la anulación del acto en cuestión. El *Conseil d'État* sigue, en este punto, las conclusiones del *Commissaire du gouvernement* C. Devy²⁰ y determina, en suma, que algunos de los efectos de las disposiciones combatidas se tengan por definitivos y que la anulación de ciertas disposiciones tenga lugar únicamente a partir de una determinada fecha. Lo que realiza el juez administrativo en estos casos es, por tanto, una ponderación de los intereses en presencia: por un lado, las exigencias del principio de legalidad, que implicarían la desaparición de los efectos de un acto inválido y, por otro lado, las de los principios de seguridad jurídica e interés general. Eso sí, con el debido mantenimiento de todos los recursos que estén pendientes de resolución.

3. REFLEXIONES FINALES. CRÍTICAS Y VENTAJAS DE LAS RESERVAS DE INTERÉS GENERAL: ¿UNA SOLUCIÓN IMPORTABLE AL CASO ESPAÑOL?

Las reservas francesas de interés general, como todo instrumento jurídico, presentan tanto aspectos positivos como negativos, y la valoración de todos ellos siempre es necesaria antes de importar cualquier institución jurídica a nuestro sistema. Comencemos por los aspectos positivos. No cabe duda de que las reservas de interés general, tanto en su vertiente material como temporal, vienen a responder a una demanda evidente, común en Francia y en España, de valoración de todas las situaciones jurídicas creadas al amparo de un acto jurídico ilegal y de todos los intereses —públicos y privados— en presencia, antes de proceder a la aplicación automática de las consecuencias que entraña la anulación, que en ocasiones pueden ser excesivas. Es, en definitiva, la tensión que existe entre, por un lado, el estricto respeto del principio de legalidad y, por otro, el principio de seguridad jurídica o los intereses generales. Esto es un debate que en España se está planteando con especial intensidad en los últimos años —en particular, aunque no exclusivamente, en el ámbito del urbanismo²¹—

²⁰ C. Devys (2004: 454 y ss.).

²¹ Valga la cita genérica del libro donde se recogen las ponencias del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en La Laguna, los días 3 y 4 de febrero de 2017: VV AA. (2017: 361-538). Igualmente, aunque no es posible la cita de todos los autores que han tratado el problema de las consecuencias de la nulidad absoluta en el ámbito del Derecho urbanístico, sí se pueden destacar algunos: T.-R. Fernández Rodríguez (2017: 146); J.-M., Baño León (2016: 870); F. López Ramón (2018: 13-48); S. Del Saz Cordero (2014: 1143-1145) y J. Gifreu Font (2018: 19-62), entre otros.

y que en Francia también venía siendo objeto de profunda reflexión por parte de los más destacados autores²².

Las reservas de interés general vienen, por tanto, a responder a esas necesidades y permiten al juez una modulación de las consecuencias de la ilegalidad de un acto administrativo teniendo en cuenta otros intereses y derechos que son dignos de protección y que podría llevarse por delante el riguroso cumplimiento de las consecuencias inherentes a la anulación. Algunos autores franceses consideran, en este sentido, que, paradójicamente, esta adaptación de las soluciones jurisdiccionales al interés general permite, *in fine*, tener más en cuenta los derechos de los justiciables y no sólo los intereses de la Administración²³, puesto que en definitiva se trata de un control de proporcionalidad.

Otros autores, sin embargo, se han mostrado más críticos con este instrumento de las reservas de interés general. Brenet ha criticado, por ejemplo, lo impreciso de la noción de interés general —a pesar de que su uso sea cada vez más frecuente por la jurisprudencia— y los problemas de inseguridad jurídica que puede plantear su recurso²⁴. En efecto, ya no sólo resulta polémico el propio concepto de interés general en sí mismo²⁵ sino que, además, la vulneración del interés general ha de resultar, según muchas resoluciones, *excesiva*²⁶. El margen de libertad que tiene el juez para apreciar estas circunstancias es, ciertamente, muy amplio, y ello puede afectar, no sólo al derecho a un recurso efectivo sino también a la ejecución de sentencias²⁷. Además, no deja de resultar contradictorio —en mi opinión— que precisamente este imprevisible instrumento se utilice, en muchas ocasiones, en aras de garantizar precisamente la seguridad jurídica. J.-B. Auby también ha formulado serias objeciones a esta fórmula. Ha calificado el interés general como un «*amortisseur de la chose jugée au profit de l'Administration*»²⁸ y entiende que en estos casos se puede vulnerar el derecho a un recurso efectivo porque la Administración actúa con «*une sorte d'immunité partielle d'exécution*»²⁹. Según el autor, el instrumento de las reservas de interés general hace que las consecuencias de la cosa juzgada dependan de un estándar imprevisible. Y el problema —añade— es que el principio inherente a todo Estado de Derecho, que exige extraer las debidas consecuencias de las decisiones jurisdiccionales, no depende del juez y no le corresponde a él fijar los límites porque sólo la Ley, la Constitución o una

²² Cabe citar, por todos, las reflexiones recogidas en G. Braibant, R. Drago, Y. Gaudemet, D. Labetoulle, A. Lyon-Caen, P. Le Mire, J. Moreau, G. Vedel y, P. Waquet (1995: 11 y ss.).

²³ V. Coq (2015: 372 y ss.). De la misma corriente son B. Seiller (2011), así como P. Delvolvé (2011: 3 y ss.). En sentido contrario: J.-B. Auby (2003).

²⁴ F. Brenet (2007: 142).

²⁵ Nuevamente se puede citar, a este propósito, el trabajo de Nieto (1991: 2231-2233).

²⁶ F. Brenet (2007: 152).

²⁷ *Ibid.*, p. 159.

²⁸ J.-B. Auby (2003: 3).

²⁹ *Ibid.*, p. 3.

norma internacional pueden establecer que el principio de cosa juzgada ceda en favor de ciertas consideraciones de interés general³⁰.

A la vista de estas consideraciones, ¿son las reservas de interés general un instrumento útil para el Derecho español? Si se tienen en cuenta las reservas de carácter temporal, esto es, aquellas en las que la anulación produce efectos a partir de la fecha de la decisión judicial, no parece que pueda haber obstáculo en admitirlas desde un punto de vista estrictamente constitucional. Si se tiene en cuenta que las sentencias prospectivas son una práctica habitual en la jurisprudencia constitucional, no parece que existan excesivos obstáculos—dejando a un lado otro tipo de inconvenientes— para admitirlas, por ejemplo, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dicho esto, y más allá del tema de las sentencias prospectivas, las reservas de interés general en sentido amplio podrían también plantear problemas de constitucionalidad a la luz del principio del derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos³¹. Recuérdese, en este punto, el artículo 228 de la Ley de Suelo de 1956, que permitía *por razones de interés social*, y mediando la correspondiente indemnización, declarar la inejecución de un fallo que ordenara la demolición de una construcción o edificación³². Este precepto fue tempranamente considerado inconstitucional a la luz de los artículos 24 y 118 CE, y dio paso, con la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, a dos únicos supuestos de inejecución de sentencias, la imposibilidad sobrevenida de llevar a cabo la debida ejecución por razones legales o materiales, categorías en las que no parece que tengan fácil encaje las consideraciones inherentes a las reservas de interés general, por mucho que la eventual afección al interés general fuera excesiva. Por estas razones, no resulta pacífico admitir desde una perspectiva estrictamente constitucional un instrumento, como el de las reservas de interés general, que permite dejar sin efecto las consecuencias lógicas de la ilegalidad de un acto. Con todo, el examen anterior no deja de resultar ilustrativo porque muestra que, tanto en España como en Francia, se plantean debates similares en torno a la necesidad de conjugar el principio de legalidad con los de seguridad jurídica e interés general.

4. BIBLIOGRAFÍA

Alegre Ávila, J.-M. (2018): «A propósito de la ejecución de la sentencia que ordena la demolición de la estación depuradora “Vuelta Ostrera”», publicada en la página web de la AEPDA en julio de 2018.

³⁰ *Ibid.*, p. 3.

³¹ Véase, en este sentido, el ilustrativo comentario de J.-M. Alegre Ávila (2014: 161-185).

³² Sobre este precepto: P. González Salinas (1983: 623 y ss.).

- Alegre Ávila, J.-M. (2014): «Obras públicas y ejecución de sentencias (Consideraciones a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014)», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100 [Demetrio Loperena Rota. In memoriam], I.
- Auby, J.-B. (2003): «À propos des réserves d'intérêt général», *Droit administratif*, repères 6.
- Baño León, J.-M. (2016): «Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico», en VVAA., *El Derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- Barcelona Llop, J. (2001): «La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad (*Ouvrage public mal planté ne se détruit pas*)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 154.
- Bezzina, A.-C. (2014): «2004-2014: les dix ans de la jurisprudence AC!», en *Revue Française de Droit Administratif*.
- Braibant, G.; Drago, R.; Gaudemet, Y.; Labetoulle, D.; Lyon-Caen, A.; Le Mire, P.; Moreau, J.; Vedel, G. y Waquet, P. (1995): «Questions pour le Droit administratif», en *AJDA*.
- Brenet, F. (2007): «Les réserves d'intérêt général», en *Le droit administratif: permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Paris, Dalloz.
- Coq, V. (2015): *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, Paris, L'Harmattan.
- Del Saz Cordero, S. (2014): «¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo? La anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100.
- Devys, C. (2004): «La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative», en *Revue Française de Droit Administratif*.
- Delvolvé, P. (2011): «Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif», en *Travaux de l'AFDA, colloques et débats, Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, Lexis-Nexis, Litec.
- Fernández Rodríguez, T.-R. (2017): «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», en *Revista de Administración Pública*, núm. 203.
- Gifreu Font, J. (2018): «La reconsideración de la naturaleza normativa de los instrumentos de planeamiento: ¿una panacea para modular el alcance y efectos del dogma de la nulidad absoluta de los reglamentos ilegales?», en Agudo González (coord.), *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, Barcelona, Bosch editor.
- González Salinas, P. (1983): «El artículo 228 de la Ley del Suelo de 1956 y la Constitución (Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1983)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39.

- López Ramón, F. (2018), «La calificación de los vicios de los reglamentos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 205.
- Martín-Retortillo, L. y De Otto y Pardo, I. (1988): *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Cuadernos Civitas.
- Nieto, A. (1991): «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en Martín-Retortillo, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, V. III, Madrid, Civitas.
- Seiller, B. (2011): «Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux», en *Travaux de l'AFDA, colloques et débats, Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, Lexis-Nexis, Litec.
- Tesoka, L. (2006): «Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français», en *AJDA*.
- VV.AA. (2017): *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid, INAP.

RELACIÓN DE SÍNTESIS

EFICACIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y DE LAS SENTENCIAS EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

M.^a Ángeles González Bustos

SUMARIO: 1. La necesidad de continuidad de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. 2. La ponderación de todos los intereses en conflicto a la hora de adoptar las medidas cautelares. 3. La recurribilidad de la pieza separada de medida cautelar. 4. La ejecución de las sentencias como mecanismo de eficacia. 5. Propuestas para una mejora del cumplimiento de las sentencias. 6. A modo de terminación. 7. Bibliografía citada.

RESUMEN: Resulta difícil resumir en pocos minutos el contenido de las excelentes ponencias, comunicaciones e intervenciones expuestas en esta sesión dedicada a la eficacia. Por lo que se ha optado por llevar a cabo una selección de aquellos aspectos y propuestas más controvertidos, señalando los puntos débiles y mejorables de estas instituciones.

Esta tercera sesión del XIV Congreso de la AEPDA sobre los «20 años de la Ley de lo contencioso-administrativo», se ha centrado en la eficacia de medidas cautelares y sentencias, materias íntimamente conectadas, ya que las medidas cautelares se adoptan para que puedan cumplirse las sentencias y asegurar su ejecución.

PALABRAS CLAVES: eficacia, medidas cautelares, sentencias, ejecución de sentencias.

SUMMARY: Is very complicate to summarize in a few minutes the content of the excellent papers, communications and interventions exposed in this session dedicated to effectiveness. For what has been chosen to carry out a selection of

those aspects and most controversial proposals, pointing out the weak and improvable points of that institutions.

This third session of the XIV Congress of the AEPDA on the «20 years of the contentious-administrative law», has focused on the effectiveness of precautionary measures and sentences, intimately connected matters, since the cautionary measures are adopted so that they can comply with the sentences and to ensure their execution.

KEYWORDS: efficiency, cautionary measures, sentences, execution of judgments.

1. LA NECESIDAD DE CONTINUIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sobre las medidas cautelares se ha estudiado y escrito profusamente al considerarse aspectos centrales de la evolución del contencioso-administrativo. Uno de los primeros autores en referirse a las medidas cautelares, y destacar la importancia de las mismas, fue Calamandrei en 1936 en su libro «Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari», libro que por petición de Giuseppe Tesaurò, abogado general que participó en la conocida Sentencia FACTORTAME II C-213/89, fue traducido al inglés para convencer al resto de los miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la necesidad de adoptar las medidas provisionales y excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que constituyera un obstáculo a su adopción. (Caponi, Remo (2016).

La justicia cautelar es una de las piezas fundamentales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), actuando en contraposición al privilegio de autotutela de la Administración. En su ponencia escrita, la profesora Casares Marcos, realiza un completo análisis de la evolución tanto normativa, como doctrinal y jurisprudencial, que refuerza la idea de la importancia de esta institución.

El retraso de la justicia ha favorecido la adopción de las medidas cautelares ya que ayudan a proteger los intereses en conflicto hasta la resolución final para que esta no pierda su finalidad legítima¹.

¹ El tiempo estimado para resolver un asunto en el contencioso-administrativo según las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial en el TS es de 8.7 meses en el 2017 produciéndose un incremento progresivo desde el 2013 con 7,6 meses, y el órgano jurisdiccional que más se retrasa en la resolución es la Audiencia Nacional con una duración de 9.1 meses.

De tal manera que podemos sostener la idea de mantener la continuidad de las medidas adoptadas en el procedimiento administrativo y el posterior recurso contencioso-administrativo ya que es esencial para asegurar la efectividad de la sentencia final por lo que de conformidad con la LPAC, la medida adoptada en vía administrativa se extiende a la vía contencioso (art. 117.4 LPAC) en tanto el Juez no confirme, modifique o levante tales medidas (sin que los particulares tengan que volver a solicitarlas), sobre este punto la LJCA no señala nada al respecto. Sin embargo, otras leyes anteriores ya lo contemplaban como la derogada Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes, que establecía la continuidad de la suspensión acordada en vía administrativa cuando el contribuyente interpusiese el recurso contencioso-administrativo. En esta línea, la comunicación presentada por los profesores de la Universidad de Salamanca sobre la importancia del cumplimiento del derecho de la Unión Europea que establece la suspensión automática cuando lo que se recurre es un acto de adjudicación de un contrato que no supone problemas en la vía de recurso administrativo, pero se complica en la vía judicial².

Esta continuidad en las medidas cautelares también debería existir en los casos en los que se solicita la ejecución provisional de la sentencia cuando la misma sea objeto de recurso y se causare un perjuicio, siempre que no sea irreversible o de imposible reparación ya que en estos casos no podrá acordarse la ejecución provisional suponiendo un límite a la misma. En estos supuestos se podrán adoptar las medidas necesarias para paliar o evitar dichos perjuicios acompañados en su caso de la correspondiente garantía o caución, y no se debería volver a solicitar dichas medidas ante el tribunal de instancia sino la prolongación de las mismas.

De igual forma, y tomando como ejemplo la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conviene destacar la necesidad de elaborar un listado ejemplificativo de posibles medidas cautelares con una clausula abierta, en este sentido la citada ley nos señala la posibilidad de adoptar medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer (art. 56) haciendo un enumeración de ellas, que sin perjuicio de la extraña remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil (pues como ha señalado el Dictamen del Consejo de Estado respecto al anteproyecto de la LPAC «no es propio de una ley reguladora del procedimiento administrativo prever la aplicación supletoria de una ley procesal») se considera este listado de gran utilidad a la hora de la posible adopción de estas medidas y hubiera sido de gran beneficio para los tribunales que se incorporara a la LJCA sin menoscabo de la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La jurisprudencia

² Comunicación titulada: «El recurso especial en materia de contratación frente al recurso contencioso. Una cuestión de eficacia», presentada por los profesores Terrón Santos, Fernández de Gatta, González Iglesias, González Bustos, Domínguez Álvarez y Fernando Pablo.

cia se hace eco de esta necesidad apostando por la adopción de cualquier medida, positiva o negativa, suficiente para preservar el efecto útil de la sentencia siendo congruentes con la pretensión que protege.

2. LA PONDERACIÓN DE TODOS LOS INTERESES EN CONFLICTO A LA HORA DE ADOPTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES

Son bien conocidos por todos los presupuestos de la tutela cautelar pudiendo entender de una primera interpretación, que hubiera un único criterio para concederlas (*periculum in mora*) pero sin embargo no existe un régimen cerrado, por lo que el juez o tribunal deberá realizar una ponderación conjunta de todos ellos para conceder o denegar la medida cautelar.

De estos presupuestos el que presenta mayores dificultades es el relativo a la teoría del *fumus boni iuris* que pese a no estar enunciado en el art. 130 LJCA con carácter general si se contempla en el art. 136 en relación a la inactividad y la vía de hecho en los que la evidencia debe pesar en la apreciación del juez ya que si el fundamento fuera infundado no se admitiría el recurso contra estas actuaciones. Lo conveniente hubiera sido que el legislador hubiera optado por un régimen común y único para todas las medidas cautelares y dejar a los órganos judiciales la configuración de las diferentes circunstancias que reclamen cada caso concreto.

De gran utilidad, y lo que otorgaría una mayor seguridad en la aplicación del criterio del *fumus boni iuris*, sería que se recogieran los supuestos tasados y aceptados por nuestro derecho positivo en los que fuera de aplicación. En esta línea la jurisprudencia ha formulado un catálogo de casos concretos en los que se puede apreciar dicho criterio.

3. LA RECURRIBILIDAD DE LA PIEZA SEPARADA DE MEDIDA CAUTELAR

El auto por el cual se concede la tutela cautelar podrá ser recurrible en vía contencioso-administrativa mediante recurso de reposición (ante de suplica), de apelación y de casación, lo que no debería suponer que se paralice o se levante la medida adoptada. Respecto a la posibilidad de plantear el recurso de casación ante el auto de la medida cautelar teniendo en cuenta que previamente se ha interpuesto recurso de reposición (suplica) se ha de señalar la necesidad de que el recurso tenga interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia lo que presenta problemas en relación a las circunstancias que deben concurrir para apreciar que existe ese interés casacional así como los supuestos de presunción del mismo (art. 88.2 y 3 LJCA) ya que sólo se podrán

alegar circunstancias concurrentes y que coincidan con las del caso concreto, pero nunca declaraciones de carácter general ni cuestiones de hecho (art. 87 bis), quedando limitado el recurso de casación a las cuestiones de derecho.

Existe disparidad de supuestos en los que se entiende que se da un interés casacional, por lo que será labor de la jurisprudencia buscar su encaje en los autos que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares, y que por ahora tenemos pocos pronunciamientos jurisprudenciales.

4. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS COMO MECANISMO DE EFICACIA

Gracias, en muchas ocasiones, a las medidas cautelares, el juez puede dictar sentencia con la garantía de que esta pueda ser cumplida desplegando todos sus efectos, pero en ocasiones se presentan problemas como pone de manifiesto la profesora Magaldi, en su comunicación, cuando nos encontramos ante un acto consentido y firme³.

El profesor Fernández Torres, en su ponencia, nos ilustra sobre la eficacia de la justicia administrativa como garante fundamental del Estado de Derecho desempeñando un papel protector de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Adquiere especial importancia la ejecución de la sentencia como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, y más cuando leemos titulares en los periódicos relativos a que el 38% de las sentencias civiles y contenciosas no se ejecutan⁴. O las estadísticas expuestas en la ponencia con la correspondiente comparación de datos con países de nuestro entorno.

Las sentencias son de obligado cumplimiento, sin embargo, sigue siendo complicado ejecutar las sentencias contra la Administración cuando esta se resiste a su cumplimiento. Problemas que se acentúan, como señala el profesor Delgado Piqueras en su comunicación, cuando se condena al pago de cantidades dinerarias a entidades privadas, supuestos no contemplados en la LJCA⁵.

Para evitar el incumplimiento del fallo, y que se eluda posteriormente su ejecución, se proponen diferentes mecanismos como los señalados por el profesor Aguado González sobre la necesidad de concreción de un plazo de pres-

³ Comunicación: «¿Qué fue de la extensión ultra partem de los efectos de las sentencias?. El irresoluble dilema del acto consentido en el incidente de extensión del artículo 110 LJCA».

⁴ Diario del Derecho de 07/02/2017 (Iustel).

⁵ Comunicación: «La ejecución de condenas de haber contra privados codemandados en el contencioso-administrativo».

cripción propio para la ejecución de las sentencias⁶; o la posibilidad de mediación para determinados asuntos como ha puesto de manifiesto el profesor Gamero Casado⁷.

Es de destacar en este punto la fórmula introducida por la LO 7/2015, de 21 de julio, que intenta dar respuesta a los supuestos de derribo de edificaciones y viviendas tras la sentencia firme. Sin embargo, presenta algunas incógnitas como las relativas al valor económico de la indemnización, quien tiene que prestarlas o quien son esas terceras personas de buena fe, como apunta la profesora Sánchez Lamelas en su comunicación⁸, cuestiones que tendrán que ser resueltas por el juez o tribunal en cada caso.

5. PROPUESTAS PARA UNA MEJORA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS

Las sentencias no podrán ser suspendidas o acordarse la inejecución total o parcial de las mismas salvo en los casos señalados en el art. 105.2 LJCA que podrá ser sustituida por el equivalente económico. Esta ejecución por el equivalente económico supone una adecuación del fallo a las circunstancias existentes en el momento de materializar la sentencia, ya que el juez se pronunciará no sólo sobre la concurrencia o no de esa causa sino además sobre las medidas a adoptar como forma alternativa de su cumplimiento para garantizar la efectividad de la sentencia y la restauración de la legalidad. En este punto la comunicación de la profesora Ruiz Palacios se pregunta por la posibilidad de importar las reservas de interés general de carácter general del Contencioso-administrativo Francés a nuestro Derecho, optando por la no conveniencia de la aplicación de las mismas por los problemas de constitucionalidad que se derivarían respecto al derecho a la ejecución de las sentencias⁹.

A pesar de estos mecanismos hay un número considerable de sentencias que siguen sin ejecutarse por lo que es conveniente proponer mejoras que redundarían en una mayor eficacia de las sentencias, como las expuestas en el trabajo de Fernández Torres. Entre las que destaca la erradicación de la acción pública por su extraordinaria amplitud derivada del art. 24 de la CE, a lo que se debería apuntar que sería más conveniente su limitación o sujetarla a algún tipo de fianza que garantice la seriedad de la misma en lugar de eliminarla por completo.

⁶ Comunicación: «Ejecución de sentencias y plazos de prescripción. Análisis y propuestas para la Jurisdicción Contencioso-administrativa».

⁷ Comunicación: «Mediación intrajudicial contencioso-administrativa».

⁸ Comunicación: «La extrañeza al conocer a los terceros de buena fe (art. 108.3 LJCA)».

⁹ Comunicación: «Las “reservas de interés general” en el contencioso-administrativo Francés como obstáculo a la ejecución de sentencias: ¿un ejemplo a importar?».

En esta línea de mejora el profesor Tardío Pato, en su comunicación, apuesta por la reforma del recurso contencioso-administrativo frente a las vías de hecho¹⁰.

6. A MODO DE TERMINACIÓN

Para concluir señalar que la eficacia de las medidas cautelares y de las sentencias no depende de lo que digan las leyes sino de la calidad de nuestros jueces y magistrados, pues como dijo, el recientemente fallecido profesor González Pérez (1998): «... de poco servirían las reformas de la legislación procesal administrativa si no contamos con jueces preparados. Mientras que una judicatura especializada puede administrar una justicia impecable con instrumentos procesales deficientes, unos jueces ineptos, aún 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 días más gravosas, complejas y tecnificadas».

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Caponi, R. (2016): «Piero Calamandrei y la tutela cautelar: 80 años después», *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*, vol. 6 (1), pp. 175-189, p. 183.

González Pérez, J. (1998): «Eficacia de la sentencia», en *Jornadas de Estudios sobre la Ley de Jurisdicción C-A*, Universidad da Coruña, pp. 109-135, en concreto p. 134.

¹⁰ Comunicación: «¿Es eficaz el actual recurso contencioso-administrativo frente a las vías de hecho?».

CUARTA SESIÓN
COMPARACIONES

PONENCIAS

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO*

Allan R. Brewer-Carías

SUMARIO: Introducción. 1. Hacia la especialización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A) La excepción: La justicia administrativa atribuida a los tribunales ordinarios. B) La especialización orgánica de la Justicia Administrativa. a) La Justicia Administrativa atribuida a un solo órgano judicial: la Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Contencioso-administrativo. b) La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada por la Corte Suprema de Justicia en la cúspide y otros tribunales inferiores Contencioso-administrativo. c) La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada separadamente del orden judicial ordinario. C) La constitucionalización del contencioso-administrativo. D) La codificación del contencioso-administrativo. 2. Hacia la configuración del contencioso-administrativo como un sistema de justicia administrativa. A) La progresiva ampliación de los procesos contencioso-administrativos para garantizar la tutela judicial efectiva frente a la Administración. B) La progresiva ampliación del concepto de Administración Pública y de la actuación administrativa, a los efectos de garantizar la tutela judicial efectiva. C) El derecho constitucional de acceso a la justicia y la progresiva flexibilización de las tradicionales condiciones de legitimidad y de agotamiento de la vía administrativa para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa. a) Sobre la legitimación activa. b) Sobre la defensa de los intereses colectivos y difusos. c) Sobre el tema del agotamiento de la vía administrativa. 3. Hacia la ampliación del objeto y de las pretensiones

* Texto de la conferencia dictada en el *XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo «20 Años de la Nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo»*, Universidad de Murcia, Murcia, 9 de febrero de 2019. Redactado como síntesis del documento *La Justicia Administrativa en Latinoamérica. Una Aproximación Comparativa*, elaborado para el Congreso y publicado en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Leyes de lo contencioso-administrativo en América Latina. Con un estudio preliminar sobre la justicia administrativa en el derecho comparado latinoamericano*, Colección Derecho Público Iberoamericano No. 7, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas-New York, 2019.

del proceso contencioso-administrativo de anulación contra los actos administrativos. A) La tendencia hacia la universalidad del control contencioso-administrativo de todos los actos administrativos. a) Aspectos generales de la tendencia: control de todos los actos administrativos. b) El necesario deslinde de los actos administrativos respecto de los «actos de gobierno». c) La impugnación de los actos administrativos tanto de efectos generales (disposiciones generales) como de efectos particulares. d) La impugnación de los actos administrativos cualquiera que sea el vicio de contrariedad al derecho (inconstitucionalidad o de ilegalidad). B) La ampliación de las pretensiones en el proceso contencioso-administrativo contra los actos administrativos, más allá de la anulación. a) Regla general: El contencioso-administrativo de anulación de los actos administrativos. b) El contencioso-administrativo de anulación y las pretensiones de condena. c) El contencioso-administrativo de anulación y las pretensiones de amparo. d) Las pretensiones de amparo constitucional contra los actos administrativos. e) El proceso contencioso-administrativo de nulidad de los actos administrativos iniciado por la propia Administración: el proceso de lesividad. 4. Hacia la ampliación de los procesos contencioso-administrativos, más allá del control respecto de los actos administrativos. A) El proceso contencioso-administrativo de las demandas de condena y reparación. B) El proceso contencioso-administrativo de los contratos públicos. C) El proceso contencioso-administrativo contra la carencia, omisión o abstención de la Administración. D) El proceso contencioso-administrativo contra las vías de hecho y las actuaciones materiales de la Administración. E) El proceso contencioso-administrativo de los servicios públicos. F) El proceso contencioso-administrativo de los conflictos interadministrativos. G) El proceso contencioso-administrativo de la interpretación de leyes. 5. Hacia la ampliación de potestad cautelar en el proceso contencioso-administrativo, más allá de la suspensión de efectos de los actos administrativos. 6. Hacia la ampliación de las garantías para la ejecución de sentencias en los procesos contencioso-administrativos. 7. Reflexión final. 8. Bibliografía

RESUMEN: El trabajo es un estudio de derecho comparado sobre la Justicia Administrativa en Latinoamérica, destacando las tendencias más importantes de las regulaciones constitucionales y legales sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa en todos los países estudiados, en particular, las referidas a la especialización de la Jurisdicción; la configuración de la misma como un sistema de justicia administrativa; la evolución del proceso contencioso-administrativo contra los actos administrativos, y la ampliación de las pretensiones de condena y amparo; el desarrollo de otros procesos contencioso-administrativos, y los avances en las medidas cautelares y ejecución de sentencias

PALABRAS CLAVE: Justicia Administrativa, Jurisdicción Contencioso Administrativa, América Latina.

ABSTRACT: This study is a comparative law analysis of the Judicial Review of Administrative Action system followed in Latin America, in which the most important tendencies in the regulatory process related to the Administrative Con-

tentious Jurisdiction developed in the various countries are considered, highlighting, in particular, the tendencies towards: the specialization of the Administrative Contentious Jurisdiction; the configuration of the Administrative Justice function as a system; the extension of the object and of the claims related to the judicial review of administrative acts; the extension of the Administrative Contentious processes far beyond the exclusive challenging of administrative acts; the extension of the precautionary powers of the Administrative Judge in order to protect the claimants rights and the results of the process; and the extension of the guaranties related to the enforcement of the judicial decisions issued against Public Administration.

KEYWORD: Judicial Review of Administrative Action, Administrative Justice, Administrative Contentious Jurisdiction, Latin America.

INTRODUCCIÓN

En América Latina, como ha sucedido en todos los Estados contemporáneos, el progresivo afianzamiento del modelo de Estado de derecho con el sometimiento de la Administración Pública a la legalidad y, en general, al derecho, ha originado, en paralelo y no sin altibajos por las rupturas del orden constitucional que hemos tenido, el progresivo desarrollo de medios judiciales para asegurar el control de la actividad administrativa, con previsiones que en nuestros países se remontan a regulaciones establecidas desde principios del siglo pasado.

Así, dejando aparte el sistema establecido en *Argentina* y *Brasil*, donde por influencia del derecho norteamericano se atribuyó a los jueces en general el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de las actuaciones de los órganos del Estado (*judicial review*), lo que permitió que los mismos fueran jueces para el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración Pública (justicia administrativa difusa); en la mayoría de los países se atribuyó dicha competencia a tribunales especializados o a los Tribunales supremos.

Se destaca, así, de entrada, el caso de *Colombia*, donde en 1913 se creó un Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo y otros tribunales seccionales de la contencioso-administrativo para conocer de los procesos contra la Administración Pública; competencia que a partir de 1914, se asignó al Consejo de Estado el cual, aun cuando sin competencias jurisdiccionales, venía funcionando desde 1830¹; constituyendo el mismo, junto con la Corte Suprema

¹ Véase A. R. Brewer-Carías (2017: 5 y ss.).

de Justicia y la Corte Constitucional, una de las altas Cortes de justicia dentro de la Rama Judicial².

En *Venezuela*, en otra tendencia, la Constitución le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia a partir de 1925, la competencia para «declarar la nulidad de los decretos o reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes cuando alteren su espíritu, razón o propósito de ellas» (art. 120), agregándola así, a la competencia que le fue asignada a dicha Corte desde 1830, para «conocer de las controversias que resulten de los contratos o negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí solo o por medio de agentes» (art. 145). Igualmente, desde 1935, en *Paraguay*, y desde 1943, en *Panamá*, se atribuyeron competencias contencioso administrativas a la Corte Suprema, y desde 1947, en *República Dominicana*, dichas competencias se atribuyeron a un Tribunal contencioso-administrativo especializado.

En otros países, hacia mitades del siglo pasado, incluso el contencioso-administrativo se constitucionalizó, como ocurrió en *Uruguay*, al asignar la Constitución a un Tribunal de lo Contencioso-administrativo competencia para anular los actos administrativos «contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder» (art. 309 y ss.); norma que influyó en la Constitución de Venezuela de 1961, al asignarse competencia a los tribunales contencioso-administrativos para «declarar la nulidad de los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho e incluso por desviación de poder» (art. 259, Constitución 1999)³.

El resultado de ese proceso fue que progresivamente en casi todos los países, con excepción de *Argentina* y *Brasil*, y además, de *Chile*, en América Latina se desarrolló un sistema de justicia administrativa mediante la asignación de las competencias judiciales necesarias a las Cortes Supremas de Justicias, o a Tribunales contencioso-administrativos integrados siempre dentro del Poder Judicial, siguiendo así el principio judicialista; deslindándose igualmente, desde el siglo pasado, las competencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativas de las que corresponden a la Jurisdicción Constitucional⁴.

Para este XIV Congreso de la Asociación de profesores españoles de derecho administrativo, se me ha pedido hacer un estudio de derecho administrativo comparado latinoamericano sobre la Justicia Administrativa⁵, para lo cual

² Véase L. Rodríguez Rodríguez (2015: 529-560; J. O. Santofimio (2017, 843 y ss).

³ Véase A. R. Brewer-Carías (2004: 335-455); (2013: 15 y ss.).

⁴ Véase A. R. Brewer-Carías (2007); (2014a).

⁵ En general, en la literatura hispanoamericana de derecho administrativo, escasean los estudios de derecho comparado sobre lo contencioso-administrativo. La excepción general, en España, son los estudios desarrollados por mi querido amigo de tantos años, J. González Pérez, en particular, el trabajo incorporado como capítulo primero del Título sobre Derecho comparado de su obra *Derecho procesal administrativo de los pueblos hispánicos*, y su libro *Derecho*

analizaré el universo del régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en nuestros países, refiriéndome a las diversas tendencias de su evolución y configuración⁶, haciendo especial énfasis en las tendencias que apuntan a una regulación, en *primer lugar*, hacia la especialización de la Jurisdicción, con sus secuelas de constitucionalización y codificación de la misma; en *segundo lugar*, hacia la ampliación del contencioso-administrativo para su configuración como un sistema de justicia administrativa, para garantizar la tutela judicial efectiva frente a la Administración, con la progresiva ampliación del concepto de Administración Pública y con el reforzamiento del derecho de acceso a la justicia; en *tercer lugar*, hacia la ampliación del contencioso-administrativo de los actos administrativos, para asegurar la universalidad del control y la diversificación de las pretensiones, además de las de anulación; en *cuarto lugar*, hacia la ampliación de los procesos contencioso-administrativos, más allá del proceso de contencioso-administrativos de anulación; en *quinto lugar*, hacia la ampliación de la protección cautelar, más allá de la suspensión de efectos de los actos impugnados; y en *sexto lugar*, hacia la ampliación de las garantías para la ejecución de las sentencias en los procesos contencioso-administrativos.

1. HACIA LA ESPECIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La primera tendencia que permite identificar a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en América Latina, es la de su especialización, manifestada en la creación de tribunales específicos que la conforman, de manera que salvo, como se dijo, en países que recibieron desde comienzos del siglo XIX las influencias directas del sistema judicial norteamericano del *judicial review*, como *Argentina* y *Brasil*, en los cuales las competencias contencioso administrativas se atribuyen a tribunales de la jurisdicción ordinaria, en los demás, salvo el caso disidente de *Chile*, donde también conocen de la materia contencioso administrativa los tribunales ordinarios; la competencia contencioso administrativa se especializó, sea atribuyéndosela a la Corte Suprema, sea creando tribunales especializados para el control de la actividad de la Administración. Esta especialización orgánica, además, dio origen a la constitucionalización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y a la codificación de la legislación especial sobre la materia, que son las otras características derivadas de la especialización del contencioso-administrativo.

procesal administrativo hispanoamericano (1985); y en América Latina, el trabajo de mí también querido amigo de tantos años, J. C. Cassagne (2005: 3-32).

⁶ Véase A. R. Brewer-Carías (1993).

A) LA EXCEPCIÓN: LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA ATRIBUIDA A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

Y comencemos por la excepción fundamental a la tendencia de especialización, y es la que existe en *Argentina* y *Brasil*, que fueron los dos países que desde el siglo XIX recibieron la mayor influencia del sistema judicial norteamericano. Por ello, en *Brasil* se desarrolló un sistema judicial de jurisdicción inspirada el sistema de los Estados Unidos⁷, que ha impedido el establecimiento de alguna especialización jurisdiccional en materia contencioso administrativa⁸; y en *Argentina*, ha sucedido lo mismo, siendo los jueces ordinarios los competentes para controlar la Administración⁹, al igual que son los encargados de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Por ello, como lo han destacado Juan Carlos Cassagne y Miriam Ivanega:

«Siempre que exista un caso o una causa judicial, todos los jueces, de todos los fueros e instancias (incluyendo integrantes del Poder Judicial Nacional, provinciales y locales), pueden y deben ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, decretos reglamentarios, actos administrativos, en estos casos con efectos *erga omnes*»¹⁰.

Ello ha implicado que la doctrina del derecho administrativo no haya desarrollado estudios de importancia sobre el contencioso-administrativo, llegando Agustín Gordillo a criticar, incluso, el hecho de que en la disciplina se hable de «contencioso-administrativo», al estimar que la materia más bien es parte del «derecho procesal administrativo», fuera del derecho administrativo, formando parte del ámbito del derecho procesal¹¹.

Esa apreciación general, sin embargo, ha comenzado a cambiar después de la reforma constitucional de 1994, al suprimirse la competencia originaria de Suprema Corte de Justicia en materia contencioso administrativa (art. 166 y 215), desarrollándose una competencia contencioso administrativa en las Provincias y los municipios, respecto de los entes descentralizados y otras personas, a cargo de tribunales especializados¹², habiéndose regulado en las Constituciones de las Provincias tribunales contencioso-administrativos, en las cuales se han dictado regulaciones, como el Código Contencioso de la Provincia de Buenos Aires¹³.

Otro país en el cual tampoco se ha originado un principio de especialización, pero con algunas excepciones confusas dentro del orden judicial ordinario, es

⁷ Véase R. F. Bacellar Filho (2014, 90).

⁸ *Idem.* (2014, 85).

⁹ Véase M. M. Ivanega (2014: 16-18).

¹⁰ *Idem.* Véase J. C. Cassagne (2007: 49-72); (2005, 26); y M. Ivanega (2014: 17-18).

¹¹ Véase A. Gordillo (2014: XIII-6 y ss.).

¹² Véase P. E. Perrino (2015: 209).

¹³ *Idem.* P. E. Perrino (2015: 209-227).

en *Chile*, donde son los tribunales ordinarios los competentes en la materia, careciendo el país de una Jurisdicción contencioso administrativa con competencia general¹⁴; y ello a pesar de que desde 1925, en la Constitución se hizo referencia a que la ley podía crear tribunales administrativos, lo que nunca ocurrió. Por ello, la Corte Suprema incluso siempre declaró la incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer de la nulidad de los actos de la Administración, con cambios importantes en los años setenta¹⁵, cuando el Tribunal supremo admitió la competencia de los tribunales ordinarios para declarar la nulidad de los actos administrativos¹⁶.

A partir de la reforma constitucional de 1989 se eliminó la mencionada referencia que se estableció en 1925 sobre la creación de los tribunales administrativos, y en su lugar lo que se previó en la Constitución (art. 38), fue que «los tribunales que determine la ley» serían los que debían conocer de las reclamaciones presentadas por los particulares contra actos lesivos de la Administración del Estado, desarrollándose de ello, la asignación de una competencia general y residual a los tribunales ordinarios de justicia para conocer de esta materia, entre otras, mediante la denominada «acción de derecho público» ejercida específicamente ante los Jueces de letras civiles¹⁷.

Se observa, por otra parte, que mediante ley se han establecido unos llamados «tribunales especiales», con competencia para conocer de asuntos específicos, incluso ejerciendo la función jurisdiccional, pero que en general no son parte del poder judicial¹⁸. Dichos Tribunales, sin embargo, en general, no pueden considerarse parte de alguna jurisdicción contencioso administrativa, y más bien son los vehículos para agotar la vía administrativa en las materias específicas, pudiendo sus decisiones ser impugnadas ante las Cortes de Apelaciones¹⁹.

¹⁴ Véase G. Camacho Céspedes (2015: 321).

¹⁵ Véase J. C. Ferrada Bórquez (2014: 149, 152).

¹⁶ *Idem.* (2014: 149, 152, 153).

¹⁷ *Idem.* (2014: 163).

¹⁸ Se destacan, por ejemplo, fuera del Poder Judicial, el Tribunal de Contratación Pública (Ley n.º 19886 sobre bases de contratos de suministro) y los Tribunales Tributarios y Aduaneros (Ley n.º 20322 que perfecciona la Jurisdicción Tributaria), el Tribunal de Propiedad Industrial (DFL 3/2006 del Ministerio de Economía, que fija texto de la Ley de Propiedad Industrial) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (DFL n.º 1/2005 del Ministerio de Economía, que fija texto del Decreto Ley n.º 211, Ley Antimonopolios). Véase en *Idem.*, pp. 155, 156; y G. C. Céspedes (2015: 327 y ss.).

¹⁹ Véase C. Moraga Klenner (2015: 482).

B) LA ESPECIALIZACIÓN ORGÁNICA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Ahora bien, salvo las excepciones antes mencionadas, la tendencia en América Latina ha sido la de la especialización orgánica de la Jurisdicción contencioso administrativa, pero apartándose del sistema francés y de su peculiar interpretación del principio de la separación de poderes, condicionada por la desconfianza en los jueces, la cual tuvo su origen en los días de la Revolución francesa. De manera que si bien en América Latina el derecho administrativo francés tuvo una influencia decisiva en el desarrollo del derecho administrativo en todos nuestros países, ello no comprendió el sistema jurisdiccional administrativo separado del judicial, que se desarrolló en Francia.

Por ello, en todos los países latinoamericanos, incluyendo *Colombia* a pesar de su específica organización de la jurisdicción contencioso administrativa en torno al Consejo de Estado, impera el principio de la judicialización de la Jurisdicción contencioso administrativa²⁰, lo que confirma, como lo han reconocido los propios autores franceses, que una «jurisdicción administrativa» separada de la «jurisdicción judicial», no es condición necesaria para el desarrollo de la Justicia Administrativa ni para la existencia misma del derecho administrativo²¹.

Y en tal contexto se aclara de nuevo que en ningún caso se pueden considerar en América Latina, a los llamados «tribunales administrativos» creados en el seno de la Administración Pública para resolver aspectos específicos en el mundo regulador²², como se han desarrollado por ejemplo en el mencionado caso de *Chile*²³ y en *Argentina*, siguiendo incluso el modelo norteamericano²⁴, como formando parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se trata de órganos de la Administración Pública, que si bien cumplen funciones jurisdiccionales, en definitiva, emiten actos administrativos, los cuales son los que son revisables ante los órganos judiciales que imparten la justicia administrativa²⁵.

²⁰ Véanse las apreciaciones sobre ello de J. C. Cassagne (2005: 3-32); No estamos de acuerdo, por tanto, con la apreciación de J. Fernández Ruiz en su «Presentación» (2018: 13) al libro de H. A. Mejía *et al.* (2018b).

²¹ Véase J. Rivero (1962: 118).

²² Véase, por ejemplo, el trabajo de P. J. J. Coviello (2014: 37 y ss.).

²³ Es el caso de los llamados «tribunales especiales», no integrados en el Poder Judicial, que toman decisiones que agotan la vía administrativa y son impugnables ante las Cortes de Apelaciones. Véase C. Moraga Klenner (2015: 482).

²⁴ Véase por ejemplo, P. J. J. Perrino (2015: 60-82). Véase además, las apreciaciones sobre ello de J. C. Cassagne (2005: 5, 13, 17 y 29).

²⁵ Véase J. C. Cassagne (2005: 18).

Ahora bien, la especialización orgánica de la Justicia Administrativa no se ha desarrollado en América Latina en forma uniforme, sino bajo tres modalidades: atribuida a un solo órgano judicial; atribuida a la Corte Suprema y otros tribunales integrando una Jurisdicción; y atribuida a una Jurisdicción especializada separada de la Corte Suprema.

a) **La Justicia Administrativa atribuida a un solo órgano judicial: la Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Contencioso-administrativo**

Dejando aparte la situación de *Brasil*, *Argentina* y *Chile* la primera tendencia hacia la especialización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que se observa en América Latina, se ha producido mediante la asignación de la competencia judicial al más alto tribunal del país, específicamente las Cortes Supremas de Justicia, o a un Tribunal Contencioso-administrativo singular.

En cuanto a la atribución de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la Corte Suprema, por su antigüedad debe mencionarse el caso de *Paraguay*, donde la Ley No. 1462 de 1935 le atribuyó al entonces Superior Tribunal de Justicia la competencia en única instancia para conocer del recurso contencioso-administrativo (art. 1) contra las resoluciones administrativas (art. 3). A partir de la reforma constitucional de 1940, sin embargo, dicha competencia fue atribuida igualmente en única instancia al Tribunal de Cuentas, al cual también se le conoce como Tribunal Contencioso-administrativo²⁶.

En virtud de ello, en la actualidad, el único Tribunal supremo que tiene el monopolio de la Jurisdicción Contencioso-administrativo es la Corte Suprema de *Panamá*, donde si bien es cierto, sin duda por influencia de *Colombia*, que en 1941 se creó un Tribunal de lo Contencioso-administrativo (Ley 135 de 1943, luego reformada por la Ley n.º 33 de 1946), a partir de la reforma constitucional de 1956 la competencia contencioso administrativa fue asignada a Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ampliada posteriormente por el Código Judicial, y la Ley n.º 29 de 1984 (art. 97.13 y 99)²⁷, produciéndose lo que en general se ha denominado como «la judicialización del contencioso-administrativo»²⁸.

En otros países la competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa igualmente se ha asignado a un solo órgano judicial, pero separado de la Corte Suprema de Justicia, como son los casos de *Guatemala* (Tribunal Supe-

²⁶ Véase «Tribunal de Cuentas», en la página de la Corte Suprema de Justicia, Paraguay (consultada 25/12/2018), en <<https://www.pj.gov.py/contenido/137-tribunal-de-cuentas/137>>.

²⁷ Véase J. E. Sheffer Tuñón (2014: 401).

²⁸ *Idem*.

rior de lo Contencioso-administrativo, con dos Salas, la Administrativa y Tributaria)²⁹; de *Bolivia* (Tribunales Departamentales de Justicia)³⁰; y de *Uruguay* (Tribunal de lo Contencioso-administrativo)³¹.

b) La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada por la Corte Suprema de Justicia en la cúspide y otros tribunales inferiores Contencioso-administrativo

En contraste con los países donde la justicia administrativa se asigna a los tribunales ordinarios, o a un solo órgano judicial, sea el Tribunal Supremo o un Tribunal Contencioso-administrativo, en los otros países hispanoamericanos se ha desarrollado el concepto de Jurisdicción Contencioso administrativa integrada por un conjunto de tribunales especializados que ejercen el control de las actividades y omisiones de la Administración Pública, con la Corte Suprema en la cúspide; siempre, por supuesto, en el marco general del Poder Judicial, bajo el principio de la Justicia Administrativa como sistema «judicialista».

Es el caso de *Costa Rica* (con: a. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; b. El Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; c. Los tribunales de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; y d. Los juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda); de *Venezuela* (con: 1. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia; 2. Los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 3. Los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y 4. Los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³²; de *El Salvador* (con la Sala de lo Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, y las Cámaras de lo Contencioso-administrativo)³³; de *Nicaragua* (con: 1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, y 2. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo creados en los Tribunales de Apelaciones); en *Honduras* (con: la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación; Cortes de Apelaciones de lo Contencioso-administrativo; y Juzgados de Letras de los Contencioso-administrativo)³⁴; y en *Ecuador* (con: Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia como la Sala de lo Contencioso Tributario, y los Tribunales Distritales de lo Contencioso-administrativo).

²⁹ Véase H. H. Calderón M. (2014: 265).

³⁰ Véase J. M. Serrate Paz (2014: 67 y ss.).

³¹ Véase C. E. Delpiazzo (2014: 441).

³² Véase A. R. Brewer-Carías (2014b: 466).

³³ Véase H. A. Mejía (2018: 29).

³⁴ Véase E. Orellana (2018: 78).

También debe destacarse el caso de la *República Dominicana*, donde si bien desde 1947 se creó un Tribunal Superior Administrativo, luego de sucesivas reformas, en la última reforma constitucional de 2010 dicho Tribunal se estructuró como Tribunal Superior Administrativo, creándose además, por la Ley 13-07 de 2007, un contencioso-administrativo municipal, atribuyéndose competencia (con la excepción de los actos del Distrito Nacional y la Provincia de Santo Domingo) al Juzgado de Primera Instancia, para conocer en instancia única, y conforme al procedimiento contencioso tributario, de las controversias de naturaleza contenciosa administrativa que surjan entre las personas y los Municipios. La Constitución atribuyó, además, a la Suprema Corte de Justicia en su Tercera Sala o Sala de Tierras, Laboral, Contencioso Tributario y Contencioso-administrativo competencias en materia contencioso administrativa, aun cuando a través del recurso de casación.

c) La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada separadamente del orden judicial ordinario

El ejemplo más destacado y de mayor tradición de la organización de la Justicia contencioso administrativa en un orden judicial separado de la Corte Suprema de Justicia, es el caso de *Colombia*, con la asignación al Consejo de Estado de las competencias contencioso administrativas. Dicho órgano fue creado y recreado por Simón Bolívar, primero en Venezuela, en 1817, como órgano con ciertas potestades legislativas en la reconstitución del Estado venezolano; y segundo en Colombia, en 1828, como órgano consultivo del Poder Ejecutivo, lo cual se ratificó en la Constitución de 1830; de manera que sólo fue a partir de 1914 cuando se le asignaron las competencias como Jurisdicción Contencioso Administrativa, que le fueron transferidas de las que en 1913 se habían asignado al Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo.

En la actualidad, la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo en Colombia está integrada por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los juzgados administrativos, concibiéndose al Consejo de Estado como «el Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno». El Consejo de Estado, en materia contencioso-administrativo, cuenta, además, con la Sala Plena de lo Contencioso-administrativo y cinco Secciones que ejercen separadamente las funciones que de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo le asigne la dicha Sala Plena (art. 110)³⁵. También integran la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo, los Tribunales Administrativos creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine

³⁵ Véase A. H. Becerra (2015: 450-452).

la ley procesal, en cada distrito judicial administrativo (art. 122); y los juzgados administrativos, que también se deben establecer por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de conformidad con las necesidades de la administración de justicia, para cumplir las funciones que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio (art. 124).

En el *Perú*, el principio general de la organización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa deriva del hecho de que la competencia territorial en primera instancia corresponde al Juez Especializado en lo Contencioso-administrativo del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación materia de la demanda o el silencio administrativo (art. 12); excepto en casos específicos, de demandas contra ciertos entes públicos (por ejemplo, el Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, y otros Tribunales administrativos o de Organismos Reguladores), en cuyo caso la competencia es de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva. En estos casos, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso (art. 11)³⁶.

En *México*, la Jurisdicción Contencioso Administrativa también está configurada a nivel federal por un conjunto de Tribunales establecidos en forma especializada dentro del Poder Judicial, con el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en la cúspide, integrado por la Sala Superior y las Salas regionales, que son «el corazón de la jurisdicción»³⁷.

Por otra parte, tratándose de un Estado Federal, la Constitución mexicana dispuso en su artículo 116.IV, que las Constituciones y leyes de los Estados de la Federación podían instituir tribunales contencioso-administrativos con plena autonomía para dirimir las controversias entre la Administración Pública Estatal y los particulares, habiéndose en efecto creado en muchos Estados, como por ejemplo, en el Estado de Michoacán, un Tribunal de Justicia Administrativa; y en el Estado de Guanajuato, un Tribunal de lo Contencioso-administrativo³⁸.

C) LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Una de las consecuencias inmediatas de la especialización orgánica del contencioso-administrativo en los países hispanoamericanos ha sido, sin duda,

³⁶ Véase J. Danós Ordoñez (2015: 856 y ss.).

³⁷ Véase L. J. Béjar Rivera (2014: 302, 312); G. A. Esquivel Vázquez (2014: 332); M. L. Hallivis Pelayo (2015: 427).

³⁸ Véase J. Fernández Ruíz (2015: 418); J. I. Sánchez Aldana Morales (2015: 589).

el proceso de constitucionalización de la jurisdicción³⁹, mediante la incorporación en el texto mismo de las Constituciones de previsiones respecto de la justicia contencioso administrativa.

A los casos antes mencionados de *Uruguay* y *Venezuela*, se puede agregar el caso de *Panamá*, donde la Constitución (art. 206.2) le asigna a la Corte Suprema competencia para controlar «los actos, omisiones, prestación deficiente o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas». En *Costa Rica*, el artículo 49 de la Constitución dispuso que quedaba establecida «la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público», agregando que «la desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativo». debiendo la ley proteger «al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados».

Por su parte, en el *Perú*, el artículo 148 de la Constitución establece el principio de que «las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa»; y en *Guatemala* la Constitución regula al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, asignándole la función «de controlar de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas» (art. 221).

D) LA CODIFICACIÓN DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La consecuencia directa de la especialización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Latinoamérica, ha sido la sanción de leyes especializadas para regular los tribunales contencioso-administrativos y los procesos contencioso-administrativos, las cuales en general se han dictado en casi todos los países⁴⁰. La excepción, como se ha destacado, es en *Brasil*, *Argentina* y *Chile*, donde la competencia para conocer de los asuntos de la Justicia Administrativa está a cargo de los jueces ordinarios, rigiéndose el proceso por las normas generales del procedimiento.

³⁹ Véase A. R. Brewer-Carías (2015: 288 y ss.).

⁴⁰ Véase el texto de todas las leyes sancionadas y vigentes (2019) en América Latina en el libro: A. R. Brewer-Carías (2019).

En algunos casos excepcionales, el régimen del contencioso-administrativo está en el Código general de los procesos, como es el caso de *Ecuador*, donde la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que estuvo vigente desde 1968, fue derogada por el Código Orgánico General de Procesos de 2015, en el cual ahora se regula el proceso contencioso-administrativo; y como es el caso de *Bolivia*, donde la norma fundamental en la materia está en el Código de Procedimiento Civil (art. 788)⁴¹.

En otros países, la codificación del contencioso-administrativo ha llevado a la sanción de verdaderos *Códigos* en la materia, como es el caso de *Colombia* (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-administrativo, 2011); y de *Costa Rica* (Código Procesal Contencioso-Administrativo, 2008).

Y en el resto de los países, la materia está regulada en leyes especiales, como es el caso de *El Salvador* (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 2017); *Guatemala* (Ley de lo contencioso-administrativo, 1996); *Honduras* (Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, 1.987,); *México* (Ley Federal de Procedimiento Contencioso-administrativo, 2005); *Nicaragua* (Ley de regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, 2000)⁴²; *Panamá* (Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso administrativa, 1946, 2000); *Paraguay* (Ley que establece el procedimiento para lo contencioso-administrativo, 1935); *Perú* (Ley que Regula el Proceso Contencioso-administrativo, 2009); *República Dominicana* (Ley que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 1947); *Uruguay* (Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso-administrativo, 1987); y *Venezuela* (Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 2010).

2. HACIA LA CONFIGURACIÓN DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO UN SISTEMA DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

A) LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS PARA GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

La segunda tendencia en el desarrollo de la Justicia Administrativa en América Latina, ha sido la de su progresiva transformación en un sistema de justi-

⁴¹ En Bolivia solo existe una Ley 620 Transitoria de los Procesos Contencioso-administrativos, sin contenido normativo esencial.

⁴² Anulada parcialmente por la Sala Constitucional. Véase lo expuesto en K. Navarro (2018: 105 y ss.).

cia ampliado, al pasar de estar a cargo de una Jurisdicción concebida inicialmente solo para juzgar la legalidad de los actos administrativos, a ser una Jurisdicción universal para juzgar todas las actuaciones de la Administración, resultado de un proceso de «universalidad de la jurisdicción»⁴³. La consecuencia de ello es que la Jurisdicción tiene ahora a su cargo, el asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos e intereses legítimos o colectivos de las personas frente a cualquier «comportamiento ilícito»⁴⁴ en las actuaciones de la Administración Pública, cualquiera que sea la forma de su actuación o de su omisión⁴⁵, en procesos judiciales que dejaron de ser objetivos y están caracterizados por su subjetividad.

Como se resumió en la Exposición de Motivos del Texto Único refundido de la Ley del *Perú* que regula el proceso contencioso-administrativo, éste se configura en la actualidad como un proceso «de carácter subjetivo de modo que el juez no se limita a efectuar un mero control de legalidad de los actos administrativos, sino que asume que su rol es la protección y la satisfacción de los derechos e intereses de los demandantes afectados por la actuación administrativa»⁴⁶. En igual sentido, de acuerdo con del Código de *Costa Rica*, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa «tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa», estando por tanto sujeto a control judicial contencioso-administrativo, cualquier «conducta administrativa» (art. 1.1), «cualquier infracción, por acción u omisión del ordenamiento jurídico» (art. 1.2); «las conductas o relaciones regidas por el Derecho público, aunque provengan de personas privadas o sean estas sus partes», es decir, la conducta de los sujetos del Derecho privado que ejercen transitoriamente potestades o competencias públicas deben residenciarse ante la justicia administrativa (art. 2.e); en fin, «las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico-administrativo, así como a su existencia, inexistencia o contenido» (inciso a), «las actuaciones materiales» (inciso d), las «conductas omisivas» (inciso e) y «cualquier otra conducta sujeta al Derecho administrativo» (inciso f)⁴⁷.

⁴³ Véase J. Barnes (2015: 30).

⁴⁴ Como se expresó respecto de la reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 en España, por J. L. Meilán Gil y M. García Pérez (2014: 213, 216).

⁴⁵ Véase J. C. Cassagne (2015: 44).

⁴⁶ Véase V. S. Baca Oneto (2015: 647).

⁴⁷ Véase en E. Jinesta Lobo (2014: 123). Véase igualmente E. Jinesta Lobo (2018: 166 y ss.).

En la misma orientación se destacan los textos legislativos de *El Salvador*⁴⁸, *Nicaragua*⁴⁹, *Honduras*, *Panamá*, *Bolivia*⁵⁰, *Chile*⁵¹, *México* y *Venezuela*, donde, por ejemplo —en este último caso—, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 permite distinguir los siguientes procesos contencioso-administrativos⁵²: (i) el proceso contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos⁵³; (ii) el proceso contencioso-administrativo contra las carencias administrativas; (iii) el proceso contencioso-administrativo de las demandas patrimoniales⁵⁴; (iv) el proceso contencioso-administrativo de las demandas contra las vías de hecho⁵⁵; (v) el proceso contencioso-administrativo en materia de prestación servicios públicos⁵⁶; (vi) el proceso contencioso-administrativo para la resolución de las controversias administrativas; y (vii) el proceso contencioso-administrativo de interpretación de las leyes⁵⁷.

B) LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA, A LOS EFECTOS DE GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Otra tendencia en el contencioso-administrativo como instrumento para garantizar la tutela judicial efectiva en la protección de los derechos e intereses

⁴⁸ Véase Decreto Legislativo No. 81 de fecha 14 de noviembre de 1978 en el *Diario Oficial* n.º 236, Tomo 261, de fecha 19 de diciembre de 1978. Véase sobre el régimen jurídico regulado en la Ley anterior, en H. A. Mejía (2014: 177 y ss.); y en H. A. Mejía (2018: 25 y ss.).

⁴⁹ Véase M. Á. Sendin y K. Navarro Meda (2014: 367). Véase igualmente sobre la regulación en Nicaragua, en K. Navarro (2018: 103 y ss.).

⁵⁰ Véase J. M. Serrate Paz (2014: 71).

⁵¹ Véase J. C. Ferrada Bórquez (2014: 170).

⁵² Véase los antecedentes a este desarrollo en A. R. Brewer-Carías (1986: 5-30), (1987: 243 y ss.) Véase en defensa del recurso de plena jurisdicción, H. Iribarren M. (1986: 113-153). Por ejemplo, H. Rondón de Sansó, ha señalado que en su lugar, por ejemplo, podrían distinguirse ahora tres tipos de acciones contencioso-administrativas: acciones de impugnación de actos administrativos unilaterales o bilaterales, que conducen a la anulación de los mismos como consecuencia del control de legalidad; acciones de condena, de prestación o declarativas de condena, particularmente en materia de responsabilidad contractual y extracontractual y de restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, que conducen a decisiones del juez de dar, hacer o no hacer frente a la Administración; y acciones declarativas tendientes al reconocimiento o protección de un derecho subjetivo o a la interpretación de una situación jurídica o una norma; en (1980: 110-123).

⁵³ Véase en general la obra colectiva AAVV (2010 y 2011).

⁵⁴ Véase M. Á. Torrealba Sánchez (2011a: 299-340).

⁵⁵ Véase M. Á. Torrealba Sánchez (2011b).

⁵⁶ Véase J. Kiriakidis (2011: 167-193).

⁵⁷ Véase A. R. Brewer-Carías (2010a: 9-151). Véase además, A. R. Brewer-Carías (1986: 6 y ss.).

de las personas, ha sido la ampliación del concepto de la Administración, a los efectos de abarcar, no sólo las actuaciones de la clásica Administración Pública integrada en el Poder Ejecutivo, sino las realizadas por la Administración que se ubica en otras ramas del Poder Público, e incluso, las realizadas por particulares que en alguna forma ejerzan potestades administrativas. Ello lo resume el artículo 1.3 del Código de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de *Costa Rica*, al precisar que, a sus fines, «se entenderá por Administración Pública: a) La Administración central; b) Los Poderes Legislativo, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas; c) La Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho público». En sentido similar, se observan las regulaciones de las leyes en *Honduras* (art. 2), en *Nicaragua* (arts. 2.2 y 15)⁵⁸, y *Venezuela* (art. 7) donde —en este último caso— están sujetos a control contencioso-administrativo, las actuaciones y los actos administrativos emanados de órganos y entes que no forman parte de la Administración Pública Central y descentralizada, y que integran los otros Poderes Públicos, como por ejemplo los actos dictados en función administrativa de la Asamblea Nacional y sus servicios, el Consejo Supremo Electoral, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República la Defensoría del Pueblo⁵⁹.

Igualmente, en el proceso de ampliación del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para asegurar la tutela judicial efectiva frente a la Administración, se destaca cómo se han venido incorporando en diferentes leyes, después del trabajo de la jurisprudencia⁶⁰, previsiones destinadas a incluir también en las actuaciones sujetas a control, aquellas realizadas por los particulares, la cuales como lo indica la Ley Orgánica de *Venezuela*, se originan cuando «dicten actos de autoridad o actúen en función administrativa» (art. 7.6); o como se indica en la Ley del *Perú*, los actos dictados por las «personas jurídicas bajo el régimen de derecho privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado» (art. 15.7)⁶¹. En sentido similar, en *Costa Rica*, el Código dispone que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda también conocerá de «las conductas o relaciones regidas por el derecho público, aunque provengan de personas privadas o sean estas sus partes» (art. 2.e); en *El Salvador*, la Ley indica que la Jurisdicción Contencioso Administrativa también es competente para conocer «de las pretensiones derivadas de actuaciones u omisiones de los concesionarios de la Administración Pública» (arts. 1, 8); y en *Colombia*, el artículo 149 del Código de Procedimiento Administrati-

⁵⁸ Véase K. Navarro (2018: 113).

⁵⁹ Véase A. R. Brewer-Carías (2010a: 9 y ss.).

⁶⁰ Véase sobre el tema A. R. Brewer-Carías (1984: 25-78).

⁶¹ Véase en V. S. Baca Oneto (2015: 645).

vo y de lo Contencioso-administrativo, indica que la Sala Plena de lo Contencioso-administrativo del Consejo de Estado debe conocer en única instancia, de la «nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden».

C) EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LA PROGRESIVA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS TRADICIONALES CONDICIONES DE LEGITIMIDAD Y DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El desarrollo y garantía que en los últimos años ha tenido el derecho constitucional de acceso a la justicia, consagrado en la mayoría de la Constituciones, ha tenido importantes repercusiones en el ámbito contencioso-administrativo, que han terminado conduciendo al abandono o flexibilización progresivos de las tradicionales condiciones de admisibilidad de las acciones contencioso administrativas, en particular, las desarrolladas legislativamente en los casos de las acciones de nulidad contra los actos administrativos, y en particular, respecto de la legitimación activa y al agotamiento de la vía administrativa.

a) **Sobre la legitimación activa**

En efecto, respecto de la legitimación activa en materia de acciones de nulidad contra los actos administrativos, desde hace unos lustros ya se encontraba una distinción en materia de acceso a la jurisdicción administrativa, según el objeto del recurso de nulidad, entre los actos de efectos generales o disposiciones administrativas generales o reglamentos, como quiera llamárseles, en relación a los cuales la legitimación para impugnarlos era la propia del simple interés a la legalidad, lo que permitía a cualquier ciudadano acceder a la jurisdicción; y los actos administrativos de efectos particulares, cuya impugnación exigía un interés personal, legítimo y directo.

En el primer caso, la impugnación de actos de efectos generales o normativos, dio origen, en definitiva, a una acción popular que está abierta a cualquier interesado para velar por la legalidad o constitucionalidad de los actos de efectos generales, como sucede en el *Perú*, *Colombia*⁶², *Panamá* y *Venezuela*.

⁶² Véase C. Sarria Olcos (2014: 102).

Otros países, sin embargo, respecto de los actos administrativos de efectos generales o disposiciones reglamentarias, como es el caso de *Honduras* y *Costa Rica*, la situación es distinta y en ellos, como lo dispone el artículo 2 del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de *Costa Rica*, solo los pueden impugnar directamente «quienes ostenten, respecto de estas, algún interés legítimo, individual o colectivo, o algún derecho subjetivo, sin que se requiera acto de aplicación individual».

En cuanto a la impugnación de los actos administrativos individuales o de efectos particulares, el principio general en las legislaciones latinoamericanas, en la mayoría de los casos, es que el impugnante debe tener un derecho subjetivo o interés personal, legítimo y directo para demandar la nulidad. Esa era también la tradición en *Venezuela* respecto de la legitimación activa para impugnar los actos administrativos de efectos particulares, la cual comenzó a ser cambiada por la jurisprudencia después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, considerando el Tribunal Supremo que dicha condición resultaba incompatible con los principios de acceso a la justicia que la misma estableció, al menos por lo que respecta a la exigencia de que el interés legitimador fuera personal y directo. El Tribunal consideró entonces suficiente con que el interés alegado fuera legítimo⁶³.

b) **Sobre la defensa de los intereses colectivos y difusos**

Otra de las tendencias en materia de ampliación de la legitimación activa en las acciones de nulidad ha sido la admisión expresa en las Constituciones y en las legislaciones, de la legitimación activa amplia cuando se trata de la defensa de derechos e intereses colectivos y difusos, cuya tutela, por ejemplo, encontró regulación en *Venezuela* en el artículo 26 de la Constitución, y posteriormente en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa («las demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos»), reconociendo legitimación para actuar a las entidades representativas de intereses colectivos legalmente establecidas y reconocidas (intereses colectivos), y a quienes en determinadas circunstancias invoquen la protección de los intereses supra-individuales que conciernen a toda la colectividad (intereses difusos).

En estos casos de demandas en defensa de intereses colectivos o difusos, como en *Costa Rica*, la acción se regula como una acción popular (art. 10.1, Código de Procedimiento Contencioso Administrativo); encontrándose regula-

⁶³ Véase sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, n.º 873, de 13 de abril de 2000 (Caso: *Banco FIVENEZ vs. Junta de Emergencia Financiera*), en *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 582-583.

ciones similares en las legislaciones de países como *El Salvador* (art. 14.d, y e), *Honduras* (art. 13.b), y *Nicaragua* (art. 27. 1).

c) **Sobre el tema del agotamiento de la vía administrativa**

La misma garantía de acceso a la justicia también ha repercutido en la flexibilización de la condición tradicional de agotamiento de la vía administrativa (que el acto impugnado haya causado estado) para acceder a la justicia administrativa, respecto de la cual, aun cuando sin la intensidad que se puede apreciar en relación con la legitimación activa, sin embargo puede decirse que aún predomina el régimen tradicional.

Es el caso, aún en países como *Argentina*, donde los tribunales ordinarios son los competentes en materia de procesos administrativos, exigiéndose para acceder a ellos, en todo caso, la existencia de un acto previo⁶⁴. El mismo régimen del agotamiento de la vía administrativa se sigue en *Bolivia* (art. 778 del Código de Procedimiento Civil), en el *Perú* (art. 20)⁶⁵, en *Guatemala* (art. 19), en *El Salvador* (art. 11.b); en *Nicaragua* (art. 35)⁶⁶, en *Honduras* (arts. 2, y 63.c); en *Uruguay* (art. 4)⁶⁷, en *Paraguay* (art. 3.a), y en *Panamá* (art. 200).

El principio, sin embargo, ha comenzado a ceder como consecuencia de los efectos garantistas del derecho constitucional de acceso a la justicia, de manera que, por ejemplo, en *Costa Rica*, dicha condición se había eliminado por la jurisprudencia por reñir con el derecho a la tutela y acceso a la jurisdicción⁶⁸, habiéndose entonces previsto en el artículo 31.1 del Código, dicho agotamiento como una posibilidad de orden facultativo (art. 31.1), a juicio del interesado. En el *Ecuador* también se eliminó la exigencia del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, y en *Chile*, se ha considerado en general que no es necesario agotar vía administrativa para acceder a los tribunales para reclamar contra los actos administrativos, considerando Juan Carlos Ferradas, por ejemplo, contrarias al derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial garantizada en la Constitución, las exigencias Ley de Procedimiento Administrativo sobre el agotamiento de la vía administrativa para acceder a la tutela judicial⁶⁹.

⁶⁴ Véase M. M. Ivanega (2014: 18,19).

⁶⁵ Véase J. Danós Ordoñez (2015: 853).

⁶⁶ Véase M. Á. Sendín y K. Navarro Medal (2014: 368).

⁶⁷ Véase F. Rotondo (2015: 567).

⁶⁸ Véase Juan Carlos Cassagne refiere al caso Fonseca Ledesma, de la Sala Constitucional de Costa Rica, 2006, en J. C. Cassagne (2015: 58).

⁶⁹ Véase J. C. Ferrada Bórquez (2014: 165, 166).

Por último, en el caso de *Venezuela*, donde, conforme a la jurisprudencia desarrollada por el del Tribunal Supremo, se eliminó la exigencia del agotamiento de la vía administrativa como condición de recurribilidad de los actos administrativos, dejándose sin embargo en la Ley Orgánica de la Administración Pública su regulación pero como una opción del administrado la de ejercer los recursos administrativos (art. 7,10)⁷⁰. Otra cosa es el tema en materia de demandas contencioso administrativas con contenido patrimonial, en relación con las cuales, en *Venezuela* se exige el agotamiento del llamado «procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, los estados, o contra los órganos o entes del Poder Público a los cuales la ley les atribuye tal prerrogativa» que regula Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (arts. 35,3; 54 a 60).

3. HACIA LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO Y DE LAS PRETENSIONES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La consecuencia de la progresiva ampliación del contencioso-administrativo para asegurar la tutela judicial efectiva frente a las actuaciones de la Administración, puede decirse que en líneas generales ha dado lugar a dos tendencias en materia del proceso contencioso-administrativo contra los actos administrativos: por una parte, a la universalidad del control cuando se trata de actos administrativos, cualquiera sea el motivo, de ilegalidad o inconstitucionalidad, de manera que no pueden haber actos excluidos de control judicial; y por la otra, a la ampliación de las pretensiones que se pueden formular respecto de los actos administrativos que van más allá de las pretensiones que involucran la anulación de los actos administrativos.

A) LA TENDENCIA HACIA LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE TODOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

a) Aspectos generales de la tendencia: control de todos los actos administrativos

El primer aspecto de la tendencia contemporánea que debe destacarse en materia contencioso administrativa, cuando se trata de la impugnación de los actos administrativos, es el de la prevalencia del principio de la universalidad

⁷⁰ Véase A. R. Brewer-Carías (2010a: 87-89).

del control⁷¹, que implica que todos los actos administrativos quedan sometidos a control judicial, sin importar su autor, cualquiera sea su naturaleza, de efectos generales o de efectos particulares y cualquiera que sea el motivo de impugnación, o si son reglados o discrecionales.

Esta tendencia se aprecia en el régimen constitucional y legal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en *Venezuela*, la cual, como manifestación del principio de legalidad, conforme al artículo 259 de la Constitución, se ha establecido para controlar todos los actos administrativos, sin excepción, reglados o discrecionales, por motivos de contrariedad al derecho, es decir, por inconstitucionalidad o ilegalidad en sentido estricto, sean emanados de cualquier ente u órgano de la Administración Pública o de cualquier otra persona o entidad actuando en función administrativa. Ello implica que cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería inconstitucional.

En materia de actos discrecionales, en todo caso, solo una excepción se identifica en la Ley 1462/1935 de *Paraguay*, en cuyos artículos 2 y 3.b se dispuso que solo puede intentarse el recurso de lo contencioso-administrativo contra las resoluciones de la administración cuando éstas «procedan del uso de sus facultades regladas», quedando excluidos así los actos administrativos discrecionales.

b) **El necesario deslinde de los actos administrativos respecto de los «actos de gobierno»**

Otra de los aspectos derivados de la tendencia hacia la universalidad del control en el ámbito del contencioso-administrativo se refiere a la progresiva reducción o eliminación de los llamados «actos políticos» como supuestos «actos administrativos» excluidos de control contencioso-administrativo, y a la superación de toda la polémica que en relación a los mismos se desarrolló en Europa durante tantas décadas, particularmente en Francia, España e Italia, la cual puede decirse que no contaminó a la doctrina en América Latina.

Y la razón de ello fue, fundamentalmente, el hecho de que los actos de gobierno⁷², *acte de gouvernement*⁷³, actos políticos⁷⁴, *atto politico o atto di*

⁷¹ Lo que significa que no hay ni puede haber actos excluidos de control. Véase, por ejemplo, A. R. Brewer-Carías (1991: 5-22); (2011a: 219-261 y ss.).

⁷² Para un estudio comparativo de la doctrina del acto de gobierno, en su concepción más tradicional, véase J. A. Prat (1958: 815 a 871); y J. L. Carro y Fernández-Valmayor (1967: 73 a 130). Véase en general sobre el tema, A. R. Brewer-Carías (1986b: 65-68.).

⁷³ Véase R. Capitant (1964: 99 y ss.).

⁷⁴ Véase A. Rodríguez Queiro (1972: 101 y ss.); A. Guaita (1955: 74 y ss.); L. Sánchez Agesta (1959: 183 y ss.).

*potere politico*⁷⁵, contrario a lo que sucedió en Europa, en general en América Latina no fueron considerados como actos administrativos, sino como actos estatales dictados en ejecución de la Constitución, y que si bien no está sometidos a control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (porque no eran actos administrativos), si están sometidos al control de la constitucionalidad por parte de la Jurisdicción Constitucional.

En los sistemas europeos continentales, en cambio, la noción de acto de gobierno se presentó como un acto del Estado, que en realidad era sustancialmente distinto al acto administrativo o en otros casos como una especie de éstos, pero con la característica común de que gozaban de inmunidad jurisdiccional, en el sentido de que no existiendo en general una Jurisdicción Constitucional, los mismos no podían ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, todo lo cual desde las últimas décadas del siglo pasado originó críticas tendientes a reducir su inmunidad jurisdiccional⁷⁶.

En todo caso, en la actualidad, con la consolidación de los sistemas que aplican el método concentrado de justicia constitucional, puede decirse que la importancia que tuvo la doctrina tradicional de los actos de gobierno fue progresivamente desapareciendo, pues si bien en general escapaban del control judicial contencioso-administrativo por no ser actos administrativos, no escapan en general al control que ejercen las cortes o tribunales constitucionales, donde al contrario, impera el principio de que no existen actos excluidos de control.

Esta es la orientación clara en las regulaciones en la materia, en los países con sistemas de Justicia Constitucional y de Justicia Administrativa, establecidos en paralelo, como es el caso en *Venezuela*⁷⁷, en *Colombia*⁷⁸, en *El Salvador*, en *Guatemala*, en *Nicaragua* y en *Honduras*.

Sin embargo, debe mencionarse el caso de *Argentina*, donde no sólo no hay una Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino tampoco una Jurisdicción

⁷⁵ Véase en particular E. Guicciardi (1937: 265-486); G. Roehrsen (1936: 557-588); y el completo estudio de E. Cheli (1961).

⁷⁶ Véase en general, E. García de Enterría (1979: 50 y ss.); J. Puisoye (1965: 211). Algunos visionarios, sin embargo, como Gastón Jèze afirmaban, refiriéndose a la sustracción del control judicial de los actos de gobierno que «[...] a primera vista esta situación —que se halla en absoluta contradicción con las ideas modernas— parece un escándalo intolerable y uno se asombra de que haya existido hasta nuestros días. En verdad, es injustificable: es razón de Estado, es decir, la arbitrariedad, bajo el pretexto de oportunidad política [...]». Véase G. Jèze (1948: 413-416), citado en la sentencia No. 2208 de 28 de noviembre de 2007 (Caso *Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas vs. Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*), en *Revista de Derecho Público*, No 112, Caracas 2007, pp. 601-606.

⁷⁷ Véase lo expresado en A. R. Brewer-Carías (1977: 84 y ss., 108 y ss.); y (2011b: 19-74).

⁷⁸ Véase J. O. Santofimio (2017: 868).

Constitucional, y donde existiendo solo un sistema difuso de control judicial, incluso contencioso-administrativo, sin embargo, en la orientación del sistema norteamericano del *judicial review* sobre las llamadas *political questions*⁷⁹, se excluye del ámbito de control judicial a las cuestiones políticas⁸⁰. Las mismas, sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte, se han reducido precisamente a los «actos de gobierno» o «los actos políticos» dictados por los órganos del Estado de acuerdo con sus poderes directamente otorgados por la Constitución⁸¹, como por ejemplo podrían ser la declaración de guerra, la declaración de estado de sitio, la intervención federal de una Provincia, la declaración de «conveniencia pública» a los efectos expropiatorios; o la declaración de emergencia a los efectos de la aprobación de algunas impuestos directos; los actos concernientes a las relaciones exteriores; los actos de reconocimiento de nuevos Estados extranjeros, o los actos de expulsión de extranjeros⁸²; todos englobados bajo la denominación de «actos constitucionales»⁸³.

c) **La impugnación de los actos administrativos tanto de efectos generales (disposiciones generales) como de efectos particulares**

Cuando se afirma que todos los actos administrativos están sujetos al control judicial contencioso-administrativo, ello implica, como principio, que corresponde a la Jurisdicción conocer de las acciones de nulidad sea que se trate de actos administrativos de efectos generales, es decir, normativos o reglamentarios, o de actos administrativos de efectos particulares.

Al contrario de lo que sucede en España⁸⁴, la mayoría de las leyes sobre el contencioso-administrativo en América Latina no distinguen entre disposiciones generales y actos administrativos, sino más bien se refieren a los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, considerando sin duda a los reglamentos y disposiciones normativas emanadas de la Administración, como actos administrativos, todos sometidos a control contencioso-administrativo.

⁷⁹ Véase A. R. Brewer-Carías (2008: 432). Véase sobre las decisiones *Ware v. Hylton*, 3 Dallas, 199 (1796); *Chicago and Southern Air Lines v. Waterman Steamship Co.*, 333 US 103 (1948), y *Luther v. Borden* 48 U.S. (7 Howard), 1 (1849), en M. Glenn Abernathy and Barbara A. Perry, *Civil Liberties under the Constitution*, Sixth Edition, University of South Carolina Press, 1993, pp. 6-7.

⁸⁰ Véase M. M. Ivanega (2014: 16).

⁸¹ Véase S. M. Losada (1972: 343); J. R. Vanossi y P. E. Ubertone (1996).

⁸² Véase J. L. Lazzarini (1988: 270 y ss.); A. J. Salgado (1987: 23).

⁸³ Véase J. C. Cassagne (2015: 534 y ss.).

⁸⁴ Véase J. L. Meilán Gil y M. García Pérez (2014: 210, 222).

Es excepcional, por tanto, que algunos países excluyan a los reglamentos del control ante la jurisdicción contencioso administrativa, como es el caso de *México* (art. 8.IX); y de *Guatemala* (art. 21.2).

En otros países, en cambio, como *El Salvador* lo que se dispone es que los reglamentos solo pueden ser objeto de la acción contencioso administrativa por razones por ilegalidad, pero porque el control de constitucionalidad sobre los mismos corresponde a la Jurisdicción Constitucional que ejerce la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Igualmente, en *Panamá*, los reglamentos solo pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativo por razones de ilegalidad, en virtud de regularse directamente en el artículo 206 de la Constitución la competencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, como Jurisdicción constitucional, y otorgársele el monopolio del control de la constitucionalidad de todos los actos estatales, cualquiera que ellos sean. En sentido similar, se establece en *Nicaragua* (arts. 27, 36), y en *Honduras* (art. 13.b).

d) La impugnación de los actos administrativos cualquiera que sea el vicio de contrariedad al derecho (inconstitucionalidad o de ilegalidad)

Otra de las obvias tendencias derivadas de la universalidad del control contencioso-administrativo de los actos administrativos es que los jueces tienen competencia para anularlos cuando sean *contrarios a derecho*, sea por inconstitucionalidad o ilegalidad, incluso por desviación de poder. Esa fue la expresión utilizada en la Constitución del *Uruguay* (arts. 307-309) que luego se recogió en la Constitución de Venezuela a partir de 1961 (art. 295). Esa amplitud se aprecia también en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso-administrativo de *Colombia* (art. 84)⁸⁵.

En *Honduras*, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que la acción de nulidad de los actos administrativos de carácter particular y general se puede formular buscando «la declaración de no ser conformes a Derecho» (art. 33 Ley); aun cuando sin embargo, en otras normas reduce las pretensiones de las demandas a la sola «declaración de ilegalidad» (art. 13, 14 y 15); pero precisando que «los motivos de no ser conforme a Derecho en que funde su acción para pretender la declaración, comprenderá cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la falta de jurisdicción o competencia, el quebrantamiento de formalidades esenciales, el exceso de poder y la desviación de poder», definiéndose en la propia norma de la Ley que «constituirá

⁸⁵ Véase C. Sarria Olcos (2014: 102, 108); y J. O. Santofimio (2017: 847, 849, 863).

desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley».

En otros países, sin embargo, la reducción del control contencioso-administrativo a solo motivos de legalidad persiste, tal como está previsto, por ejemplo, en *Panamá*; en *Costa Rica* (art. 49), en *Nicaragua* (art. 14), en *El Salvador*, y en *México* (art. 51).

B) LA AMPLIACIÓN DE LAS PRETENSIONES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, MÁS ALLÁ DE LA ANULACIÓN

En materia de lo contencioso-administrativo contra los actos administrativos, la otra tendencia que se observa en América Latina es la de la ampliación de las pretensiones más allá de la anulación, pudiendo formularse con el recurso pretensiones de condena o reparación y de amparo constitucional.

a) **Regla general: El contencioso-administrativo de anulación de los actos administrativos**

El proceso contencioso-administrativo contra los actos administrativos está regulado en todas las legislaciones de los países de América Hispana, continuando siendo, sin duda, el corazón del sistema contencioso-administrativo. Así se regula en todas las leyes de la materia, como en la de *Honduras* (art.1), *Guatemala* (art. 1), *Venezuela* (art; 9), *Costa Rica* (art. 42)⁸⁶; *República Dominicana* (art. 165.2, Constitución), *El Salvador* (arts. 3.a; 10.a), *Nicaragua* (art.14); *Panamá* (206.2, Constitución); *Ecuador* (art. 217.1); *México* (arts. 52.II y 52.IV) y *Paraguay* (art. 3.d). Igualmente en *Colombia*, en cuyo Código se establece el derecho de toda persona para solicitar por sí, o por medio de representante, la nulidad de los actos administrativos; la cual procede «no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió» (art. 84)⁸⁷.

En la misma línea, en la Ley de *Uruguay*, se dispone que el Tribunal de lo contencioso-administrativo conoce, en instancia única, de las demandas de nulidad contra actos administrativos, pero precisando que quedan «excluidos

⁸⁶ Véase E. Jinesta Lobo (2014: 130).

⁸⁷ Véase C. Sarria Olcos (2014: 102).

los actos legislativos y jurisdiccionales»⁸⁸; y en el la Ley del *Perú* se abre el proceso contencioso-administrativo contra «los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa», o «el silencio administrativo», donde se pueden incluir los actos administrativos tácitos o presuntos derivados del mismo (art. 4)⁸⁹, con el objeto de obtener «la declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos», y el «reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines» (art. 5.1).

b) **El contencioso-administrativo de anulación y las pretensiones de condena**

Pero una de las tendencias que se destaca del proceso contencioso-administrativo contra los actos administrativos, es que ya en muchos países, la pretensión de anulación de los actos administrativos puede acompañarse de otras pretensiones procesales, sin necesidad de que se tengan que intentar acciones o recursos adicionales, en particular, pretensiones de condena y pretensiones de amparo.

En *Venezuela*, por ejemplo, con la pretensión de anulación contra actos administrativos, también pueden formularse pretensiones de condena derivada precisamente de esa anulación, y así, la sentencia, además de anular el acto puede resolver condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad administrativa, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. En este campo, la pretensión de anulación, por tanto, también puede estar acompañada de una pretensión de condena.

Igualmente, en *Colombia*, el artículo 85 del Código Contencioso-administrativo consagra expresamente esta acción de anulación y condena, tendiente también al «restablecimiento del derecho lesionado y a la reparación del daño». En *El Salvador*, el artículo 9 de la Ley de lo contencioso-administrativo, le atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa competencia para conocer «de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial», las cuales «podrán plantearse en la misma demanda mediante la cual se deduzcan otras pretensiones derivadas de la impugnación de actuaciones u omisiones administrativas» (art. 3). En igual sentido se regula en *México* (art. 52.V), y en *Honduras* (arts. 33 y 34)⁹⁰.

⁸⁸ Véase C. E. Delpiazzo (2014: 443-444).

⁸⁹ Véase V. S. Baca Oneto (2015: 648 y ss.).

⁹⁰ Véase E. Orellana (2018: 86).

c) **El contencioso-administrativo de anulación y las pretensiones de amparo**

En *Venezuela*, también, junto con la acción de nulidad contra los actos administrativos puede formularse ante los jueces contencioso-administrativo, una pretensión de amparo por violación de derechos o garantías constitucionales, en cuyo caso, el proceso debe ser breve, sumario y efectivo, acorde con la protección constitucional solicitada (art. 5 de la Ley Orgánica de Amparo), y el juez, de acuerdo a los artículos 259 y 26 de la Constitución, tiene la potestad para restablecer la situación jurídica infringida o en su caso, para disponer lo necesario para su restablecimiento. Esto significa que el juez del contencioso de anulación y amparo, una vez anulado el acto, puede directamente restablecer el derecho constitucional infringido y sustituirse a la Administración, y además, adoptar mandamientos de hacer o de no hacer en relación con la Administración, para asegurar no sólo dicho restablecimiento, sino además, impedir la sucesiva vulneración del derecho o garantía constitucional por la Administración.

En la misma orientación se regula en la Ley del *El Salvador*, donde también se puede identificar el proceso contencioso-administrativo de anulación de los actos administrativos conjuntamente con la pretensión de amparo constitucional por la violación, por el acto impugnado, de una garantía o derecho constitucional, en cuyo caso, el juez en el proceso contencioso-administrativo de anulación y amparo, una vez anulado el acto administrativo impugnado, puede en la misma forma, directamente restablecer el derecho constitucional infringido. Además, y de acuerdo a lo señalado anteriormente, en caso de proceder y conforme a lo solicitado, el juez podría adoptar las decisiones de condena respecto de la Administración, por los daños y perjuicios que se pudieran haber causado al recurrente por el acto anulado.

d) **Las pretensiones de amparo constitucional contra los actos administrativos**

En la mayoría de los países, sin embargo, el amparo contra los actos administrativos se presenta como un proceso autónomo como el que existe en España, por ejemplo, en aplicación del «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», regulado en el artículo 114.1 de la Ley reguladora del contencioso-administrativo. Dicha norma, en efecto establece que el procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española, se rige, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en el capítulo de dicha ley. En particular se precisa que se pueden hacer valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 (contra actos administrativos) y 32 (contra la inactivi-

dad de la Administración), «siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado».

En el *Perú*, en el mismo sentido se regula el proceso de amparo para la tutela de los derechos de las personas frente a actuaciones administrativas⁹¹; al igual que en *Colombia* se regula la acción de tutela para la protección de los derechos constitucionales fundamentales⁹²; e igualmente para la protección derechos e intereses colectivos⁹³.

Por otra parte, en *Nicaragua*, al atribuirse el conocimiento de la acción de amparo a la Jurisdicción Constitucional, el artículo 17.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo, cuando identifica las materias excluidas del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, se refiere a «lo referente a las violaciones o intentos de violación de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política que corresponde a la jurisdicción constitucional, a través del Recurso de Amparo».

En *Brasil*, por supuesto, todas las acciones garantistas de los derechos fundamentales pueden ejercerse contra los actos administrativos ante los tribunales ordinarios, en particular las acciones habeas data, *mandado de segurança coletivo*, *mandado de injuncao*, la *ação popular* y *ação civil publica*⁹⁴. Igualmente en *Uruguay* se procede intentar la acción de amparo contra actos administrativos lesivos ante tribunales ordinarios competentes⁹⁵.

En el caso de *Chile* se ha regulado el recurso de protección como un proceso excepcional, de características sumarísimas y urgente, que busca amparar de forma rápida y expedita a los particulares, frente a actos u omisiones que afecten sus derechos fundamentales. Sin embargo, en ausencia de una Jurisdicción contencioso administrativa, ha sido este proceso de protección el que desde los años setenta, ha jugado el rol de un verdadero contencioso-administrativo general, ya que ha sido utilizado por los interesados afectados como un mecanismo rápido de impugnación de actos u omisiones ilegales o arbitrarias de los órganos de la Administración del Estado, solicitando indirectamente la anulación de los mismos⁹⁶. Así, frente a actuaciones de un órgano de la Administración del Estado que un particular considere ilegales o arbitrarias, éste puede solicitar directamente a la Corte de Apelaciones respectiva el amparo

⁹¹ Véase J Danós Ordoñez (2015: 865).

⁹² Véase igualmente J. O. Santofimio (2017: 892 y ss.; 908 y ss.).

⁹³ *Idem*, p. 893.

⁹⁴ Véase R. F. Bacellar Filho (2014: 91).

⁹⁵ Véase C. E. Delpiazzo (2014: 441); F. Rotondo (2015: 564).

⁹⁶ Véase sobre cómo el proceso de amparo urgente de derechos fundamentales ha derivado en un proceso contencioso-administrativo, en J. C. Ferrada Bórquez (2005: 129-164).

constitucional de sus derechos, consecuencia de lo cual, normalmente, llevará envuelto, si cabe, la nulidad del acto impugnado⁹⁷.

e) **El proceso contencioso-administrativo de nulidad de los actos administrativos iniciado por la propia Administración: el proceso de lesividad**

Siendo el principio general en todas las legislaciones latinoamericanas de procedimientos administrativos, el de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derechos a favor de particulares, excepto en los casos de nulidad absoluta o de pleno derecho, en muchos sistemas contencioso-administrativos se ha desarrollado, siguiendo la tradición española, el proceso contencioso-administrativo contra los actos administrativos denominado de lesividad, en el cual la pretensión de nulidad es formulada por la propia Administración Pública emisora del acto impugnado.

Así se estableció, por ejemplo, desde 1935, en *Paraguay*, en la Ley No. 1462/1935 sobre el procedimiento para lo contencioso-administrativo que permite que la demanda contencioso administrativa se pueda deducir por un particular «o por una autoridad administrativa» (art. 3); en *El Salvador*, la Ley autoriza a la propia Administración Pública para «impugnar sus propios actos administrativos favorables que hubieren adquirido estado de firmeza» (art. 14.c)⁹⁸, e igual ocurre en el *Perú* (art. 13)⁹⁹, en *Guatemala* (art. 20), en *Honduras* (art. 15), en *Ecuador* (art. 217.11)¹⁰⁰. Igualmente, en *Colombia* también se admite el proceso de lesividad, estando el mismo previsto en forma indirecta¹⁰¹ en el artículos 136.7 y 149 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso-administrativo¹⁰².

Incluso en *Argentina*, en ausencia de ley reguladora de alguna jurisdicción contencioso administrativa, ha sido la Suprema Corte, en su jurisprudencia (*Caso Pustelink*, fallo 291:133), la que con fundamento en el artículo 100 Ley de Procedimiento Administrativo ha dispuesto que «el acto administrativo regular, aun cuando traiga aparejado vicios de ilegitimidad, ostenta cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce presunción de legitimidad; la Administración no puede revocarlo por sí y ante sí, sino que debe demandar ju-

⁹⁷ Véase J. C. Ferrada Bórquez (2014: 170).

⁹⁸ Véase C. Sarria Olcos (2014: 110); J. O. Santofimio (2017: 876).

⁹⁹ Véase J. C. Morón Urbina (2015: 716 y ss.).

¹⁰⁰ Véase L. Vicuña Domínguez (2018).

¹⁰¹ Véase C. Sarria Olcos (2014: 113, 114); J. O. Santofimio (2017: 883).

¹⁰² Véase C. Sarria Olcos (2014: 113).

dicialmente al efecto o revocar el acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia»¹⁰³.

En *Venezuela*, a pesar de que no hay previsión alguna en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre el tema de la acción de lesividad, hemos sostenido que el recurso contencioso-administrativo de anulación de los actos administrativos de efectos particulares, contrariamente a lo resuelto por la Corte Primera de la Contencioso-Administrativo¹⁰⁴, también podría ser interpuesto por la propia Administración Pública, particularmente respecto de los actos administrativos irrevocables en virtud de haber creado o declarado derechos a favor de particulares¹⁰⁵.

4. HACIA LA AMPLIACIÓN DE LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS, MÁS ALLÁ DEL CONTROL RESPECTO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Otra de las tendencias destacadas en la evolución del contencioso-administrativo en América Latina ha sido la que ha buscado superar la estricta asociación del proceso contencioso-administrativo con el proceso de anulación de los actos administrativos, dando cabida a otros procesos contencioso-administrativos independientes de las pretensiones de anulación, como son los procesos de condena y reparación; los relativos a los contratos del Estado; los relativos a las omisiones administrativas; aquellos contra las vía de hecho; los relativos a los reclamos por la prestación de servicios públicos; los tendientes a la solución de los conflictos interadministrativos; y los de interpretación.

A) EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS DEMANDAS DE CONDENA Y REPARACIÓN

En primer lugar se destacan, en el ámbito de los procesos contencioso-administrativos, los originados en las demandas de condena contra la Administración, en las cuales no se plantea la nulidad de actos administrativos, es decir, por ejemplo, conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de *Venezuela*, las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad contractual o extracontractual de los órganos que ejercen el Poder Público (arts. 9; 23.4; 24.4).

¹⁰³ Véase A Pérez Hualde (2015: 741).

¹⁰⁴ Véase sentencia de 13 de octubre de 1988, Caso *Cememosa*, en *Revista de Derecho Público*, n.º 36, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, pp. 106 y ss.

¹⁰⁵ Véase A. R. Brewer-Carías (1980: 27-30), (2010a: 134-135).

En *Colombia*, en ese mismo sentido, el Código Contencioso-administrativo regula la acción de reparación directa¹⁰⁶, estableciendo en su artículo 86, que la persona interesada «podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa».

En este mismo sentido, en *Uruguay*, el equivalente sería el denominado «contencioso de reparación» patrimonial (art. 1) por daños causados por «a) los actos administrativos anulados por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo o respecto de los cuales el Tribunal haya reservado la acción de reparación; b) los actos administrativos respecto a los cuales no proceda la acción anulatoria, que son los de gobierno (siempre que así los califique el propio Tribunal de lo Contencioso-administrativo)¹⁰⁷; c) los hechos u omisiones de la Administración; d) los actos administrativos revocados en vía administrativa por razón de legitimidad; y e) los actos legislativos y jurisdiccionales»¹⁰⁸.

Estos procesos contencioso-administrativos de condena y reparación, es decir, por responsabilidad administrativa, puede decirse que se establecen en casi todas las legislaciones, como sucede en el *Perú* (arts. 5.2 y 5.5); en *Costa Rica* (art. 42), en *Honduras* (art. 3.b), en *El Salvador* (art. 3), en *Nicaragua* (art. 15), y *Panamá* (art. 206.2 Constitución)¹⁰⁹.

En *Venezuela*, incluso, en relación con el contencioso-administrativo de las demandas, no sólo se ha regulado para que los jueces de la jurisdicción Contencioso Administrativa conozcan de las que se intenten contra los entes públicos, sino que conforme al artículo 9.9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción contencioso administrativa, sus órganos son competentes para conocer de:

«Las demandas que ejerzan la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, entes públicos, empresas o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios o cualquiera de las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación decisiva, si es de contenido administrativo».

En esta forma, la Jurisdicción se ha configurado una especie de fuero judicial en relación con la Administración.

¹⁰⁶ Véase C. Sarria Olcos (2014: 115 y ss.); J. O. Santofimio (2017: 877).

¹⁰⁷ Véase J. A. Prat (815 y ss.); A. R. Real (214 y ss.); H. Cassinelli Muñoz (241 y ss.); C. Vazquez (1996: 545 y ss.); y G. Ruocco (2000: 435 y ss.).

¹⁰⁸ Véase C. E. Delpiazzo (2014: 447); y (2015: 676 y ss.).

¹⁰⁹ Lo que se complementa con lo establecido en el artículo 97 del Código Judicial, y por la Ley No. 38 de 2000, que contiene el procedimiento administrativo general, y cuyo Libro primero prevé el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

B) EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

A pesar de que se trata también de un contencioso de las demandas de condena contra la Administración, en la mayoría de las leyes sobre la materia de América Hispana también se identifica específicamente al proceso contencioso-administrativo de los contratos públicos, atribuyéndose competencia específica a los tribunales contencioso-administrativos para conocer de todas las pretensiones en relación con los mismos. En *Venezuela* así fue hasta la Ley Orgánica de 2010, que atribuye competencia a la jurisdicción contencioso administrativa no sólo para conocer de las pretensiones de condena originadas por responsabilidad extracontractual de la Administración, sino también por responsabilidad contractual, sea cual fuere la naturaleza del contrato público específico (art. 9.3). En contraste, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que antes regulaba la materia, se establecía el contencioso de los contratos como un aspecto específico del contencioso de las demandas, al atribuirse a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo competencia para conocer de las «cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o los Municipios» (art. 5.25).

En todo caso, en la mayoría de los países de América Latina, aparte del contencioso de las demandas de condena, en la misma forma se sigue regulando específicamente el proceso contencioso-administrativo de los contratos públicos. Es el caso, por ejemplo, del *Perú*, en relación con «las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia» (art. 4.5)¹¹⁰; de *Guatemala* (art. 19.2), en relación con las «controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas»; de *Costa Rica*, donde el artículo 2 del Código, establece la competencia de la Jurisdicción en «materia de contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica»; en *Nicaragua*, sobre «los asuntos referentes a la preparación, adjudicación, cumplimiento, interpretación, validez, resolución y efectos de los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública, especialmente cuando tuvieren por finalidad el interés público, la prestación de servicios públicos o la realización de obras públicas» (art. 15.1). Igual sucede en

¹¹⁰ Véase V. S. Baca Oneto (2015: 643 y ss.).

*Colombia*¹¹¹ (art. 87); en *El Salvador* (arts. 3.b y 5) y en *Honduras* (art. 3.a y 3.h).

C) EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LA CARENCIA, OMISIÓN O ABSTENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Otro de los procesos contencioso-administrativos que en las últimas décadas se ha regulado en la mayoría de las leyes sobre la materia, ha sido el proceso contencioso-administrativo contra la carencia, la omisión o la abstención de los funcionarios de la Administración Pública a cumplir los actos a que estén obligados por las leyes, como se ha regulado en *Venezuela* desde 1935 (arts. 9.2, 23.3, 24.3 y 25.4, Ley 2010)¹¹². En el mismo sentido, en el *Perú* se ha regulado la acción contencioso administrativa contra «la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública» (art. 4.2)¹¹³ para que «se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme»; y en *Nicaragua*, contra las omisiones de la Administración Pública (arts. 14; 15.3). En sentido similar se regula en *Panamá* (art.206.2, Constitución).

En *El Salvador*, siguiendo la orientación de la legislación española¹¹⁴, se reguló el llamado proceso contencioso-administrativo contra «la inactividad de la Administración» (art. 3.d), entendiéndose que la misma se genera cuando la Administración «sin causa legal, no ejecute total o parcialmente una obligación contenida en un acto administrativo o en una disposición de carácter general que no necesite de actos de ejecución para la producción de sus consecuencias jurídicas. Dicha obligación deberá ser concreta y determinada a favor de una o varias personas individualizadas o individualizables, y quienes tuvieran derecho a ella deben haber reclamado previamente su cumplimiento en los términos regulados en el artículo 88 de esta ley» (art. 6).

¹¹¹ Véase C. Sarria Olcos (2014: 102, 118 y ss.); J. O. Santofimio (2017: 884).

¹¹² Véase sobre esta norma en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, A. R. Brewer-Carías (1982: 603 y ss.).

¹¹³ Véase V. S. Baca Oneto (2015: 643 y ss.).

¹¹⁴ El Artículo 29.1 de la ley sobre lo contencioso-administrativo de España dispone, en efecto, que: «Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieren derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración».

El artículo 3.4 de la Ley de *El Salvador* agrega, además, que ante la jurisdicción contencioso administrativa también pueden deducirse pretensiones relativas a las «omisiones de naturaleza administrativa de los concesionarios».

En sentido similar, en *Nicaragua*, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se ha regulado el denominado «recurso especial por retardación», que conforme al artículo 37 de la misma procede «cuando la Administración Pública estuviere obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, ya fuere en virtud de una disposición general que no precisare de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo», en cuyo caso los administrados pueden «reclamar a la Administración el cumplimiento de dicha obligación».

En cuanto a *Colombia*, la defensa judicial frente al incumplimiento de la Administración respecto de sus deberes establecidos en leyes y actos administrativos está garantizada mediante una acción constitucional, que es la acción de cumplimiento prevista en el artículo 87 de la Constitución que establece que toda persona puede «acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido».

La acción está regulada en la Ley 1473 de 2011, como lo señala Jaime Orlando Santofimio, «como una acción de carácter constitucional que comparte naturaleza de acción popular con elementos propios de las acciones individuales o particulares de competencia de las autoridades judiciales, de interpretación y aplicación excepcional y restrictiva, intemporal, de trámite preferencial para “exigir de las autoridades la realización del deber omitido”»¹¹⁵.

Por último, en *Ecuador*, se regula la competencia contencioso administrativa para conocer de «las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos» (art. 217.8).

D) EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LAS VÍAS DE HECHO Y LAS ACTUACIONES MATERIALES DE LA ADMINISTRACIÓN

Otra de las tendencias que pueden destacarse en relación con las regulaciones sobre lo contencioso-administrativo en los países hispanoamericanos, abandonando la vinculación con el acto administrativo otrora único objeto de los recursos, ha sido la regulación del proceso contencioso-administrativo

¹¹⁵ Véase J. O. Santofimio (2017: 896, 987).

contra las vías de hecho o las actuaciones materiales de la Administración, en cuyos casos, precisamente no está en juego un acto administrativo.

Así se ha regulado, por ejemplo, en *Costa Rica* (art. 42.2.a)¹¹⁶; en el *Perú* (arts. 4.3 y 4.4)¹¹⁷; en *Venezuela* (art. 9.3); en *Nicaragua* (art. 14); y en *El Salvador* (art. 3.d) donde se precisa que constituye vía de hecho la actuación material de la Administración Pública realizada sin respaldo en un acto administrativo previo, o en exceso del contenido de este (art. 7), buscándose no sólo «la declaración de ilegalidad de la actuación material constitutiva de vía de hecho, sino la orden de cese de dicha actuación» y, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de los derechos vulnerados o, de manera sustitutiva, la indemnización de daños y perjuicios (arts. 10.c y 58).

E) EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Otro de los procesos contencioso-administrativos que comienza a encontrar regulación expresa es el que se refiere a los servicios públicos. Sobre ello, el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de *Venezuela* de 2010, enumera entre las competencias de la misma «los reclamos por la prestación de los servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por los *prestadores* de los mismos» (art. 9.5).

Igualmente, en *Nicaragua*, al definir la «extensión de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo», el artículo 15.d de la Ley sobre el contencioso-administrativo indica que también conocerá de:

«Los reclamos que los administrados formulen en contra de las actuaciones de la Administración concedente, relativos a la fiscalización y control de las actividades de los concesionarios de los servicios públicos, siempre que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a ellos, así como en contra de las actuaciones de los propios concesionarios en cuanto implicaren el ejercicio de potestades administrativas».

Regulaciones similares se encuentran en *Panamá*, en relación con la competencia para «controlar la prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos» (art. 206.2, Constitución); y en *Ecuador*, en los casos de reclamos para «la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos» (art. 217.8).

¹¹⁶ Véase E. Jinesta Lobo (2014: 130).

¹¹⁷ Véase V. S. Baca Oneto (2015: 648 y ss.).

F) EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LOS CONFLICTOS INTERADMINISTRATIVOS

Otro de los procesos contencioso-administrativos que se ha venido delineando en los últimos años ha sido el contencioso-administrativo para la resolución de los conflictos entre los órganos de la Administración, que se ha regulado, por ejemplo, en *Venezuela*, al asignarse a la Jurisdicción la competencia para conocer de «la resolución de las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún estado, municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades» (art.9.7).

En la *República Dominicana*, por su parte, la Constitución de 2010 enumera en su artículo 165.3, entre las atribuciones de los tribunales superiores administrativos, la de «conocer y resolver en primera instancia o en apelación, de conformidad con la ley, las acciones contencioso administrativas que nazcan de los conflictos surgidos entre la Administración Pública y sus funcionarios y empleados civiles».

Por su parte, en *Nicaragua*, el artículo 15.6 de la Ley sobre lo contencioso-administrativo, al precisar la «extensión de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo», indica que la misma conocerá de «los conflictos de carácter administrativo que surgieran entre los distintos organismos de la Administración Pública; los conflictos administrativos de carácter intermunicipal o interregional, o entre los municipios y las Regiones Autónomas, y los de éstos con la Administración Pública».

G) EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA INTERPRETACIÓN DE LEYES

Por último, otro proceso contencioso-administrativo que se ha regulado expresa y específicamente en algunas Leyes sobre el contencioso-administrativo de América Latina, es el proceso contencioso-administrativo de interpretación de leyes que, por ejemplo, se ha regulado en el artículo 9.6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-administrativo de *Venezuela*, al asignársele a los tribunales competencias para conocer de «la resolución de los recursos de interpretación de leyes de contenido administrativo», siendo ello una competencia que la Ley reservó a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo (art. 23,21) como el más alto tribunal de la Jurisdicción.

Se trata, en definitiva, de un proceso de interpretación abstracta de las leyes, que se estableció inicialmente en forma específica en la Ley de Carrera Administrativa de 1970¹¹⁸.

En otros países, lo que se ha establecido es un proceso contencioso-administrativo pero de interpretación de los actos administrativos, como es el caso de *Panamá*, donde la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución de 3 de agosto de 1993, estableció que el proceso contencioso de interpretación, es la vía jurídica adecuada para que la misma se pronuncie sobre «la recta interpretación de un acto administrativo, que constituye la base para decidir un negocio jurídico o que se ventila», cuando se necesita «deslindar el sentido, el verdadero significado y alcance de ese acto administrativo»¹¹⁹.

5. HACIA LA AMPLIACIÓN DE POTESTAD CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, MÁS ALLÁ DE LA SUSPENSIÓN DE EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Otra de las tendencias que se aprecian en el desarrollo del proceso contencioso-administrativo en América Latina, igualmente para garantizar una tutela judicial efectiva de los administrados frente a la Administración, ha sido la progresiva ampliación del poder cautelar del juez, abriéndose así una amplia gama de medidas cautelares más allá de la clásica medida de suspensión de los efectos de los actos administrativos de efectos particulares impugnados.

En *Venezuela*, por ejemplo, después de años de desarrollo jurisprudencial, en particular con motivo de las acciones de nulidad y amparo contra los actos administrativos, intentados con base en las previsiones generales establecidas en el Código de Procedimiento Civil en materia de medidas cautelares inominadas¹²⁰, el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 ha terminado por establecer un amplio poder cautelar del juez contencioso-administrativo, disponiendo que «está investido de las más amplias potestades cautelares», quedando facultado, en consecuencia, para «dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo ordenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa»¹²¹.

¹¹⁸ Véase A. R. Brewer-Carías y Enrique Pérez Olivares (1965: 103-126). Artículo 64 de la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1970.

¹¹⁹ Véase C. Gasnell Acuña (2018, p. 238).

¹²⁰ Véase V. Hernández Mendible (1998).

¹²¹ A. Canónico (2015: 793 y ss.).

En cuanto al procedimiento, la Ley Orgánica establece un procedimiento común para el caso de tramitación de medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos, indicándose que pueden solicitarse por las partes en cualquier estado y grado del procedimiento, pudiendo ser acordadas por el tribunal como las estime pertinentes «para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y de ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva» (art. 104).

A tal efecto, conforme a la Ley Orgánica, el tribunal cuenta con los más amplios poderes cautelares para proteger no sólo a los demandantes sino, como lo dice el artículo 104, a «la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso».

Esta tendencia se aprecia igualmente en las previsiones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-administrativo de *Colombia*, en el cual en los procesos contencioso-administrativos se autoriza al Juez o Magistrado Ponente para decretar, en providencia motivada, «las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia» (art. 229), indicándose en el artículo 230, que dichas medidas cautelares «podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda»¹²².

En *Costa Rica*, igualmente, el artículo 19.1 del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo, establece una cláusula residual otorgándole al juez contencioso-administrativo un poder de cautela general, al indicar que puede ordenar «las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia», con lo que su contenido es previsto en *numerus apertus*, pudiendo decretar medidas provisionales positivas, anticipatorias o innovativas y no solo meramente conservativas¹²³, específicamente, «cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad» (art. 21).

Al efecto, el artículo 20 del Código dispone que «las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una

¹²² Véase J. O. Santofimio (2017: 914 y ss.).

¹²³ Véase E. Jinesta Lobo (2014: 128); y (2015: 926).

situación fáctica o jurídica sustancial», pudiendo el tribunal o el juez respectivo «imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar».

En todo caso, el Código le impone al Juez, para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el deber de «considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros» (art. 22).

Igualmente, en el *Perú*, en el artículo 38 del Texto único refundido de la Ley de lo Contencioso-administrativo, se dispone el poder del juez de dictar medidas cautelares antes de iniciado un proceso o dentro de éste, «siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva», siguiéndose en general las previsiones del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en la Ley¹²⁴, siendo «especialmente procedentes en el proceso contencioso-administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar» (art. 41).

Conforme al artículo 39 de la misma Ley, las medidas cautelares se deben dictar «en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva», siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

«1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.

2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.

3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión».

En la Ley, en ésta forma, se han incorporado los clásicos principios a ser analizados por el Juez para dictar las medidas cautelares: en primer lugar, el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho alegado por el demandante; y en segundo lugar, el *periculum in mora*, con el objeto por ejemplo de preservarse la situa-

¹²⁴ Véase R. Huapaya Tapia (2015: 910 y ss.).

ción existente, ante el riesgo inminente de que pueda causarse un perjuicio irreparable en la definitiva si el acto se ejecuta.

Igualmente se establecen las medidas cautelares en sentido amplio, en las legislaciones de *El Salvador* (art. 97), y de *México* (art. 24), regulándose en la Ley Federal mexicana, además y específicamente, la medida de suspensión de efectos del acto recurrido¹²⁵.

Sin embargo, no en todos los países latinoamericanos se pueden apreciar avances en materia de medidas cautelares como los indicados, habiendo permanecido en muchos de ellos las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo circunscritas a la clásica suspensión de efectos del acto administrativo recurrido, partiendo del principio general, también clásico, de los efectos no suspensivos de los recursos o acciones contencioso administrativas. Es el caso, por ejemplo, en *Guatemala* (art. 18), en *Argentina*¹²⁶, en *Uruguay* (art. 2)¹²⁷, en *Nicaragua* (arts. 62 y ss.) y en *Honduras* (art. 121-123).

En otros países donde no existe regulación legal sobre los procesos contencioso-administrativos, como es el caso en *Chile*, las medidas cautelares en los casos de demandas contra los actos administrativos se adoptan aplicando en forma supletoria las normas en la materia en el Código de Procedimiento Civil¹²⁸.

Por su parte, en *Panamá*, la medida cautelar de suspensión de efectos de los actos administrativos impugnados, fue admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia desde 1991, desarrollándose en la doctrina de la Sala de lo Contencioso de la Corte Suprema, para decretarla, la exigencia de que exista apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) y de *periculum in mora*¹²⁹.

6. HACIA LA AMPLIACIÓN DE LAS GARANTÍAS PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

Finalmente otro de los aspectos tradicionales de los procesos contencioso administrativos, en los cuales la tutela judicial efectiva no ha tenido las garantías suficientes, es el de la ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales, la cual tradicionalmente ha sido una función ejecutiva y no judicial, no habiéndose otorgado siempre a los jueces los poderes necesarios para lograrlo,

¹²⁵ Véase G. A. Esquivel Vázquez (2014: 347).

¹²⁶ Véase J. P. Comadira (2015: 822 y ss.).

¹²⁷ Véase C. E. Delpiazzo (2015: 681); y (2014: 453).

¹²⁸ Véase J. C. Ferrada Bórquez (2014: 173).

¹²⁹ Véase C. Gasnell Acuña (2018: 218).

los cuales, además, han tenido como escollo, entre otros, el clásico privilegio de la inembargabilidad de los bienes del Estado.

Para captar la situación de la problemática en América Latina, podemos comenzar haciendo referencia a la más reciente de las leyes dictadas en materia contencioso administrativa, que es la Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa de *El Salvador* de 2018, en la cual se ha reglado el tema de la ejecución de las sentencias dictadas en contra del Estado, asignándose al órgano correspondiente de la Administración Pública la obligación de practicar las diligencias necesarias para el cumplimiento de la sentencia en el plazo que establezca el Tribunal, el cual no debe ser superior a 30 días (art. 63). El órgano de la Administración debe informar al Tribunal, al día siguiente del vencimiento del plazo establecido para la ejecución de la sentencia estimatoria, sobre «su cumplimiento exacto, so pena de la imposición de una multa diaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 118 de la presente ley», estimándose que la falta del referido informe supone la falta de cumplimiento de la sentencia (art. 65).

En todo caso, si en el plazo señalado para la ejecución de la sentencia, el órgano de la Administración Pública no ha rendido el informe de cumplimiento o no ha dado cumplimiento a la sentencia, el Tribunal debe requerir al superior jerárquico, si lo hubiere, para que la haga cumplir (art. 66), disponiendo la ley que «el incumplimiento de la sentencia dará lugar a responsabilidad patrimonial directa del funcionario o concesionario obligado al cumplimiento», pudiendo además ser objeto de un proceso penal por desacato a cargo de la Fiscalía General de la República.

El artículo 67 de la Ley, en todo caso de incumplimiento de las sentencias, establece las potestades del Tribunal para proceder a su ejecución forzosa, pudiendo:

«a. Ejecutarla a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y demás servidores del órgano de la Administración o del concesionario que hubiere sido condenado o, en su defecto, de otros órganos de la Administración Pública.

b. Adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias hasta lograr la eficacia del fallo, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo al órgano de la Administración Pública o al concesionario que hubiere sido condenado».

En estos casos, dispone la misma norma, si el órgano de la Administración Pública realizare «alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a restablecer la situación en los términos exigidos por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento».

En los casos de sentencias condenatorias de la Administración al pago de cantidades liquidadas el artículo 68 autoriza al Tribunal para ordenar «se libren y autoricen las órdenes de pago con cargo a las partidas de su presupuesto», y solo si por razones financieras previamente calificadas por el Tribunal no fuere posible cargar la orden de pago al presupuesto vigente, el funcionario respectivo está obligado a incluir en el presupuesto del año siguiente las asignaciones o partidas necesarias para el pago de lo ordenado en la sentencia. En este último caso, el cumplimiento de la sentencia debe ejecutarse dentro de los primeros noventa días del año fiscal correspondiente.

Otra de las legislaciones recientes dictadas en América Latina es el Código de Procedimiento Contencioso-administrativo de *Costa Rica*, en el cual se establecieron disposiciones importantes en la materia, comenzando incluso con la creación de un cuerpo especializado de «jueces ejecutores» encargados de la ejecución de las sentencias del Juzgado de lo Contencioso administrativo, a los cuales se asignan «todos los poderes y deberes necesarios para su plena efectividad y eficacia», pudiendo dictar o disponer «a solicitud de parte, las medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución» (art. 155), e, incluso, «solicitar el auxilio de la Fuerza Pública para la ejecución plena e íntegra de las sentencias y demás resoluciones dictadas por el Tribunal de juicio, cuando contengan una obligación de hacer, de no hacer o de dar, y estas no sean cumplidas voluntariamente por la parte obligada» (art. 156).

De acuerdo con el artículo 159, los funcionarios que incumplan sin justa causa cualquiera de los requerimientos de los jueces ejecutores tendiente a la efectiva ejecución del fallo, deben ser sancionados «con una multa de uno a cinco salarios base, de conformidad con el artículo 2 de la Ley n.º 7337» cuyo cobro efectivo se hará mediante el trámite del proceso ejecutivo (art. 160). En todo caso, si después de impuestas las multas, persiste el incumplimiento de la Administración, el juez executor puede:

«a) Ejecutar la sentencia requiriendo la colaboración de las autoridades y los agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras administraciones públicas, conforme a los procedimientos administrativos establecidos en el ordenamiento jurídico.

b) Adoptar las medidas necesarias y adecuadas para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente a la conducta omitida, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración Pública condenada; todo conforme a los procedimientos administrativos establecidos en el ordenamiento jurídico.

c) Para todos los efectos legales, el juez o la autoridad pública requerida por él, se entenderá competente para realizar todas las conductas necesarias, con el objeto de lograr la debida y oportuna ejecución del fallo, todo a cargo del presupuesto de la Administración vencida. El propio juez executor podrá adoptar las medidas necesarias, a fin de allegar los fondos indis-

pensables para la plena ejecución, conforme a las reglas y los procedimientos presupuestarios» (161).

En los casos de sentencias que condenen a la Administración Pública al pago de una cantidad líquida, la misma, conforme se dispone en el artículo 166, debe acordarlo y verificarlo de inmediato, «si hay contenido económico suficiente y debidamente presupuestado», para cuyo efecto, «la sentencia firme producirá, automáticamente, el compromiso presupuestario de los fondos pertinentes para el ejercicio fiscal en que se produzca la firmeza del fallo». Para hacer cumplir el fallo, tratándose del Gobierno Central, el juez ejecutor debe remitir la certificación de lo dispuesto en la sentencia al Departamento de Presupuesto Nacional, constituyendo dicha certificación «título suficiente y único para el pago respectivo». Para tal efecto, el director del Departamento de Presupuesto Nacional está obligado a incluir, «en el presupuesto inmediato siguiente, el contenido presupuestario necesario para el debido cumplimiento de la sentencia, so pena de incurrir en responsabilidad civil, penal o disciplinaria; de no hacerlo así, el incumplimiento de la obligación anterior se presumirá falta grave de servicio» (art. 167).

En el caso de *Honduras*, es de interés destacar que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone, en el caso de condenas al pago de sumas de dinero contra la Administración, que si no se produce el cumplimiento voluntario por el órgano que hubiese producido el acto impugnado (art. 95), transcurridos un lapso de un año sin que se asegurase el medio de pago mediante los trámites presupuestarios, entonces «el Juzgado, a petición de parte, ejecutará la sentencia procediendo de conformidad con los trámites del procedimiento de apremio» (art. 98); entendiéndose por tal «el embargo de bienes suficientes para hacer efectivas las obligaciones de dar, cuando éstas consistan en entregar determinadas cantidades de dinero» (art. 133). La Ley agrega además, una prohibición a la «Secretaría de Estado en los Despachos de Planificación, Coordinación y Presupuesto» de presentar al Congreso Nacional «ningún Proyecto de Presupuesto o de reformas al Presupuesto vigente ni los órganos competentes emitirán dictámenes favorables sobre los Proyectos de Presupuesto o de reforma a los vigentes de las Instituciones Estatales, si en los mismos no se contemplan las partidas suficientes para el cumplimiento de las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo» (art. 99)¹³⁰.

El Código de *Costa Rica*, además, contiene una novedosa regulación en relación con la ejecución forzosa contra la Administración mediante la medida de embargo, al enumerar en su artículo 169, los siguientes bienes del Estado, como «bienes embargables»:

¹³⁰ Véase E. Orellana (2018: 78).

«a) Los de dominio privado de la Administración Pública, que no se encuentren afectos a un fin público.

b) La participación accionaria o económica en empresas públicas o privadas, propiedad del ente público condenado, siempre que la totalidad de dichos embargos no supere un veinticinco por ciento del total participativo.

c) Los ingresos percibidos efectivamente por transferencias contenidas en la Ley de Presupuesto Nacional, en favor de la entidad pública condenada, siempre que no superen un veinticinco por ciento del total de la transferencia correspondiente a ese período presupuestario».

Identificó además, el Código, como bienes inembargables, «los bienes de titularidad pública destinados al uso y aprovechamiento común», o los «vinculados directamente con la prestación de servicios públicos en el campo de la salud, la educación o la seguridad y cualquier otro de naturaleza esencial», al igual que «los bienes de dominio público custodiados o explotados por particulares bajo cualquier título o modalidad de gestión; sobre las cuentas corrientes y cuentas cliente de la Administración; sobre los fondos, valores o bienes que sean indispensables o insustituibles para el cumplimiento de fines o servicios públicos; sobre recursos destinados por ley a una finalidad específica, al servicio de la deuda pública tanto de intereses como de amortización, al pago de servicios personales, a la atención de estados de necesidad y urgencia o destinados a dar efectividad al sufragio; tampoco los fondos para el pago de pensiones, las transferencias del fondo especial para la Educación Superior, ni los fondos públicos otorgados en garantía, aval o reserva dentro de un proceso judicial» (art. 171).

En contraste con las previsiones dictadas en estas leyes recientes, en otra también dictada en los últimos años, como es el caso de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de *Venezuela* de 2010, las deficiencias y carencias tradicionales persisten, asignándose la competencia en la materia al tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia (art. 107), disponiéndose en el caso de demandas contra la República, como principio, el mecanismo de «ejecución voluntaria» por parte de la misma, conforme a las normas establecidas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (art. 108). Y, además, también en contraste con lo dispuesto en el Código de *Costa Rica*, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de *Venezuela*, el artículo 89 es categórico al disponer que:

«Los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva»¹³¹.

¹³¹ Con disposiciones de esta naturaleza, como lo destacó Hernández Mendible, el procedimiento de ejecución de sentencias en la nueva Ley Orgánica no significó progreso, conside-

7. REFLEXIÓN FINAL

La justicia administrativa en América Latina como puede apreciarse de la aproximación comparativa que hemos hecho del régimen constitucional y legal sobre la jurisdicción contencioso administrativa y los procesos contencioso-administrativos es, ante todo, una manifestación específica del Estado de derecho, como Estado sometido a control judicial.

Sin embargo, como en todas las instituciones del Estado de derecho, no basta para su efectividad que lo relativo al contencioso-administrativo se haya consagrado en las Constituciones y en leyes especiales, sino que es necesario por sobre todo, que funcione en el marco de un sistema de separación de poderes, de manera que el Poder Judicial donde está inserta la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pueda controlar real y efectivamente las actuaciones de la Administración Pública, estando a cargo de jueces autónomos e independientes, ejerciendo sus funciones sin presiones por parte del Poder Ejecutivo, o más precisamente, de la Administración controlada.

Sin esta garantía, por más perfectas y prolijas que sean las previsiones sobre lo contencioso administrativo, no habrá posibilidad efectiva de controlar a la Administración Pública, y como muestra permítanme referirme al caso de *Venezuela*, donde la progresiva instalación de un régimen autoritario convirtió en letra muerta todas las previsiones constitucionales y legales sobre lo contencioso administrativo a las cuales me he referido en este estudio.

Ello comenzó a evidenciarse abiertamente desde 2003, en un proceso contencioso-administrativo de anulación y amparo, el último en el cual en alguna forma intervino indirectamente mediante la emisión de una opinión jurídica, que fue iniciado el 17 de julio de 2003, a solicitud de la Federación Médica Venezolana en contra los actos del Alcalde Metropolitano de Caracas, del Ministro de Salud y del Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas, que derivaron en la contratación indiscriminada de médicos extranjeros no licenciados para ejercer la profesión en el país; todo en violación de la Ley de Ejercicio de la Medicina, para atender el desarrollo de un importante programa asistencial de salud en los barrios de Caracas; proceso contencioso-administrativo en el cual, al dictarse por la Corte una simple medida cautelar de suspensión de efectos de los actos impugnados, se produjo la lamentable destitu-

rando que: «si en algo el legislador fue continuista y hasta regresivo fue en esta materia, al proceder a regular en absoluta contravención de la Constitución los modos de ejecución de las sentencias, en los que simplemente se limitó a inventariar los ineficaces medios procesales de ejecución que de manera dispersa y asistemática establecían las distintas leyes preexistentes y que se pretendió organizar al indicar en cinco artículos donde se encuentran regulados y cómo se van a aplicar en cada caso, pero sin aportar en absoluto un moderno y efectivo proceso de ejecución de sentencias contra los órganos y entes públicos». Véase V. Hernández-Mendible (2010: 121-166); M. L. Álvarez Chamosa (2013).

ción *in limine* e inmediata de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa que la dictaron.

La Federación Médica Venezolana, en efecto, en su demanda de nulidad, consideró que la actuación pública de las autoridades nacionales y municipales era discriminatoria y violatoria de los derechos de los médicos venezolanos (derecho al trabajo, entre otros) a ejercer su profesión médica, al permitir que médicos extranjeros no licenciados en Venezuela pudieran ejercerla sin cumplir con las condiciones establecidas en la Ley.

Por ello la Federación intentó la acción de nulidad y amparo en representación de los derechos colectivos de los médicos venezolanos, solicitando su protección¹³². Un mes después, el 21 de agosto de 2003, la Corte Primera de lo Contencioso administrativo dictó una medida cautelar de amparo, considerando que había suficientes elementos en el caso que hacían presumir la violación del derecho a la igualdad ante la ley de los médicos venezolanos, ordenando la suspensión temporal del programa de contratación de médicos cubanos, ordenando al Colegio de Médicos del Distrito metropolitano sustituir los médicos cubanos ya contratados sin licencia, por médicos venezolanos o médicos extranjeros con licencia, para ejercer la profesión en Venezuela¹³³.

La respuesta gubernamental a esta decisión preliminar de carácter cautelar, que tocaba un programa social muy sensible para el gobierno, como fue la contratación masiva de médicos en ejecución de un Convenio de Cooperación con la República de Cuba, fue el anuncio público de los órganos sometidos a control, es decir, el Ministro de Salud, del Alcalde Metropolitano y del propio Presidente de la República en el sentido de que la medida cautelar dictada *no iba a ser acatada en forma alguna*¹³⁴; anuncios que fueron seguidos de varias decisiones gubernamentales:

Primero, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ya controlada por el Poder Ejecutivo, adoptó la decisión de avocarse al conocimiento del caso decidido por la Corte Primera de lo Contencioso-administrativo, arrebatándole su jurisdicción y competencia contencioso administrativa, las cuales usurpó, procediendo a declarar la nulidad del amparo cautelar decidido por la Corte Primera.

Segundo, a ello siguió que un grupo de agentes de la policía política (DISIP) procedió a allanó la sede de la Corte Primera de lo Contencioso Administrati-

¹³² Véase C. Nikken (2003: 5 y ss.).

¹³³ Véase la decisión de 21 de agosto de 2003 en *Revista de Derecho Público*, n.º 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 445 y ss.

¹³⁴ El presidente de la República dijo: «*Váyanse con su decisión no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren...*», en el programa de TV *Aló Presidente*, n.º 161, 24 de Agosto de 2003.

va, después de detener a un escribiente o alguacil de la misma, por motivos fútiles.

Tercero, el presidente de la República, entre otras expresiones usadas, se refirió al Presidente de la Corte Primera como «un bandido»¹³⁵, iniciando un ataque frontal contra los jueces contencioso administrativos.

Y cuarto, unas semanas después, la Comisión Especial Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, sin fundamento legal alguno destituyó a los cinco magistrados integrantes de la Corte Primera de lo Contencioso administrativo, la cual fue abiertamente intervenida¹³⁶.

A pesar de la protesta de los Colegios de Abogados del país e incluso, de la Comisión Internacional de Juristas¹³⁷; el hecho fue que la Corte Primera permaneció cerrada, sin jueces, por más de diez meses¹³⁸, tiempo durante el cual, en Venezuela, simplemente no hubo justicia contencioso administrativa alguna a ese nivel.

Esa fue la respuesta gubernamental a una decisión de amparo cautelar dictado por el juez contencioso administrativo competente respecto de un programa gubernamental sensible; respuesta que fue dada y ejecutada a través de órganos controlados políticamente.

Ello, por supuesto, lamentablemente significó, no sólo que los jueces que fueron luego nombrados para reemplazar a los destituidos comenzaron a entender claramente cómo era que debían comportarse en el futuro frente al Poder; degradándose definitivamente la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual posteriormente dejó de controlar a la Administración, conduciendo a los jueces de todos los niveles a abstenerse progresivamente a ejercer todo control contencioso administrativa de las acciones gubernamentales. Por ello, la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela, de raigambre y jerarquía constitucional, y larga tradición histórica, desde entonces, simplemente no existe en la práctica; solo en el papel de la Constitución y la Ley.

Y para que quedara claro la línea del gobierno en el caso, la demanda que intentaron los jueces contencioso administrativo destituidos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación a sus garantías constitu-

¹³⁵ Discurso público, 20 septiembre de 2003.

¹³⁶ Véase la información en *El Nacional*, Caracas, noviembre 5, 2003, p. A2. En la misma página el Presidente destituido de la Corte Primera dijo: «*La justicia venezolana vive un momento tenebroso, pues el tribunal que constituye un último resquicio de esperanza ha sido clausurado*».

¹³⁷ Véase en *El Nacional*, Caracas, octubre 12, 2003, p. A-5; y *El Nacional*, Caracas, Noviembre 18, 2004, p. A-6.

¹³⁸ Véase en *El Nacional*, Caracas, octubre 24, 2003, p. A-2; y *El Nacional*, Caracas, julio 16, 2004, p. A-6.

cionales judiciales (al haber sido destituidos sin debido proceso), a pesar de que fue decidida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a su favor en 2008, condenando al Estado¹³⁹, de nada sirvió, sino para que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo mediante sentencia n.º 1.939 de 12 de diciembre de 2008¹⁴⁰, citando como precedente una sentencia del Tribunal Superior Militar del Perú de 2002¹⁴¹, declarara que la sentencia del Tribunal internacional era, simplemente, «inejecutable» en Venezuela, exhortando además al Poder Ejecutivo a que denunciara la Convención Americana de Derechos Humanos pues supuestamente la Corte Interamericana habría usurpado los poderes del Tribunal Supremo; exhortación que, lamentablemente, el Poder Ejecutivo cumplió cabal e inconstitucionalmente en 2012.

De todo lo cual resulta, que sin Estado de derecho y sin democracia, no puede desarrollarse cabalmente la Justicia Administrativa.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2010 y 2011): *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Caracas, FUNEDA, vol. I y II.
- Abernathy, M. G. y Perry, B. A. (1993): *Civil Liberties under the Constitution*, Sixth Edition, University of South Carolina Press.
- Álvarez Chamosa, M. L. (2013): «Visión de la tutela judicial efectiva: Ejecución de las sentencias contra el Estado en Venezuela», Pazo de Mariñán, La Coruña, Comunicación presentada en las *VI Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano. La Reforma del Estado y las transformaciones del Derecho Administrativo*,
- Apelt, W. (1952): «L'acte de gouvernement dans la jurisprudence et la doctrine en France et en Allemagne», en *Conseil d'Etat, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII, 24 décembre 1949*, Paris, Sirey, pp. 633 y ss.
- Baca Oneto, V. S. (2015): «Las pretensiones como objeto del proceso contencioso-administrativo en el derecho peruano», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.ª Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo II, pp. 643 y ss.

¹³⁹ Véase sentencia de la Corte Interamericana de 5 de agosto de 2008, Caso *Apitz Barbera y otros* («Corte Primera de lo Contencioso-administrativo») vs. *Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 182, en <www.corteidh.or.cr>. Véase sobre esta sentencia los comentarios en A. R. Brewer-Carías (2009: 99-136).

¹⁴⁰ Véase sentencia de la Sala Constitucional, sentencia No 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), en <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>>. Véase los comentarios en A. R. Brewer-Carías (2009: 99-136).

¹⁴¹ Véase sobre ello, Sergio García Ramírez (2001: 629).

- Bacellar Filho, R. F. (2014): «A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 87 y ss.
- Barnes, J. (2015): «Las transformaciones del derecho administrativo contemporáneo. Algunas consecuencias sobre el control judicial de la acción administrativa», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, pp. 15 y ss.
- Béjar Rivera, L. J. (2014): «La justicia administrativa francesa y mexicana. un análisis comparativo», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 304 y ss.
- Brewer-Carías, A. R. (1977): *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- (1980): «Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos», en *Revista de Derecho Público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n.º 4, pp. 27-30.
- (1982a): *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- (1982b): «La abstención, silencio y negativa de la Administración y su control», en *El Derecho Venezolano en 1982, Ponencias al Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Universidad Central de Venezuela, pp. 603 y ss.
- (1984): «El problema de la definición del acto administrativo», en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Tomo I, pp. 25-78.
- (1986a): «Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela», en *Revista de Derecho Público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n.º 25.
- (1986b): «Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales», en *Revista de Derecho Público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n.º 26, pp. 65-68.
- (1987): *Estado de Derecho y Control Judicial. Estado de Derecho y Control Judicial. (Justicia Constitucional, Contencioso-Administrativo y Amparo en Venezuela)*, Madrid (Prólogo de Luciano Parejo Alfonso), Instituto Nacional de Administración Pública.
- (1991): «La universalidad del control contencioso-administrativo», en *Revista de Derecho Público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n.º 46, pp. 5-22.

- (1993): *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, Caracas, Cuadernos de la Cátedra de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías de la Universidad Católica Andrés Bello, n.º 4, Editorial Jurídica Venezolana.
- (1995): *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana.
- (1996): «El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, Fundación Konrad Adenauer, pp. 163-246.
- (2000): *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana.
- (2003): «La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999», en *Derecho Procesal Constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Tomo III, Editorial Porrúa, pp. 2091-2122.
- (2004): «Los procesos contencioso-administrativos en Venezuela», en *Vniversitas Jurídicas*, Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n.º 108, pp. 335-455.
- (2007): *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- (2008): *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*, New York, Cambridge University Press.
- (2009): «La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 13, pp. 99-136.
- (2010a): «Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», en A. R. Brewer-Carías y V. Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 9-151.
- (2011a): «El proceso constitucional de amparo en Venezuela: su universalidad y su ineffectividad en el régimen autoritario», en *Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber Amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, pp. 219-261 y ss.).
- (2011b): «Sobre la justicia constitucional y la justicia contencioso-administrativo. A 35 años del inicio de la configuración de los procesos y procedi-

- mientos constitucionales y contencioso-administrativos (1976-2011)», en A. R. Brewer Carías y V. Rafael Hernández Mendible (dirs.), *El contencioso-administrativo y los procesos constitucionales*, Caracas, Colección Estudios Jurídicos, n.º 92, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 19-74.
- (2013): *Tratado de derecho Administrativo, Tomo VI, La Jurisdicción contencioso administrativa*, Madrid, Editorial Cívitas.
- (2014a): *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, Caracas, Tercera edición ampliada: Colección Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila, n.º 2, Editorial Jurídica Venezolana.
- (2014b): «El contencioso-administrativo en Venezuela», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, p. 466.
- (2015): «La constitucionalización de la Jurisdicción contencioso-administrativo en Venezuela. Formalidades y frustración», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.ª Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, pp. 288 y ss.
- (2017): «La creación del Consejo de Estado por Simón Bolívar en 1817, al proceder como Jefe Supremo a la reconstitución del Estado de Venezuela, y su reformulación, por el mismo Bolívar en 1828, al asumir el Poder Supremo en la República de Colombia», Conferencia en el *XXIII Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Encuentro Bicentenario*, con ocasión del Bicentenario de la creación del Consejo de Estado, Bogotá, Consejo de Estado.
- (2019): *Leyes de lo contencioso-administrativo en América Latina. Con un estudio preliminar sobre la justicia administrativa en el derecho comparado latinoamericano*, Caracas-New York, Colección Derecho Público Iberoamericano No. 7, Editorial Jurídica Venezolana International.
- Brewer-Carías, A. R. y Pérez Olivares, E. (1965): «El recurso contencioso-administrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano», en *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, n.º 32, pp. 103-126
- Brewer-Carías, Allan R. y Calcaño de Temeltas, J. (1994): *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, Allan R. y Hernández Mendible, V. (2010b): *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.
- Calderón M., H. H (2014): «El proceso contencioso-administrativo en Guatemala», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, p. 265

- Camacho Céspedes, G. (2015): «La resolución de conflictos jurídico-administrativos en Chile: la problemática coexistencia de recursos y jurisdicciones especiales», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, 321 y ss.
- Canónico, A. (2015): «La nueva regulación y tratamiento jurisprudencial sobre la tutela cautelar en el contencioso-administrativo venezolano», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo II, pp. 793 y ss.
- Capitant, R. (1964): «De la nature des actes de gouvernements», en *Etudes Juridiques offertes a Julliot de la Morandière*, París, pp. 99 y ss.
- Carré de Malberg, R. (1920) *Contribution a la Théorie générale de l'Etat*, Paris, vol. I, Dalloz.
- Carro y Fernández-Valmayor, J. L. (1967): «La doctrina del acto político», en *Revista de Administración Pública*, Madrid, n.º 53, pp. 73 a 130.
- Cassagne, J. C. (2005): «La Justicia Administrativa en Iberoamérica», en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, pp. 3-32.
- (2007): *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, La Ley.
- (2015): *Curso de derecho administrativo*, Caracas, Décima segunda edición, Editorial Jurídica Venezolana, Tomo II, 534 y ss.
- (2015): «El principio de la tutela judicial efectiva», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, p. 44
- Cassinelli Muñoz, H.o: «Los actos de gobierno y los artículos 147, 160, 303 y 309 de la Constitución», en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, T. 67, pp. 241 y ss.
- Comadira, J. P. (2015): «La suspensión judicial de efectos del acto administrativo en Argentina en la nueva Ley de medidas cautelares en las que el Estado es parte», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo II, pp. 822 y ss.
- Coviello, P. J. J. (2014): «La jurisdicción primaria (*Primary Jurisdiction*)», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 39 y ss.
- Chapus, R. (1958): «L'acte de gouvernement, monstre ou victime», en *Cronique Dalloz*, Paris, rec. 15-1-1958, p. 2;
- Cheli, E. (1961): *Atto político e funzione d'indirizzo político*, Milán, Giuffrè.

- Danós Ordoñez, J. (2015): «El proceso contencioso-administrativo y el proceso de amparo como instrumentos de protección de las personas frente a la actuación administrativa en el régimen jurídico peruano», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo II, pp. 856 y ss.
- Delpiazzo, C. E. (2014): «Régimen contencioso-administrativo uruguayo», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, p. 441.
- (2015): «Las pretensiones contencioso administrativas en Uruguay», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo II, pp. 676 y ss.
- Duguit, L. (1998): *Manuel de Droit Constitutional*, París.
- Esquivel Vázquez, G. A. (2014): «El derecho contencioso-administrativo en México», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, p. 332.
- Fiamma Olivares, G. (1991): «Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiv», en *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, n.º 49, pp. 91-98.
- Fernández Ruíz, J. (2015): «Actualidad y perspectivas del contencioso-administrativo en México», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, p. 418.
- (2018): «Presentación» al libro de H. Alexander Mejía, E. Orellana, K. Navarro Medal, E. Jinesta Lobo y C. Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso-administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).
- Ferrada Bórquez, J. C. (2005): «El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso-administrativo», en *La Justicia Administrativa*, pp. 129-164.
- (2014): «La Justicia Administrativa en el derecho chileno», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 149. 152
- García de Enterría, E. (1979): *La lucha contra las inmunidades de poder (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid.
- García Ramírez, S. (2001): (coords.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Gasnell Acuña, C. (2018), «La jurisdicción contenciosa administrativa en Panamá», en H. Alexander Mejía, E. Orellana, K. Navarro Medal, E. Jinesta Lobo y C. Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso-administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), p. 238.
- González Pérez, J. (1985): *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Editorial Temis.
- Gordillo, A. (2014): *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.
- Guaita, A. (1955): «Los actos políticos o de gobierno en el derecho español», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Madrid, n.º 4, pp. 74 y ss.
- Guicciardi, E. (1937): «L'Atto político», en *Archivio di diritto pubblico*, Padua, vol. II, pp. 265 a 486;
- Hallivis Pelayo, M. L. (2015): «Evolución y perspectivas del contencioso-administrativo en México», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.ª Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, p. 427.
- Hernández Becerra, A. (2015): «El sistema colombiano de justicia contencioso administrativa», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.ª Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, pp. 450-452.
- Hernández Mendible, V. (1988): *La tutela judicial cautelar en el contencioso-administrativo*, Valencia, Vadell Hermanos Editores.
- (2010): «Los recursos de apelación, especial de jurisdicción y la ejecución de sentencias en el proceso administrativo», en A. R. Brewer-Carías y V. Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Caracas, FUNEDA, vol. I, pp. 121-166.
- Huapaya Tapia, R. (2015): «Criterios para la adopción de medidas cautelares en la normativa que regula el proceso contencioso-administrativo en el per (En particular el requisito de ponderación entre la verosimilitud del derecho y el interés legítimo)», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.ª Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo II, pp. 910 y ss.
- Ivanega, M. M. (2014): «Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 15 y ss.
- Iribarren M., H. (1986): «¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?», en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Caracas, n.º 1, pp. 113-153.

- Jèze, G. (1948): *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, Tomo I.
- Jinesta Lobo, E. (2014): «El proceso contencioso-administrativo en Costa Rica», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, p. 123.
- (2015): «Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo», en J. RODRÍGUEZ ARANA, W. VÁZQUEZ IRIZARRY y M.^a RODRÍGUEZ MARTÍN-RE-TORTILLO (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan de Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo II, p. 926.
- (2018): «La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica», en H. Alexander Mejía, E. Orellana, K. Navarro Medal, E. Jinesta Lobo y C. Gaskell Acuña, *Derecho procesal contencioso-administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), pp. 166 y ss.
- Kiriakidis, J. (2011): «Notas en torno al Procedimiento Breve en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», en *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Caracas, FUNEDA, vol. II, pp. 167-193.
- Lazzarini, J. L. (1987): *El juicio de amparo*, Buenos Aires, La Ley.
- Losada, S. M. (1972): *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, vol. I, p. 343.
- Meilán Gil, J. L. y García Pérez, M. (2014): «Una visión actual de la justicia administrativa en España», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 215 y ss.
- Mejía, H. A. (2014): «La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en El Salvador», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 183 y ss.
- (2018a): «La jurisdicción contenciosa administrativa en El Salvador», en H. Alexander Mejía, E. Orellana, K. Navarro Medal, E. Jinesta Lobo y C. Gaskell Acuña, *Derecho procesal contencioso-administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), pp. 25 y ss.
- *et al.* (2018b): *Derecho procesal contencioso-administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).
- Moles Caubet, A. (1974): *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Publicaciones del Instituto de Derecho Público.
- *et al.* (1980), *Contencioso-administrativo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.

- Moraga Klenner, C. (2015): «Evolución de la justicia administrativa en Chile», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, pp. 482.
- Morón Urbina, J. C. (2015): «El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo II, p. 716 y ss.
- Navarro, K. (2018): «La jurisdicción contenciosa administrativa en Nicaragua», en H. Alexander Mejía, E. Orellana, K. Navarro Medal, E. Jinesta Lobo y C. Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso-administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), p. 105 y ss.
- Nikken, C. (2003): «El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso-administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos», en *Revista de Derecho Público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n.º 93-96, pp. 5 y ss.
- Orellana, E. (2018): «La jurisdicción contenciosa administrativa en Honduras», en H. Alexander Mejía, E. Orellana, K. Navarro Medal, E. Jinesta Lobo y C. Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso-administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), p. 86
- Pérez Hualde, A. (2015): «La acción de lesividad y los actos “inexistentes”», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo II, p. 741.
- Perrino, P. E. (2015): «La tutela judicial efectiva y la reforma del régimen de la justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, pp. 209 y ss.
- Perrino, P. J. J. (2015): «La influencia de la jurisprudencia y doctrina norteamericanas en materia de tribunales administrativo en la República Argentina y sus consecuencias sobre el contencioso-administrativo», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, pp. 60-82.
- Prat, J. A. (1958): «Contribución al estudio del acto de gobierno», en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, Año IX, n.º 4, pp. 815 a 871.
- Puisoye, J. (1965): «Pour une conception plus restrictive de la notion d’acte de gouvernement», en *L’Actualité Juridique*, Paris, n.º 4, pp. 211.

- Real, A. R.: «El acto de gobierno», en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, T. 57, pp. 214 y ss.
- Rivero, J. (1962): *Droit Administratif*, Paris, Précis Dalloz.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. y García Pérez, M. (coords.) (2014): *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana.
- Rodríguez Arana, J.; Vázquez Irizarry, W.; y Rodríguez Martín-Retortillo, M.^a del C. (coords.) (2015): *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, San Juan, 2 tomos.
- Rodríguez Queiro, A. (1972): «Actos de Governo e contencioso de anulação», en *Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó*, Madrid, vol. II, pp. 101 y ss.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2015): «Las características fundamentales de la jurisdicción de contencioso-administrativo en Colombia», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, pp. 529-560.
- Roehrsen, G. (1936): «L'atto di Potere Político e la Sua Sindicabilità in sede Giudiziaria», en *Rivista de diritto público*, Roma, vol. I, pp. 557 a 588.
- Rondón de Sansó, H. (1980), «Medios de proceder por la vía contencioso-administrativa», en A. Moles Caubet *et al.*, *Contencioso-administrativo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 110-123.
- Rotondo, F. (2015): «Aspectos organizativos de los contenciosos administrativos en el Uruguay. Sistema adoptado. Déficit y soluciones», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, p. 567.
- Ruocco, G. (2000): «Acto político y acto de gobierno. Derecho nacional», en *Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Montevideo, pp. 435 y ss.
- Sagüés, N. P. (1988): «Acción de amparo», en *Derecho procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, Vol 3.
- Sánchez Agesta, L. (1959): «Concepto jurídico de acto político», en *Homenaje a Pérez Serrano*, Madrid, Tomo I, pp. 183 y ss.
- Sánchez Aldana Morales, J. I. (2015): «El contencioso-administrativo en México en el ámbito local», en J. Rodríguez Arana, W. Vázquez Irizarry y M.^a Rodríguez Martín-Retortillo (coords.), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, Tomo I, pp. 589.
- Santofimio, J. O. (2017), *Compendio de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

- Salgado, A. J. (1987): *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea.
- Sendin, M. Á. y Navarro Medal, K. (2014): «La Jurisdicción contencioso administrativa en Nicaragua», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, p. 367.
- Serrate Paz, J. M. (2014): «Contencioso-administrativo en Bolivia», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 67 y ss.
- Sarria Olcos, C. (2014): «Las acciones contencioso administrativas en la legislación positiva colombiana», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, p. 102.
- Sheffer Tuñón, J. E. (2014): «Un camino posible en pos de la reforma del contencioso-administrativo en Panamá», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. García Pérez (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, p. 401.
- Soto Kloss, E. (1990): «La nulidad de derecho público en el derecho chileno», en *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, n.º 47-48, pp. 11-25.
- Torrealba Sánchez, M. Á. (2011a): «Las demandas de contenido patrimonial en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», en *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Caracas, FUNEDA, vol. II, pp. 299-340.
- Torrealba Sánchez, M. Á. (2011b): *La vía de hecho en Venezuela*, Caracas FUNEDA
- Vanossi, J. R. y Ubertone, P. E. (1996): «Control jurisdiccional de constitucionalidad», en *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina.
- Vazquez, C. (1996): «Actos políticos y de gobierno», en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, F.C.U., pp. 545 y ss.
- Vicuña Domínguez, L. (2018), «El Nuevo Procedimiento Contencioso-administrativo», Tesis de doctorado, Universidad San Francisco de Quito (consultada en internet).
- Virally, M. (1952), «L'introuvable acte de gouvernement», en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, p. 317.

REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA*

Luis María Díez-Picazo Giménez

I

El núcleo de la justicia administrativa en España viene dado por la jurisdicción contencioso-administrativa, entendiéndose por tal el conjunto de juzgados y tribunales que resuelven los litigios sometidos al Derecho Administrativo. La primera característica de la jurisdicción contencioso-administrativa española es que se trata de una jurisdicción ordinaria especializada. Es jurisdicción ordinaria porque está formada por juzgados y tribunales integrados en el Poder Judicial, y servida por jueces y magistrados pertenecientes a la Carrera Judicial y con idéntico estatuto al de los jueces civiles o penales. Pero al mismo tiempo es jurisdicción especializada porque se ocupa únicamente de cierta clase de asuntos; es decir, no tiene competencia general o universal.

Es importante en este punto deshacer un posible equívoco: «especializada» no es lo mismo que «especial». Una jurisdicción especial es aquella cuyos órganos no están sometidos a las mismas normas que los juzgados y tribunales ordinarios, particularmente en lo relativo al nombramiento y las garantías de sus miembros. La idea de jurisdicción especial, como se verá enseguida, es vista con recelo por la Constitución Española. Una jurisdicción especializada, en cambio, no plantea problemas, pues no hay diversidad de régimen jurídico: toda su peculiaridad reside en conocer sólo de determinada clase de asuntos. Así, la jurisdicción contencioso-administrativa es especializada en el mismo sentido en que lo son la jurisdicción social o incluso la jurisdicción penal con

* Este texto recoge ideas puramente personales y, desde luego, no vincula a la institución a la que sirvo.

respecto a la jurisdicción civil, que es aquélla a la que residualmente corresponden todas las materias no encomendadas a las jurisdicciones especializadas, tal como dispone el apartado segundo del art. 9 LOPJ: «Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquéllas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

Cuanto se acaba de decir puede sonar trivial a un jurista español. Pero, desde un punto de vista histórico y comparado, no lo es. La configuración de la justicia administrativa en España difiere de la de otros países que en su momento adoptaron el *régime administratif*, a comenzar por la propia Francia. Lo peculiar de esos ordenamientos es la dualidad de jurisdicciones: ordinaria—esto es, civil y penal—y administrativa, compuestas por tribunales distintos y servidas por jueces diferentes. Esto es lo que ocurre, siguiendo el original modelo francés, en Italia, Bélgica, los Países Bajos o Suecia, por no mencionar otros ejemplos. Es bien sabido que en España, al menos desde 1845 y por iniciativa de los moderados, se siguió el modelo francés, con la institución de los Consejos Provinciales como órganos de instancia y un Consejo de Estado en la cúspide, que cumplía una función no sólo consultiva sino también jurisdiccional. Y es asimismo conocido que el liberalismo progresista español—al igual que el de otros lugares— aspiró a la plena judicialización de la justicia administrativa, es decir, a su integración en los tribunales ordinarios. La idea subyacente era que la dualidad de jurisdicciones suponía una merma de garantías en materia administrativa, por comparación con lo civil o lo penal. No es casualidad, en este orden de consideraciones, que una de las primeras medidas de la Revolución Gloriosa fuese el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, suprimiendo las jurisdicciones especiales.

Pero la judicialización llevó su tiempo: la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888, reguladora del proceso contencioso-administrativo, adoptó el llamado «sistema armónico», en virtud del cual los Tribunales Provinciales debían ser cubiertos a partes iguales por magistrados provenientes del Poder Judicial y funcionarios provenientes de la Administración; y significativamente mantuvo el Consejo de Estado, en su vertiente jurisdiccional, como órgano supremo de la justicia administrativa. Ello significa que en 1888 sólo se realizó una judicialización parcial, en el sentido de que la mitad de los miembros de los órganos jurisdiccionales de instancia debía ser de procedencia judicial. El paso decisivo para la judicialización lo dio la Ley Maura de 5 de abril de 1904, que privó al Consejo de Estado de su función jurisdiccional, transfiriéndola a una Sala de lo Contencioso-Administrativo de nueva creación en el Tribunal Supremo. Desde entonces ha quedado el Consejo de Estado como una institución puramente consultiva, siendo la cúpula de la justicia administrativa española enteramente judicial.

A fin de evitar malentendidos sobre la judicialización de la justicia administrativa en España, es importante hacer dos observaciones. La primera es que

la aspiración liberal a la integración de la justicia administrativa en los tribunales ordinarios estuvo lejos de ser una rareza española. Lo peculiar es que en España triunfó, mientras que en otros países se consolidó la arriba mencionada dualidad de jurisdicciones. La experiencia italiana es ilustrativa a este respecto: en el momento de la unidad de Italia se aprobó la Ley de 20 de marzo de 1865, normalmente conocida como de «abolición del contencioso-administrativo». Con esta última expresión se designaba la jurisdicción administrativa retenida que existía en varios Estados italianos preunitarios. La finalidad perseguida por el legislador italiano de 1865, en sintonía con los postulados del liberalismo progresista, era que los litigios entre los particulares y la Administración se residenciaran ante los tribunales civiles; pero la aplicación práctica de ese principio resultó frustrante, tanto por las propias limitaciones de la ley —los tribunales civiles sólo podían conocer de la violación de derechos subjetivos— como por la deferencia de los jueces ordinarios hacia la Administración. Ello condujo a la adopción mediante Ley de 2 de junio de 1889 de la dualidad de jurisdicciones a la francesa: se creó una Sección IV en el Consejo de Estado, a la que se atribuyó una función de control jurisdiccional de la Administración y, en particular, un poder de anular los actos administrativos ilegales a instancia de aquellos particulares que vieran lesionados sus intereses legítimos.

La otra observación tiene que ver con la relación entre judicialización de la justicia administrativa y efectividad del control sobre la Administración. Como se acaba de señalar, la implantación de la dualidad de jurisdicciones en la Italia unitaria estuvo determinada por las limitaciones de los tribunales civiles a la hora de conocer de litigios contra la Administración. En España hay quienes piensan que las Leyes de 1888 y 1904 supusieron un retroceso en términos de efectividad; es decir, que el sistema de 1845, de fiel inspiración francesa, habría permitido controlar mejor a la Administración. Sin necesidad de pronunciarse sobre esta cuestión —que requeriría una detallada investigación histórica— es claro, en todo caso, que la judicialización por sí sola no condujo en España a un control jurisdiccional de la Administración satisfactorio. Cualesquiera que fuesen las razones de dicha insuficiencia, hubo de esperarse otro medio siglo para ponerle remedio, con la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956; algo que paradójicamente se produjo en un contexto político autoritario. Y entonces la cuestión ya no fue si el proceso contencioso-administrativo debía o no debía estar encomendado a miembros de la Carrera Judicial, sino si jueces de formación básicamente civil —y penal— son los más indicados para juzgar a la Administración.

II

Antes de seguir adelante y en relación con cuanto se acaba de decir, puede ser útil referirse brevemente al fundamento constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa. En el apartado quinto del art. 117 CE se dice que «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales». Este principio de unidad jurisdiccional implica que en el ordenamiento español está constitucionalmente proscrita la existencia de distintas clases de juzgados y tribunales o, para expresarlo con mayor precisión, de juzgados y tribunales sometidos a regímenes jurídicos diferentes. Todos los órganos jurisdiccionales gozan de idénticas garantías y, desde luego, todos ellos pertenecen al Poder Judicial. Y del mismo modo, las vicisitudes de la carrera profesional (nombramientos, ascensos, sanciones disciplinarias, etc.) de todos los jueces y magistrados, cualquiera que sea el órgano jurisdiccional en que se hallen destinados, está encomendada al Consejo General del Poder Judicial.

No hay más excepciones al principio de unidad jurisdiccional que las previstas en la Constitución misma. Así, aparte obviamente del Tribunal Constitucional, no hay más tribunales ajenos al Poder Judicial que el Tribunal de Cuentas en lo relativo a la llamada jurisdicción contable (STC 187/1988, 18/1991 y 215/2000), los tribunales militares en el ámbito estrictamente castrense (STC 18/2000) y los tribunales consuetudinarios (STC 113/2004), que en la práctica sólo existen en materia de aguas.

Así las cosas, la arriba expuesta judicialización de la justicia administrativa en España actualmente no es sólo una opción legislativa, sino también una exigencia constitucional. Es claro, a la vista del art. 117 CE, que la dualidad de jurisdicciones ordinaria y administrativa —incluso acompañada de las debidas garantías de independencia— sería inconstitucional. Desde este punto de vista, la situación española se asemeja más a la alemana: unidad de régimen jurídico de todos los jueces y tribunales, pero especialización por materias. Esta similitud es tanto más acusada en cuanto que —a diferencia de otros países que siguieron el ejemplo francés— los miembros del Ministerio Fiscal no pertenecen a la Carrera Judicial. En otras palabras, el art. 117 CE no sólo implica una sola clase de jueces, que incluye a los que se ocupan del Derecho Administrativo, sino que sólo son jueces quienes están llamados a ejercer la potestad jurisdiccional; no quienes tienen atribuidas otras funciones.

Dicho cuanto precede, hay otra cuestión constitucional que merece ser mencionada en esta sede. La organización judicial española está estructurada en cuatro grandes órdenes jurisdiccionales —o grupos de juzgados y tribunales— por razón de las materias de que se ocupan: civil, penal, contencioso-administrativo y social. La división por órdenes jurisdiccionales es muy anterior a la Constitución. Ésta la da por supuesta, al igual que sucede con tantas otras

instituciones jurídicas. Los textos constitucionales no surgen de la nada, sino que suelen asentarse en ordenamientos jurídicos ya existentes y con una historia a sus espaldas. Dicho esto, de los órdenes jurisdiccionales sólo hay unas pocas trazas en la Constitución: en los arts. 71 y 102, al prever el aforamiento respectivamente de los diputados y senadores y de los miembros del Gobierno ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; y en el art. 153, al disponer que el control de las Administraciones autonómicas corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa. De estas simples menciones es difícil inferir que haya una garantía institucional propiamente dicha de los órdenes jurisdiccionales, ni menos aún de su configuración actual. Pero es indudable que, en la medida en que se respete el principio de unidad jurisdiccional, la división por órdenes jurisdiccionales es perfectamente ajustada a la Constitución. El legislador, en suma, goza de un notable margen de apreciación en este punto.

III

Tal como quedó apuntado más arriba, fue la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la que en 1956 introdujo una regulación procesal moderna en esta rama del derecho y, por lo que ahora más específicamente interesa, adoptó una reforma en materia de personal judicial de capital importancia: la creación de la Escala de Magistrados Especialistas en lo Contencioso-Administrativo. La idea original es que el acceso a la condición de magistrado especialista se hace mediante una verdadera oposición de segundo grado, es decir, entre quienes ya pertenecen a la Carrera Judicial. También son admisibles, por cierto, los miembros de la Carrera Fiscal. La existencia de magistrados especialistas permitió —y todavía hoy sigue permitiendo— que un porcentaje significativo de quienes ocupan plaza en este orden jurisdiccional tenga un conocimiento amplio y debidamente acreditado del Derecho Administrativo y del Derecho Tributario; disciplinas que, como es bien sabido, están prácticamente ausentes del temario de la oposición de acceso a la judicatura. Ello fue y es importante no sólo porque impidió que la justicia administrativa quedase exclusivamente en manos de magistrados generalistas, sino también porque la presencia de magistrados especialistas produce un efecto de arrastre o emulación sobre los demás. Las materias jurídico-públicas accedieron así al acervo colectivo de conocimientos de la judicatura española.

La oposición consta actualmente de dos pruebas. La primera es de carácter oral y se basa en un programa de 80 temas de Derecho Administrativo, divididos en parte general y parte especial, así como 23 temas de Derecho Tributario. El opositor debe exponer dos temas de parte general, uno de parte especial y otro de tributos, sacados al azar, debiendo dedicar entre quince y veinte minutos a cada tema. En comparación con otras oposiciones se trata de un tiempo de exposición largo, lo que presupone un conocimiento detallado de la

materia. En cuanto a la segunda prueba, consiste en un ejercicio práctico de carácter escrito. Es conveniente señalar que —a diferencia de otras oposiciones, como son destacadamente las de acceso a la Carrera Judicial— las oposiciones a la Escala de Magistrados Especialistas de lo Contencioso-Administrativo no se convocan con absoluta periodicidad, si bien no suele transcurrir un tiempo excesivo entre una y otra.

Los magistrados especialistas tienen preferencia sobre los generalistas para ocupar plaza en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, tanto provinciales como centrales, y en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (arts. 329 y 330 LOPJ). En las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en cambio, los magistrados especialistas tienen reservada una plaza y, si el número total de magistrados es de cinco o más, al menos dos plazas (art. 330 LOPJ).

Por lo que se refiere a los magistrados generalistas, para ocupar plaza en los Juzgados tienen preferencia quienes hayan ya prestado servicios en el orden contencioso-administrativo durante tres años; y para ocupar plaza en los Juzgados Centrales o en las Salas, quienes lo hayan prestado durante ocho años. Sólo en ausencia de tales candidatos pueden acceder a plazas del orden contencioso-administrativo magistrados sin experiencia previa en el mismo.

En este contexto, es importante destacar que los magistrados generalistas que acceden por vez primera a una plaza en Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, provinciales o centrales, «deberán participar antes de tomar posesión de su nuevo destino en las actividades específicas de formación que el Consejo General del Poder Judicial establezca reglamentariamente para los supuestos de cambio de orden jurisdiccional» (art. 330 LOPJ). En la actualidad, la actividad de formación consiste en un curso *on-line* de 16 horas lectivas, supervisado y evaluado por un coordinador, y una fase práctica de estancia durante diez días en un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Por lo demás, entre las actividades de formación permanente para jueces y magistrados organizadas por el Consejo General del Poder Judicial existe un curso de iniciación al contencioso-administrativo, de características similares a la actividad de formación que se acaba de describir, abierto a todos los interesados en la materia. Quienes hayan seguido dicho curso están luego exonerados de la actividad de formación en caso de obtener plaza en el orden contencioso-administrativo.

En fin, por lo que se refiere a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dos de cada cinco plazas están reservadas a magistrados especialistas, pudiendo ser cubiertas otras dos por magistrados generalistas y correspondiendo la quinta a abogados y otros juristas de prestigio (arts. 344 y 345 LOPJ). Para acceder al Tribunal Supremo se exigen, en todo caso, quince años de antigüedad en la Carrera Judicial y cinco en la categoría de magistrado. Pero para los magistrados generalistas no hay una exigencia expresa de

haber ocupado previamente plaza en el orden contencioso-administrativo, por lo que en pura hipótesis cabría el nombramiento de magistrados sin experiencia previa en el mismo.

Una vez expuesto cuanto precede, para valorar la importancia de la especialización de los magistrados, puede ser útil hacer una breve referencia a la composición actual de los distintos órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo según el origen de quienes los sirven. Las cifras que se mencionan a continuación se refieren al 1 de enero del presente año. Así, dejando al margen la Sala 3.^a del Tribunal Supremo —donde hay 13 especialistas y 13 generalistas, más 7 magistrados de quinto turno— en el orden contencioso-administrativo hay 536 magistrados, lo que significa aproximadamente un 10% de la Carrera Judicial. De ellos 129 son especialistas, es decir, en torno a la cuarta parte. El grueso de los magistrados especialistas sirve en las Salas, pues sólo hay cuatro en los Juzgados Centrales y tres en los demás Juzgados. De hecho, es criterio del Consejo General del Poder Judicial no destinar magistrados especialistas a los Juzgados salvo que ocuparan ya plaza en alguno de ellos en el momento de ganar la oposición; es decir, el órgano de gobierno de la judicatura entiende que los magistrados especialistas deben servir prioritariamente en las Salas de instancia, que son la piedra angular del orden contencioso-administrativo.

Es conveniente hacer dos observaciones adicionales sobre las características profesionales de quienes sirven en este orden jurisdiccional. Por un lado, los incentivos para hacer la oposición de segundo grado son hoy menores que en el pasado, pues ya no lleva aparejado avance alguno en el escalafón general de la Carrera Judicial: obtener plaza de magistrado especialista sólo sirve para tener las preferencias arriba mencionadas en la provisión de vacantes. Aun así, esas preferencias no dejan de constituir un atractivo para potenciales opositores, dado que permiten acceder directamente a los Tribunales Superiores de Justicia con independencia de la antigüedad.

Por otro lado, si bien no parece que ello esté en la agenda institucional, tal vez fuera oportuno reflexionar sobre el contenido del temario de la oposición de acceso a la Carrera Judicial, que —como es bien conocido— pivota fundamentalmente sobre las materias civil, penal y procesal. Dar un mayor peso al Derecho Administrativo en dicho temario podría ser razonable, a la vista de la objetiva importancia de esta disciplina en el funcionamiento cotidiano del ordenamiento jurídico.

IV

El ámbito material de la jurisdicción contencioso-administrativa es, en una perspectiva comparada, ciertamente amplísimo. Mucho más que en otros países europeos.

En efecto, lo contencioso-administrativo se delimita, como es bien conocido, mediante dos criterios que deben concurrir cumulativamente: que haya una actuación —u omisión— de una Administración Pública y que esté regida por el Derecho Administrativo (art. 1 LJCA). Pero estos dos criterios por sí solos no dicen mucho sobre la auténtica extensión del orden jurisdiccional, ya que ésta dependerá de qué entidades sean configuradas como Administración Pública y, sobre todo, qué clase de actuaciones de dichas entidades queden legalmente reguladas como jurídico-administrativas; y no como jurídico-privadas (civiles, mercantiles o sociales). La mayor o menor amplitud del Derecho Administrativo depende, así, de opciones legislativas. Y el legislador goza a este respecto de un amplio margen de libertad de configuración del ordenamiento.

En este punto, sin embargo, la precisión y los matices son muy importantes. Es verdad que el legislador se topa con algunos límites constitucionales inequívocos, como son señaladamente el principio de legalidad de la actuación administrativa o el sometimiento de la misma a pleno control jurisdiccional (arts. 103 y 106 CE). Y es asimismo indudable que lo que un día se llamó «huida del Derecho Administrativo» encuentra barreras infranqueables, tanto de origen constitucional como europeo. Tales son, entre otras, la necesidad de cobertura presupuestaria de toda actuación administrativa —cualquiera que sea su régimen jurídico— que implique gasto público (art. 133 CE), o la necesidad de sujetarse a procedimientos públicos y competitivos en materia de contratación tal como viene impuesto por toda una serie de directivas de la Unión Europea. La opción legislativa entre regulaciones jurídico-administrativas o jurídico-privadas no debe suponer, así, merma de ciertas garantías básicas. Dicho esto, hay que recordar también que el privilegio de la autotutela, que es el núcleo último del Derecho Administrativo en cuanto contrapuesto al Derecho Privado, carece de fundamento constitucional: en pura teoría, dejando al margen el enorme peso de la tradición, sería posible que la legislación española prescindiese de la ejecutividad y de la acción de oficio en la regulación de muchas actuaciones administrativas. Entiéndase bien: no se trata aquí de preconizar una determinada política legislativa, sino sólo de señalar una posibilidad constitucional.

Pues bien, el dato que ahora debe destacarse es que el legislador español ha tendido históricamente a la administrativización. Muchas instituciones relacionadas con la actuación de la Administración Pública que en otros países europeos quedan fuera del Derecho Administrativo pertenecen a éste en Espa-

ña. Ello es lo que sucede, sin ningún ánimo exhaustivo, con la expropiación forzosa, la responsabilidad patrimonial de la Administración y los tributos, por no mencionar la existencia en el ordenamiento español de contratos administrativos o la caracterización como jurídico-administrativas de algunas cuestiones atinentes a la Seguridad Social. Y, por supuesto, los litigios dimanantes de la aplicación de tales normas se residen en ante los tribunales contencioso-administrativos. Para comprender bien el alcance de cuanto se acaba de decir, basta reparar en que dos países tan influyentes para la doctrina administrativa como Italia y Alemania no responden a ese esquema: la materia tributaria no pertenece al contencioso-administrativo en ninguno de ellos, el reconocimiento de toda clase de indemnizaciones ha correspondido tradicionalmente al juez civil y, desde luego, no existe una regulación jurídico-administrativa de las vicisitudes contractuales.

A ello debe añadirse que la jurisdicción contencioso-administrativa española puede conocer no sólo de pretensiones de anulación de disposiciones generales y actos administrativos, sino también de pretensiones de plena jurisdicción; es decir, con expresión ya clásica en la legislación, del «reconocimiento de una situación jurídica individualizada» (art. 31 LJCA). Además, estas dos clases de pretensiones pueden ejercerse, llegado el caso, en un mismo proceso. Esto significa que, lejos de tutelar sólo el interés legítimo de los particulares al respeto de la legalidad en las decisiones unilaterales de la Administración que les afecten, la jurisdicción contencioso-administrativa está también llamada a proteger todo tipo de derechos subjetivos dimanantes de la legislación administrativa.

La confluencia de todos esos factores determina que la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa española sea extraordinariamente amplia. Quizá sólo en Francia ocurra algo parecido. En alguna ocasión, Sabino Cassese ha utilizado la imagen de los círculos concéntricos para describir el distinto modo de concebir el Derecho Administrativo de unos países a otros: si esta idea es correcta, España está sin duda cerca del borde exterior.

Más aún, esta amplitud de lo contencioso-administrativo en España se ve ulteriormente acentuada por tres razones, que aquí se dejarán sólo apuntadas. Primera, la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de los litigios derivados de la actividad materialmente administrativa de los órganos constitucionales (Congreso de los Diputados, Senado, Tribunal Constitucional, etc.), por más que no sean Administraciones Públicas en sentido técnico. Segunda, también le corresponde la práctica totalidad de los litigios interadministrativos; y ello hasta el punto de que el recurso contencioso-administrativo ha llegado a operar en la práctica —a pesar de algunas dudas iniciales— como una auténtica vía alternativa al conflicto de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, contemplado en el art. 161 CE. Tercera y última razón, la previsión de un «procedimiento preferente y sumario» para la protección de

los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios recogida en el art. 53 CE sólo encuentra actualmente desarrollo en la orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en alguna medida en el social. No, en cambio, en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, donde desde la derogación definitiva de la venerable Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978 —aprobada por las Cortes constituyentes en concomitancia con la Constitución misma— ya no existen vías procesales específicas para la tutela de los derechos fundamentales. Los tribunales contencioso-administrativos juegan, así, un papel muy relevante como juez ordinario en materia de derechos fundamentales (arts. 114 y siguientes LJCA).

V

No tendría sentido en esta sede detenerse sobre cuestiones procesales, que en todo caso son bien conocidas por los especialistas. Pero, en una reflexión de conjunto sobre los rasgos definitorios de la justicia administrativa en España, es importante llamar la atención sobre otro extremo, muy vinculado a cuanto queda dicho sobre el alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se trata del viejo dogma del llamado «carácter esencialmente revisor» del proceso contencioso-administrativo: si bien todavía sigue presente en algunas mentalidades, ha dejado de reflejar la realidad. Lo que se persigue no es simplemente realizar un juicio al acto; es decir, verificar si el acto administrativo, sus presupuestos y sus fundamentos se ajustan a la legalidad. El proceso contencioso-administrativo es, más bien, el cauce para hacer valer todo tipo de derechos subjetivos e intereses legítimos que se ostenten con arreglo al Derecho Administrativo. Así lo demuestra muy destacadamente la posibilidad, ya mencionada, de formular simultáneamente pretensiones de anulación y de plena jurisdicción, pudiéndose a veces introducir la petición indemnizatoria incluso en fase de conclusiones (art. 65 LJCA).

Además, el debate procesal no queda necesariamente circunscrito a lo discutido en vía administrativa, ni menos aún delimitado por el tenor y la motivación del acto administrativo. Es verdad que éste es un terreno con sombras y matices, aunque sólo sea porque para la iniciación del contencioso-administrativo es preciso que haya alguna manifestación previa de actuación —u omisión— administrativa; lo que implica que normalmente no es posible pedir a los tribunales contencioso-administrativos algo sobre lo que la Administración no ha tenido ocasión de pronunciarse. En este sentido, la denominada «desviación procesal», entendida como el apartamiento en vía jurisdiccional de lo buscado en vía administrativa, sigue siendo una causa de inadmisibilidad de las pretensiones: difícilmente puede decirse que se haya puesto «fin a la vía administrativa» —lo que constituye, con arreglo al art. 25 LJCA, un requisito

para que haya actividad susceptible de impugnación— si lo pretendido ante el órgano judicial es ajeno a lo decidido, de manera expresa o presunta, por la Administración.

Ahora bien, que el objeto del proceso contencioso-administrativo no pueda ser ajeno a lo decidido por la Administración no significa —al menos, no necesariamente— que los hechos y los argumentos jurídicos a tener en cuenta para dictar sentencia deban ser los mismos que ya estuvieron presentes en vía administrativa. En el proceso contencioso-administrativo no sólo cabe solicitar la práctica de cuantas pruebas resulten pertinentes, sino que los términos del debate son los fijados por las partes ya en vía jurisdiccional, tal como se dispone en el art. 33 LJCA: «Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgaran dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición». En suma, la relación existente entre las vías administrativa y jurisdiccional es de muy distinta naturaleza que la que rige entre los diferentes grados del proceso, donde impera con todo rigor la prohibición de la *mutatio libelli*.

VI

Para completar esta exposición de los rasgos definitorios de la justicia administrativa en España, poniendo de relieve lo que tiene de más peculiar en una perspectiva histórica y comparada, es necesario referirse a la organización judicial en lo contencioso-administrativo.

El esquema tal como resultaba de la gran reforma modernizadora de 1956 era sencillo: los órganos jurisdiccionales de base, competentes para conocer en primera instancia de la mayor parte de asuntos, eran las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales. Éstas eran quince y sus Salas de lo Civil venían tradicionalmente siendo los tribunales de apelación en dicho orden jurisdiccional. A los órganos jurisdiccionales de instancia se añadían tres Salas de lo Contencioso-Administrativo en el Tribunal Supremo, numeradas como tercera, cuarta y quinta, llamadas a conocer de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por las Salas de instancia. Además, en determinados supuestos, como destacadamente la impugnación de actos del Consejo de Ministros, eran juez de primera y única instancia. La distribución de asuntos entre cada una de esas tres Salas se hacía por materias.

Este esquema ha ido haciéndose más complejo mediante sucesivas reformas. La primera de ellas fue la creación de la Audiencia Nacional mediante el Real Decreto-Ley de 5 de enero de 1977. Con jurisdicción sobre toda España, la Audiencia Nacional nació con una finalidad esencialmente penal: que hubiera un tribunal penal no limitado a una determinada circunscripción territorial, para facilitar la persecución de algunos tipos de delitos —señaladamente

el terrorismo y ciertas formas de criminalidad económica— una vez suprimidos algunos tribunales franquistas incompatibles con la democracia constitucional. Pues bien, aprovechando la ocasión, a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se añadió una Sala de lo Contencioso-Administrativo, así como otra de lo Social. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional surgió como un órgano jurisdiccional de instancia similar a sus hermanas de las Audiencias Territoriales, con la peculiaridad de que se le atribuyó el conocimiento de las impugnaciones contra actos de autoridades administrativas con competencia sobre todo el territorio nacional, distintas del Consejos de Ministros. Debe tenerse en cuenta que esta Sala satisface una necesidad objetiva: en la medida en que la competencia jurisdiccional para conocer del recurso contencioso-administrativo suele depender de la autoridad administrativa de la que proviene el acto impugnado, pueden surgir dificultades cuando la autoridad administrativa abarca todo el territorio nacional, tal como ocurre, por poner un ejemplo obvio, con los ministros. En otros países donde no existe formalmente ningún órgano jurisdiccional de instancia con competencia sobre todo el territorio nacional, el problema ha sido resuelto, sin embargo, de manera sustancialmente similar: en Italia, el Tribunal Administrativo Regional del Lazio, con sede en Roma, tiene una competencia más amplia que la de sus homólogos, comprendiendo —entre otros— los actos ministeriales; y algo parecido sucede en Francia con la Corte Administrativa de Apelación de París. Ello significa que, en la siempre recurrente controversia sobre si debe suprimirse la Audiencia Nacional, el elemento contencioso-administrativo es irrelevante; y ello porque la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional debería seguramente reinventarse bajo otra forma o denominación.

La siguiente reforma de la organización judicial en lo contencioso-administrativo vino de la mano de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, con su complemento en la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988. Por lo que aquí interesa, el legislador de 1985 hizo dos cosas. Por un lado, eliminó las Audiencias Territoriales, poniendo los Tribunales Superiores de Justicia en su lugar. Es sabido que, según el art. 152 CE, «un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma». La idea subyacente es, sin duda, que el mapa judicial coincida con el político-administrativo; pero no debe olvidarse que las previsiones organizativas del referido precepto constitucional sólo rigen, en puridad, para las Comunidades Autónomas surgidas por la vía del art. 151 CE. En todo caso, fuera o no constitucionalmente necesario, el legislador de 1985 optó por crear tantos Tribunales Superiores de Justicia como Comunidades Autónomas. Ello significa que hay una Sala de lo Contencioso-Administrativo en cada Comunidad Autónoma, salvo algunas donde —por razones de tradición histó-

rica o de equilibrio territorial— se desdoblaron en dos (Canarias, y Castilla y León) o incluso en tres (Andalucía).

Por otro lado, reunió las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en una sola. Desde el punto de vista de la unificación de criterios, la existencia de una sola Sala en la cúspide del orden jurisdiccional es acertada. Pero la actual Sala 3.^a del Tribunal Supremo es muy numerosa, lo que no deja de dificultar su funcionamiento como un órgano jurisdiccional unitario; es decir, existe el riesgo de que las Secciones en que normalmente actúa (art. 15 LJCA) terminen operando de manera autónoma. Vale la pena observar, en este orden de consideraciones, que cada una de las antiguas Salas 3.^a, 4.^a y 5.^a estaba compuestas por un presidente y diez magistrados, con arreglo al Decreto de 7 de junio de 1973, sobre plantilla de destinos del personal de la Carrera Judicial. Y la plantilla de la actual Sala 3.^a es de treinta y tres magistrados, de manera que el número de magistrados de lo contencioso-administrativo en el Tribunal Supremo ha permanecido inalterado a lo largo del último medio siglo. Con ello no quiere sugerirse que convenga reducir el número de magistrados de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, que en términos relativos no es elevado en comparación con los órganos supremos de la justicia administrativa de otros países europeos; máxime considerando que, como quedó expuesto más arriba, la jurisdicción contencioso-administrativa española cubre un ámbito material más amplio que la mayoría de ellos.

La última de las grandes reformas orgánicas vino determinada por la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, que atribuye competencias de primera instancia a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. De éstos hay al menos uno en cada provincia, más los centrales con competencia sobre todo el territorio nacional. Su finalidad ha sido descargar de trabajo a las Salas de instancia en toda una serie de materias (función pública, sanciones administrativas, entidades locales, etc.). Su nacimiento vino acompañado de desconfianza y controversia: dado que lo contencioso-administrativo estuvo tradicionalmente ligado a la colegialidad, algunos eminentes juristas consideraban que no había espacio para el juez unipersonal. Así, entre otros, Eduardo García de Enterría en la doctrina, o Javier Delgado Barrio en la judicatura. No obstante, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo han arraigado, de manera que nadie aboga hoy por su supresión.

VII

Cuestión distinta es si la organización judicial en lo contencioso-administrativo que se acaba de describir es la más adecuada a los diferentes grados del proceso. A raíz de la importantísima reforma del recurso de casación contencioso-administrativo, aprobada el 21 de julio de 2015 y entrada en vigor un año más tarde, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo goza de un notable margen de

apreciación para decidir qué asuntos merecen ser admitidos por presentar «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia»; lo que supone, cuanto menos, una acentuación del llamado *ius constitutionis* en la configuración del órgano de cúspide de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello implica que, a fin de evitar una indeseable merma del nivel efectivo de protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, sería conveniente asegurar por otra vía que —salvo en asuntos de escasa importancia cualitativa o económica— todas las sentencias dictadas en primera instancia fueran susceptibles de recurso de apelación ante un órgano jurisdiccional superior. Esta idea de generalización de la doble instancia goza de amplio consenso, seguramente con razón.

Ahora bien, que sea deseable no significa que sea de fácil realización. Tropezamos con varios obstáculos, de índole tanto técnica como política. La reflexión sobre este tema ha de arrancar examinando cuál debería ser normalmente el órgano jurisdiccional de primera instancia. En el orden jurisdiccional civil, la doble instancia puede estar generalizada porque nunca se ha puesto seriamente en duda la idoneidad de los Juzgados de Primera Instancia para conocer de entrada de toda clase de asuntos, cualquiera que sea su envergadura. Pero ello no es así en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, donde no sólo existe la ya mencionada reticencia hacia el juez unipersonal, sino que sigue vigente la regla de que la competencia residual —o «de derecho común», en expresión francesa— es de las Salas de instancia territoriales (art. 10 LJCA). Tan es así que la situación actual resulta paradójica: los asuntos relativamente menos importantes, que son resueltos en primera instancia por los Juzgados, suelen tener recurso de apelación; pero los más importantes son resueltos en primera instancia por las Salas, sin que la posibilidad de ulterior control casacional quede asegurada desde el momento en que depende de que la concurrencia de un interés objetivo. El primer paso para la generalización de la doble instancia sería, así, aceptar que la competencia objetiva para conocer en primera instancia del recurso contencioso-administrativo correspondiese a los Juzgados, provinciales o centrales según los casos.

Y aun así, habría que superar otro obstáculo: la Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha conocido siempre en primera y única instancia de ciertos asuntos, como son destacadamente los actos del Consejo de Ministros y, desde su creación, también del Consejo General del Poder Judicial. Algunos hablan de «principio protocolario» para describir esta atribución de competencia, aunque la razón subyacente —más que con el respeto ceremonial— tiene que ver con la renuencia de los órganos supremos del Estado a ser juzgados por jueces o tribunales inferiores. En este sentido, tal vez no fuera equivocado hablar de «aforamiento contencioso-administrativo». Algo similar sucede a nivel autonómico, tal como se desprende de la simple lectura del art. 10 LJCA. Así las cosas, la generalización de la doble instancia requeriría también la supresión —o, al menos, una seria limitación— de la caracterización de la Sala 3.^a del Tribunal

Supremo y de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia como una especie de juez natural de los órganos supremos del Estado y de las Comunidades Autónomas respectivamente; algo que, hoy por hoy, no parece realista esperar.

COMUNICACIONES

REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL ACTUAL MODELO DE RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Luis Míguez Macho

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El peculiar sistema de reparto de la competencia objetiva en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y sus consecuencias sobre los recursos contra las resoluciones judiciales. 3. El defectuoso encaje del actual modelo de recurso de casación contencioso-administrativo en la configuración de este orden jurisdiccional. 4. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre los recursos contra las resoluciones judiciales y su aplicación al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

RESUMEN: El principal objetivo de la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo, que era reforzar su función nomofiláctica y evitar que se convierta en una nueva instancia, otorgando discrecionalidad al tribunal de casación para la selección de los asuntos de los que va a conocer, tendría sentido si la casación viniese funcionando en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo como una tercera revisión de procesos que ya han pasado por una primera y una segunda instancia. Cuando, como sucede en la realidad, es la única posibilidad de revisión de las resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales colegiados que conocen de una amplia variedad de asuntos de manera ordinaria y hasta residual, lo único que se ha conseguido es empeorar ulteriormente la tutela que ofrece el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al generarse, en procesos sustancialmente iguales, disparidades muy difíciles de justificar entre el régimen de recursos contra las resoluciones judiciales según aquéllos se inicien ante órganos unipersonales o colegiados.

PALABRAS CLAVE: proceso contencioso-administrativo, orden jurisdiccional contencioso-administrativo, recurso de casación contencioso-administrativo, derecho a los recursos.

ABSTRACT: The main objective of the reform of the contentious-administrative cassation appeal, which was to reinforce its nomophylactic function and prevent it from becoming a new instance, granting discretion to the court of cassation for the selection of the matters of which the court is going to know (certiorari), would make sense if the cassation appeal came to function in the contentious-administrative jurisdictional order as a third review of processes that have already gone through a first and a second instance. When, as it is really the case, it is the only possibility of reviewing the resolutions issued by collegiate courts that know of a wide variety of matters in an ordinary and even residual manner, the only thing that has been achieved is to further worsen the protection that contentious-administrative jurisdictional order offers, when generating, in substantially equal processes, disparities very difficult to justify between the regime of appeals against judicial resolutions as they are initiated before unipersonal or collegiate courts.

KEYWORDS: contentious-administrative process, contentious-administrative jurisdictional order, contentious-administrative cassation appeal, certiorari.

1. INTRODUCCIÓN

Esta Comunicación se presenta a la primera sesión del *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, que versa sobre las restricciones en el proceso contencioso-administrativo, en particular las relativas a los recursos contra las resoluciones judiciales. Su objetivo es plantear unas reflexiones críticas sobre el actual modelo de recurso de casación contencioso-administrativo y las disfuncionalidades que presenta en el marco de la configuración que este orden jurisdiccional recibe en la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo vigésimo aniversario conmemoramos. Debe advertirse que no se pretende analizar con detalle la regulación del recurso, ni valorar en abstracto su mayor o menor fidelidad a la naturaleza y finalidad de la casación, sino cuestionar el encaje del mismo en el diseño global del orden jurisdiccional que nos ocupa.

2. EL PECULIAR SISTEMA DE REPARTO DE LA COMPETENCIA OBJETIVA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE LOS RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

La vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa establece en sus artículos 8 al 12 un intrincado sistema de reparto de la competencia objetiva entre los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos (Juzgados y Juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo), sin parangón en ningún otro orden jurisdiccional, combinando tres criterios, el órgano autor de la actuación administrativa impugnada, la materia de los asuntos y su cuantía. De esta manera, se traslada al plano jurisdiccional el mismo principio jerárquico que ordena la distribución de la competencia administrativa: a mayor jerarquía o mayor importancia del órgano, la materia y la cuantía, mayor es también la jerarquía del órgano jurisdiccional que enjuicia el asunto.

El origen de este sistema se encuentra en la tradición histórica de nuestra Jurisdicción contencioso-administrativa, en la que existían unos tribunales territoriales que conocían de los recursos contra las actuaciones de los órganos administrativos cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional, en primera o única instancia, dependiendo de si por la cuantía del asunto se admitía o no la apelación, y un tribunal central, que conocía en apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por aquéllos, pero también en única instancia de los recursos contra las actuaciones de los órganos administrativos cuyas competencias se extienden a todo el territorio nacional¹. Sin embargo, lo que ha ocasionado su actual nivel de complejidad es la implantación de los Juzgados de lo contencioso-administrativo por la vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa y la decisión que se adoptó en aquel momento de no seguir el criterio de la redacción original del artículo 91 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, que les atribuía la competencia objetiva general de carácter residual. Por el contrario, se optó por tasar las competencias de los Juzgados y mantener la competencia residual en las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, a pesar de lo cual a éstas se les otorgaron también competencias por atribución expresa².

¹ Así se establecía en los artículos 10 y 11 de la Ley de 13 de septiembre de 1888, sobre el ejercicio de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y 10 y 14 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

² Para una crítica detallada de este sistema de reparto de la competencia objetiva formulada en el momento de la elaboración de la nueva ley, puede acudir a J. Garberí Llobregat (1998).

Este sistema de reparto de la competencia objetiva produce importantes consecuencias sobre los recursos que proceden contra las resoluciones de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. La intención de la Ley orgánica del Poder judicial en su redacción original era acercar el régimen de esos recursos al de los demás órdenes jurisdiccionales, convirtiendo a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en un tribunal de casación y no de apelación, como había sido históricamente³, y a las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en tribunales de apelación frente a las resoluciones de los Juzgados. Al mantenerse la competencia general de carácter residual en estas últimas, con diversas competencias de atribución añadidas, lo que resultó fue un régimen de una o, como máximo, dos revisiones en cada proceso⁴, de tal manera que los que se iniciaban en los Juzgados sólo admitían apelación, en caso de que superasen el límite de cuantía establecido, fuesen de cuantía indeterminada o versasen sobre ciertas materias (o bien el recurso de casación en interés de la ley en su modalidad autonómica), mientras que los que se iniciaban en las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional sólo eran susceptibles del recurso de casación, en su modalidad ordinaria igualmente si superaban un límite de cuantía (que acabó siendo de 600.000 euros), eran de cuantía indeterminada o versaban sobre ciertas materias, o en sus modalidades extraordinarias en los supuestos así previstos.

Lo que no cabía ordinariamente, a diferencia de otros órdenes jurisdiccionales, era la triple revisión de un mismo asunto (primera instancia, segunda instancia y casación) y el recurso de casación de manera inevitable se veía abocado a suplir, en el supuesto de las resoluciones dictadas en única instancia por las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, la ausencia de apelación, con dos consecuencias claramente distorsionadoras: las partes veían perjudicadas sus posibilidades de obtener una revisión de las resoluciones que les eran desfavorables, por las limitaciones intrínsecas al recurso de casación, que no da lugar a una verdadera segunda instancia, y el recurso de casación veía deformado de su sentido y finalidad, por la presión de los litigantes para tratar de obtener a través de él lo que sería propio de una apelación⁵.

³ Sobre los precedentes y la introducción de la casación contencioso-administrativa en España, véase I. C. Iglesias Canle (2000: 44 y ss.).

⁴ Salvo en los supuestos extraordinarios de recurso de casación en interés de la ley, que sólo podían interponer Administraciones públicas, entidades o corporaciones y el Ministerio Fiscal.

⁵ Véase M. J. Alonso Mas (2015: 241 y ss.), así como F. López Menudo (2018: 22).

3. EL DEFECTUOSO ENCAJE DEL ACTUAL MODELO DE RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN LA CONFIGURACIÓN DE ESTE ORDEN JURISDICCIONAL

La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo llevada a cabo por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, estaría llamada a devolver a aquél a su finalidad puramente nomofiláctica⁶ y otorgar a las salas competentes la facultad de seleccionar los asuntos de los que van a conocer, como sucede en otros Ordenamientos jurídicos⁷, a través de la consagración del «interés casacional objetivo» como criterio único de admisibilidad del recurso. El Preámbulo de la norma habla de «reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho» y de procurar que «la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica». Sin embargo, en estas explicaciones se advierte la desorientación del legislador sobre lo que realmente suponía el recurso de casación en el proceso contencioso-administrativo y su encaje en la configuración general de este orden jurisdiccional, porque, como se acaba de señalar, con la regulación anterior ordinariamente no era posible que un asunto tuviese tres revisiones jurisdiccionales, con lo que no existía el peligro de que la casación se convirtiese en una tercera instancia⁸; lo que ocurría, en cambio, era que suplía la inexistencia de apelación frente a las resoluciones dictadas en única instancia por las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional⁹.

⁶ Para un estudio de la función nomofiláctica de la jurisprudencia, con especial atención al ámbito contencioso-administrativo, véase D. Santiago Iglesias (2018: 30 y ss.); un panorama comparativo de Alemania, Francia y España sobre la función nomofiláctica del recurso de casación contencioso-administrativo, en relación con el régimen de acceso al mismo, puede encontrarse en A. Masucci (2017).

⁷ Sobre los precedentes comparados e internos del nuevo modelo de casación contencioso-administrativo, véase F. Velasco Caballero (2017: 141 y ss.).

⁸ Sobre esta clamorosa inexactitud del Preámbulo mencionado, véase S. M. Martín Valdivia (2015: 153 y 171).

⁹ Merece la pena reproducir, por su claridad, las explicaciones que ofrece al respecto B. Lozano Cutanda (2015: 2): «El sistema norteamericano no resulta... equiparable al español, pues la regulación del *certiorari* fue precedida en ese país de la introducción de los tribunales intermedios de apelación (*courts of appeals*) que hizo que dejara de ser una tarea necesaria del Tribunal Supremo la corrección de los errores jurídicos eventualmente cometidos por los tribunales de instancias inferiores. El sistema judicial federal, a grandes rasgos, está organizado en forma piramidal: un primer nivel de tribunales que conocen en primera instancia (*district courts*), un segundo nivel de tribunales que actúan, exclusivamente, como instancia de apelación (*U.S. courts of appeals*) y, en la cúspide, el Tribunal Supremo (*Supreme Court*), que actúa esencialmente como instancia última de revisión. Por ello, este Tribunal se permite ejercitar “funciones pasivas”, de no hacer nada: en palabras del juez Brandeis “*the most important thing we do, is*

Como el diagnóstico ya de entrada era equivocado, no debe extrañar que la consecuencia del nuevo modelo de casación sea una distorsión todavía mayor que la que producía el modelo anterior. Ahora, si un asunto pertenece al ámbito de competencia objetiva de los Juzgados o de los Juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, podrá tener dos regímenes de recurso contra la sentencia radicalmente opuestos: como regla general, cuando su cuantía no supera un límite que en la actualidad se fija en los 30.000 euros, la sentencia no admitirá recurso alguno (a no ser que contenga doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sea susceptible de extensión de efectos, en cuyo caso cabrá casación, aunque el supuesto es claramente excepcional¹⁰); por el contrario, cuando la supera o es de cuantía indeterminada, habrá segunda instancia y la posibilidad adicional de recurrir en casación, es decir, cabrán hasta tres revisiones jurisdiccionales del asunto¹¹. Por su parte, si el asunto pertenece al ámbito de competencia objetiva de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, existirá la posibilidad de recurrir la sentencia en casación con independencia de la cuantía y con escasas excepciones en cuanto a la materia¹², con lo que el asunto podrá tener dos revisiones, pero siempre que el tribunal de casación aprecie la concurrencia del «interés casacional objetivo». Finalmente, los asuntos que pertenecen al ámbito de competencia objetiva de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo son resueltos por ésta en única instancia sin que se dé recurso alguno contra la sentencia (salvo, eventualmente, el de revisión); es decir, habrá una única revisión del asunto, como en el caso general de los litigios de cuantía no superior a 30.000 euros que entran en el ámbito de competencia objetiva de los Juzgados.

not doing». En cambio, el recurso de casación ante el Tribunal Supremo en España, es en muchos casos, la única vía de recurso existente frente a las sentencias dictadas en única instancia por los tribunales inferiores. *Not doing* no es, por tanto, una opción adecuada a la tutela judicial efectiva en nuestro sistema de garantías jurisdiccionales». Véase también F. López Menudo (2018: 18).

¹⁰ Artículo 86.1, párrafo segundo, de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

¹¹ Este régimen general tiene algunas excepciones, con arreglo al artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Así, las sentencias dictadas por los Juzgados en materia electoral siguen el mismo régimen que las relativas a asuntos cuya cuantía no supera los 30.000 euros, mientras que, por el contrario, siempre admiten apelación las sentencias que declaren la inadmisibilidad del recurso, aunque no se alcance la cuantía para la apelación, las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas y las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

¹² El artículo 86.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa sólo exceptúa las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales.

No parece fácil sostener que este régimen de recursos contra las sentencias responda a una lógica mínimamente coherente¹³. Los asuntos que en principio hay que suponer que son de menor calado y aquellos de mayor trascendencia reciben el mismo tratamiento, ya que sólo admiten una revisión jurisdiccional, mientras que son posibles hasta tres revisiones para los asuntos que se inician en los Juzgados cuando su cuantía supera el límite para la admisibilidad de la apelación, son de cuantía indeterminada o versan sobre determinadas materias. Por su parte, los asuntos que se inician en las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, a pesar de que se pueda presumir que son de mayor importancia que los que se ventilan ante los Juzgados, sólo admiten dos revisiones, siendo la segunda un recurso de casación (en el que, además, el tribunal de casación cuenta con una amplia discrecionalidad para decidir si se admite a trámite o no¹⁴), en vez de una verdadera segunda instancia.

Adicionalmente, debe hacerse notar que los criterios que emplean los artículos 8 al 12 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa para repartir la competencia objetiva entre los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos provocan que procesos que se refieren a la misma materia y tienen la misma cuantía, diferenciándose sólo por el órgano o la Administración de la que procede la actuación que se impugna, se inicien ante órganos jurisdiccionales de distinto grado y, en consecuencia, el régimen de recursos contra la sentencia varíe de una manera poco justificable, por no decir arbitraria, si se tiene en cuenta que la afección que sufren los derechos e intereses legítimos de los litigantes es exactamente la misma. Baste pensar en la reclamación de una cantidad líquida de dinero adeudada a un contratista de importe superior a 30.000 euros: si se recurre contra una entidad local, el proceso se tendrá que iniciar ante un Juzgado de lo contencioso-administrativo, por la cuantía cabrá apelación y, además, se podrá preparar el recurso de casación; en cambio, si se recurre contra la Administración autonómica o la Administración general del Estado, conocerá en única instancia la Sala de lo contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional y luego sólo cabrá el recurso de casación, cuya admisión a trámite depende, como se ha dicho, de que la sala competente aprecie la concurrencia del «interés casacional objetivo». Y, para acabar de redondear la arbitrariedad, si la misma reclamación de cantidad no alcanza la cuantía para la apelación, cuan-

¹³ Véanse las reflexiones al respecto de T. R. Fernández (2016: 19-20), quien concluye señalando que «con la reforma los asuntos “menores” han salido ganando; los “mayores”, en cambio, han salido perdiendo. En los primeros las posibilidades de obtener justicia se duplican; en los segundos, todo hay que jugárselo a una carta. Esto no tiene sentido, me parece». En sentido similar, M. A. Ruiz López (2017: 201-202).

¹⁴ Para un análisis del carácter discrecional de la admisión del recurso de casación contencioso-administrativo, véanse F. Velasco Caballero (2017: 160 y ss.) y F. López Menudo (2018: 22-23).

do la competencia corresponde a los Juzgados no se dará recurso alguno contra la sentencia, mientras que si la competencia es de las Salas, se podrá preparar igualmente el recurso de casación, pues el mismo ya no tiene límite de cuantía¹⁵.

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y SU APLICACIÓN AL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre los recursos contra las resoluciones judiciales y su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva no ofrece en principio argumentos para confrontar la situación que se acaba de exponer. Ya desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional sentó el criterio de que la segunda revisión jurisdiccional de los asuntos no forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 de la Constitución, salvo en el ámbito penal (y en éste por efecto de los convenios internacionales de protección de los derechos fundamentales ratificados por España y no directamente de la Constitución), y además esa jurisprudencia ha ido evolucionando en un sentido cada vez más restrictivo.

Inicialmente, y puede tomarse como punto de partida la sentencia 3/1983, de 25 de enero, fundamento jurídico 4, el Tribunal Constitucional señalaba que el derecho a la tutela judicial efectiva se configura «no sólo como un derecho al acceso al proceso de instancia, sino también a los recursos establecidos en la Ley», pero «al no existir... norma o principio alguno en la CE que obligue a la existencia de una doble instancia o de unos determinados recursos en materia laboral, es evidente, que en abstracto es posible la inexistencia de recursos o condicionar los previstos al cumplimiento de determinados requisitos, perteneciendo al ámbito de libertad del legislador establecer unos u otros en la forma que considere oportuna». Eso sí, «cuando se parte del previo establecimiento en la ley de unos determinados recursos (en este caso el de casación) y en determinados supuestos (Sentencias de condena) si el acceso a ellos se vincula al cumplimiento de unos obstáculos procesales, es evidente que el legislador no goza de absoluta libertad, ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean pro-

¹⁵ En la doctrina administrativista se ha valorado positivamente esta «universalización» del recurso de casación contencioso-administrativo [véanse G. Fernández Farreres (2015: 101) y J. A. Razquin Lizarraga (2016: 149-150)], pero también se ha resaltado que la misma se ha producido a costa de limitar todavía más la vertiente tuteladora del mismo [M. J. Pérez Estrada (2017: 324 y ss.)].

ducto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia, o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen, que deben, en todo caso, ser adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente para la confrontación entre el art. 170 de la LPL y el art. 24.1 de la CE».

Esta doctrina se ha visto posteriormente endurecida, en particular a partir de la sentencia 37/1995, de 7 de febrero, cuyo fundamento jurídico 5 ya no alude a eventuales limitaciones del legislador a la hora de regular los recursos contra las resoluciones judiciales, reconociéndole absoluta libertad en esta materia: «el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)»¹⁶.

Ahora bien, una cosa es que el derecho a la tutela judicial efectiva no imponga la existencia de recursos contra las resoluciones judicial, salvo en el

¹⁶ Esta sentencia, además, partiendo de que el principio *pro actione* no se aplica con igual intensidad al acceso inicial a la jurisdicción que al acceso a los recursos contra las resoluciones judiciales, reafirma la doctrina de que la interpretación por los órganos jurisdiccionales de los requisitos de admisibilidad de aquéllos carece de relevancia constitucional, salvo «si se impide el acceso a las instancias supraordenadas arbitrariamente o con fundamento en un error material» (FJ 2), por lo que «no habiéndose cerrado la vía del recurso arbitrariamente o *intuitu personae*, queda en pie nuestra doctrina al respecto, en cuya virtud corresponde al Tribunal Supremo la última palabra sobre la admisibilidad de los recursos de casación ante él interpuestos» (FJ 6). No obstante, esta jurisprudencia no ha dejado de dar lugar a supuestos controvertidos, como, en lo relativo al recurso de casación contencioso-administrativo, el enjuiciado por la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 7/2015, de 22 de enero, que contó con un voto particular concurrente suscrito por cuatro magistrados [véase el comentario de M. J. Alonso Mas (2015)]. La sentencia recuerda en su fundamento jurídico 2 que «el control constitucional que este Tribunal debe realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos tiene carácter externo, pues no le corresponde revisar la aplicación judicial de las normas sobre admisión de recursos, salvo en los casos de inadmisión cuando esta se declara con base en una causa legalmente inexistente o mediante un “juicio arbitrario, irrazonable o fundado en error fáctico patente”», control que es todavía más limitado en el caso del recurso de casación. El reciente auto del Tribunal Constitucional 41/2018, de 16 de abril, ya ha tenido ocasión de aplicar la doctrina que nos ocupa al nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, en su modalidad autonómica.

ámbito penal, y otra que el legislador, una vez adoptada la decisión de que tales recursos existan, disponga de una libertad absoluta para configurar su régimen jurídico. Aun sin volver a la doctrina de la sentencia 3/1983, antes citada, que pretendía impedir que la ley establezca obstáculos irrazonables o desproporcionados en el acceso a los recursos, la actuación del legislador en esta materia se ve igualmente limitada por el principio general de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos recogido en el artículo 9.3 de la Constitución. Una configuración legal arbitraria del régimen de los recursos contra las resoluciones judiciales en un orden jurisdiccional afectará de modo necesario al derecho a la tutela judicial efectiva, al conllevar desigualdades constitucionalmente injustificables en el acceso a aquéllos¹⁷.

5. CONCLUSIONES

El sistema de recursos contra las resoluciones judiciales vigente en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, considerado de manera global y en conexión con el reparto de la competencia objetiva entre los órganos del mismo, si ya era discutible antes la reforma de la casación por la Ley orgánica 7/2015, después de ésta se ha vuelto difícilmente sostenible desde la perspectiva constitucional. Como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, con anterioridad a la reforma tenía el defecto de que privaba de la doble instancia a los procesos que se iniciaban ante órganos jurisdiccionales colegiados y la sustituía por un recurso de casación limitado por la cuantía que se veía abocado a remedar la ausencia de apelación. Ahora no sólo sigue faltando la apelación en los mismos supuestos, sino que se ahonda todavía más la brecha entre el régimen de recursos contra las resoluciones judiciales en los asuntos que se inician ante los órganos unipersonales y los que se inician ante los órganos colegiados, porque para los primeros se ha abierto la posibilidad ordinaria de la triple revisión, mientras que para los segundos se ha restringido todavía más el acceso a la casación, debido a la discrecionalidad que se le otorga al tribunal competente a la hora de decidir sobre la admisión a trámite del recurso. Esto quizá se podría justificar si los procesos que se inician ante los órganos unipersonales y los que se inician ante los órganos colegiados del orden jurisdiccional contencioso-administrativo presentasen alguna diferencia cuantitativa o cualitativa entre ellos, pero en muchos casos, como ya se ha expuesto, ni siquiera es así, por lo que esa disparidad en el régimen de recursos deviene arbitraria.

¹⁷ Sobre la necesidad de una revisión de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a los recursos, véanse las recientes reflexiones de F. López Menudo (2018: 19), así como M. A. Ruiz López (2017: 201).

En definitiva, la pretensión de la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo de reforzar la función nomofiláctica de éste y evitar que se convierta en una nueva instancia, otorgando discrecionalidad al tribunal de casación para la selección de los asuntos de los que va a conocer, tendría sentido si la casación viniese funcionando en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo como una tercera revisión de procesos que ya han pasado por una primera y una segunda instancia. Cuando, como sucede realmente, es la única posibilidad de revisión de las resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales colegiados que conocen de una amplia variedad de asuntos de manera ordinaria y hasta residual (en el caso de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia), lo único que se ha conseguido es empeorar ulteriormente la tutela que ofrece el orden jurisdiccional contencioso-administrativo¹⁸.

La solución a esta situación pasaría por completar el paso que se dio con la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que amplió la competencia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo, volviendo al criterio de la redacción original del artículo 91 de la Ley orgánica del Poder judicial. Esto supondría atribuir a los Juzgados la competencia objetiva general de carácter residual y limitar todo lo posible los asuntos de los que las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del propio Tribunal Supremo conocen en única instancia¹⁹. A ello se le debería añadir la introducción de un nuevo supuesto de presunción del interés casacional objetivo para los recursos de casación que se planteasen contra las sentencias dictadas en los asuntos de los que excepcionalmente dichas Salas siguiesen conociendo en única instancia²⁰.

¹⁸ Como acertadamente señala M. A. Recuerda Girela (2016: 148-149), «dicha reforma debió ir unida, a mi juicio, a una atribución general de competencia inicial de todo contencioso a los Juzgados, con apelaciones posteriores generalizadas. Al no haberse alterado el régimen, multitud de asuntos —agravando lo que ya sucedió antes de la Ley Orgánica 7/2015—, serán resueltos en una sola instancia o por un solo órgano jurisdiccional, lo que parece gravísimo atendiendo a la realidad inexorable de la falibilidad humana —aunque lo permita el Tribunal Constitucional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva—».

¹⁹ Pero no sería la única solución posible; otra alternativa es la de crear salas de instancia y de apelación en los órganos contencioso-administrativos colegiados [S. Soldevila Frago (2016: 12)].

²⁰ También cabría plantear la ampliación de la posibilidad de recurrir en casación a todas las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo contencioso-administrativo. Teniendo el órgano de casación la facultad de decidir con amplia discrecionalidad sobre la admisión a trámite del recurso, no parece justificada la actual limitación de la posibilidad de recurrir en casación sólo a las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos, restricción esta última que no se preveía en el recurso de casación en interés de la ley; véase D. Santiago Iglesias (2018: 24).

6. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Mas, M. J. (2015): «El acceso al recurso de casación en el orden contencioso-administrativo: una oportunidad perdida», en *Revista de Administración Pública*, núm. 197, pp. 237-269.
- Fernández, T. R. (2016): «Prólogo» a M. Á. Ruiz López, *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 17-21.
- Fernández Farreres, G. (2015): «Sobre la eficiencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación “para la formación de jurisprudencia”», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, pp. 93-131.
- Garberí Llobregat, J. (1998): «Rasgos generales del Proyecto de nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en materia de competencia judicial», en *Diario La Ley*, 1998, ref. D-83, tomo 2.
- Iglesias Canle, I. C. (2000): *El recurso de casación contencioso-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- López Menudo, F. (2018): «El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 207, pp. 13-41.
- Lozano Cutanda, B. (2015): «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades», en *Actualidad Administrativa*, núm. 11.
- Martín Valdivia, S. M. (2015): «El nuevo recurso de casación: ¿“interés casacional” o mengua del derecho de defensa», en *Administración & Ciudadanía*, vol. 10, núm. 2, pp. 151-172.
- Masucci, A. (2017): «Nomofilachia ed accesso al giudice di cassazione nei processi amministrativi. Le esperienze tedesca, francese e spagnola», en *Los retos actuales del Derecho administrativo en el Estado autonómico. Estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, L. M. Macho y M. Almeida Cerredá (coords.), volumen II, Andavira editora, Santiago de Compostela, pp. 51-79.
- Pérez Estrada, M. J. (2017): «La exclusiva función del actual recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-I, pp. 303-328.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2016): «El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-I, pp. 135-178.
- Recuerda Girela, M. A. (2016): «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo y el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, pp. 107-150.
- Ruiz López, M. A. (2017): «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo: primeras resoluciones, balance y perspectivas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 204, pp. 165-202.

- Santiago Iglesias, D. (2018): «La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo», ponencia presentada al *Seminario de Teoría y Método (STEM)*.
- Soldevila Fragoso, S. (2016): «Las paradojas de la nueva casación», en *Actualidad Administrativa*, núm. 10.
- Velasco Caballero, F. (2017): «Poderes del Tribunal Supremo en la casación contencioso-administrativa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, pp. 135-180.

AVAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL RECURSO DE CASACIÓN AUTONÓMICA

Josep Ramon Fuentes i Gasó

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El origen de la Sentencia: la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. 3. La posición del Tribunal Constitucional: la constitucionalidad de la regulación de la casación autonómica. 4. Los votos particulares a la Sentencia. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

RESUMEN: La modificación del recurso de casación introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha dejado de lado el recurso de casación autonómica, al que únicamente se dedica ahora el artículo 86.3, párrafos segundo y tercero, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La escasa e insuficiente regulación de esta modalidad casacional ha desatado y está desatando numerosos problemas, habiéndose llegado, incluso, a cuestionar su constitucionalidad. Recientemente, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 128/2018, de 29 de noviembre, ha avalado la constitucionalidad de la regulación del recurso de casación autonómica contenida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No ha sido, sin embargo, una sentencia pacífica, como demuestran los dos votos particulares formulados. Tampoco ha servido para poner fin a los problemas actuales del recurso de casación autonómica, tal y como demuestra la falta de unicidad de criterio ante este recurso por parte de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia.

PALABRAS CLAVE: recurso de casación autonómica, reserva de ley orgánica, seguridad jurídica, igualdad, tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: The amendment to the cassation appeal introduced by Organic Law 7/2015, of 21 July, amending the Organic Law of the Judiciary, has left aside the autonomous cassation appeal, now regulated only by article 86.3, second and third paragraphs, of the Law on Contentious-Administrative Jurisdiction. The scarce and insufficient regulation of this form of appeal has unleashed and is still unleashing numerous problems, having even come to question its constitutionality. Recently, the Constitutional Court, in Ruling 128/2018, of 29 November, endorsed the constitutionality of the regulation of the autonomic appeal contained in the Law on Contentious-Administrative Jurisdiction. It was not, however, a peaceful judgment, as shown by the two dissenting opinions cast. Nor has it served to put an end to the current problems of the autonomic cassation appeal, as demonstrated by the lack of a single criterion for this appeal on the part of the different High Courts of Justice.

KEYWORDS: autonomic cassation appeal, organic law reservation, legal certainty, equality, effective judicial protection.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), prevé un alambicado sistema de recursos que permite la revisión de las resoluciones de las diversas instancias judiciales; si bien siempre que se cumplan los requisitos legales previstos. Ahora bien, según pone de manifiesto L. Casado Casado (2019b: 16), «en el sistema actual, no todas las resoluciones judiciales son susceptibles de recurso. Es más, muchas de ellas no lo son y se dictan en única instancia, dada la existencia, en la normativa vigente, de abundantes restricciones de acceso a los recursos (por razón de la cuantía del asunto, por razón de la materia...). De ahí que resulte necesario conocer bien estas restricciones que vedan, en determinados casos, el acceso a un segundo pronunciamiento judicial en el ámbito contencioso-administrativo». En este sentido, la modificación de la LJCA, a través de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), ha supuesto una transformación radical del recurso de casación, que se orienta ahora principalmente a la formación de jurisprudencia y cuya admisión gira en torno a la presencia del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, apreciación que corresponde al Tribunal de casación (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo o Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, según se funde el recurso en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea, o en la infracción de normas autonó-

micas, respectivamente)¹. Una de las muchas novedades que introduce esta nueva regulación del recurso de casación es la reducción a unidad de las distintas modalidades de casación². De este modo, se contempla un régimen jurídico unitario del recurso de casación, con dos modalidades: estatal y autonómica. Ahora bien, en tanto que la primera se regula ampliamente en la LJCA (la regulación de la LJCA está pensada para el recurso de casación ante el Tribunal Supremo), la segunda es la gran olvidada de la reforma, ya que sólo se le dedica a la misma el artículo 86.3, párrafos segundo y tercero³, precepto que únicamente atiende a la composición de la Sección de Casación en las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, omitiéndose toda referencia al resto de elementos de este recurso (resoluciones recurribles, supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia admisibles en esta modalidad casacional, procedimiento aplicable...). Esta insuficiente regulación normativa, tal y como pone de manifiesto L. Casado Casado (2019b: 262-263), dificulta enormemente su puesta en funcionamiento y conduce a la asimetría en la aplicación de esta modalidad casacional, dada la disparidad de criterios provocada en los diferentes Tribunales Superiores de Justicia⁴.

Asimismo, esta regulación del recurso de casación autonómica⁵ se ha cuestionado desde el punto de vista constitucional, por considerarse que podrían

¹ Sobre el nuevo recurso de casación, *vid.*, por todos, *in totum*, la excelente y exhaustiva monografía recién publicada de L. Casado Casado (2019b). Así mismo, *vid.* R. C. Cancio Fernández (2015), R. C. Cancio Fernández y L. M. Cazorla Prieto (2018), L. M. Cazorla Prieto y R. C. Cancio Fernández (2017), E. Hinojosa Martínez (2016), M.^a B. Navarro Vega (2017), J. M. Núñez Jiménez y M. L. Pérez García (2017), P. Quintana Carretero, R. Castillo Badal, P. Escribano Testaut (2016), M. A. Ruiz López (2016).

² M. A. Ruiz López (2016: 59).

³ El párrafo segundo del artículo 86.3 de la LJCA establece que: «Cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el Presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el Presidente o Presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los Magistrados de la referida Sala o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros». Y el párrafo tercero que: «Si la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo tuviesen más de una Sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los Presidentes de Sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los Magistrados que presten servicio en la Sala o Salas».

⁴ *Vid.* el amplio análisis de los criterios interpretativos utilizados por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia que realiza L. Casado Casado (2019b: 264-307). *Vid.*, asimismo, E. Aparicio Santamaría (2018) y J. P. Quintana Carretero (2018: 293-323).

⁵ Utilizamos la denominación de recurso de casación autonómica, ya que, como advierte J. M. Alegre Ávila (2019: 65), «El recurso, en cuanto medio de impugnación de resoluciones judiciales, sólo puede ser estatal pues es a la plenitud competencial del Estado-aparato a quien corresponde la “legislación procesal”». En la misma línea, J. P. Quintana Carretero (2018: 295-296).

vulnerarse determinados preceptos de la Constitución Española (en adelante, CE). Recientemente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en la Sentencia 128/2018, de 29 de noviembre, considerando ajustada la Constitución la regulación de la casación autonómica contenida en el artículo 86.3, párrafos segundo y tercero, de la LJCA. No ha sido, sin embargo, una sentencia adoptada por unanimidad, como demuestran los dos votos particulares que la acompañan.

2. EL ORIGEN DE LA SENTENCIA: LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR LA SECCIÓN PRIMERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

La Sentencia 128/2018, de 29 de noviembre⁶, trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Man-

⁶ No es ésta, sin embargo, la primera ocasión en que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el recurso de casación autonómica. Ya había tenido previamente la oportunidad de hacerlo en el Auto 41/2018, de 16 de abril de 2018. En este Auto, el Tribunal Constitucional decidió inadmitir el recurso de amparo promovido por la Junta de Extremadura contra el Auto de 22 de Junio de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que había inadmitido el recurso de casación por infracción de normativa autonómica interpuesto contra la Sentencia dictada en única instancia en procedimiento ordinario núm. 462-2015, y contra la providencia de 11 de julio de 2017, que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente al auto anterior (esta última sólo se impugna en cuanto que, a juicio de la parte recurrente, no reparó las vulneraciones de los derechos fundamentales que se imputaron a aquel). Más allá de la decisión de inadmisión del concreto recurso de casación de que se trata, se suscitaba, en este caso, una cuestión jurídica de relevante y general repercusión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos (art. 24.1 CE), ya que la recurrente afirmaba que la decisión judicial impugnada suponía «la negación con carácter general de la posibilidad de aplicación en el ámbito de [un Tribunal Superior de Justicia] de un recurso regulado en la ley» (*vid.* el FJ 2.º de este Auto). En esta ocasión, el Tribunal Constitucional consideró que la posición que había mantenido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, considerando que no podía aplicarse el recurso de casación autonómica contra Sentencias ya dictadas por esta Sala, con independencia del mayor o menor acierto de cada uno de los argumentos empleados en la resolución impugnada, era una interpretación racional de los preceptos aplicables, aunque admite que también podían existir otras igualmente razonables. Afirma el Tribunal Constitucional que «la Sala obtiene la conclusión, que se apoya también en el tenor literal del artículo 86.3 LJCA, de que este recurso “está pensado para los casos de un Tribunal Superior de Justicia que dispone de varias Salas de lo Contencioso-Administrativo o de varias Secciones dentro de la misma Sala”. Y dicha conclusión, que lleva a estimar inadmisión el recurso de casación preparado, se valora como producto de una exégesis racional de los preceptos legales aplicables. Esto es lo que demanda el artículo 24.1 CE, lo que no obsta a que, en el marco de las incertidumbres que ha ocasionado la regulación de la casación autonómica

cha respecto del artículo 86.3, párrafos segundo y tercero, de la LJCA. Esta Sección había desestimado, mediante la Sentencia 402/2016, de 10 de octubre de 2016, un recurso de apelación interpuesto por una entidad mercantil contra la Sentencia 171/2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Guadalajara, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Guadalajara por la que se le denegó licencia de obras para acondicionar para velatorio un local sito en dicha ciudad. Frente a dicha Sentencia se presentó, por parte de la entidad mercantil, un escrito solicitando tener por preparado el recurso de casación a que se refiere el artículo 86.3, párrafos segundo y tercero, de la LJCA, por infracción de la normativa autonómica de sanidad mortuoria. Ante las dudas que la regulación del citado recurso le despertaba en relación con aspectos orgánicos y de procedimiento, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha decidió dejar en suspenso la decisión sobre la petición formulada por la mercantil y, tras dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudiesen realizar las correspondientes alegaciones, acordó, mediante Auto de 3 de mayo de 2018, plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 86.3, párrafos segundo y tercero, de la LJCA.

En este Auto, se plantea la posible inconstitucionalidad de este precepto, por vulneración de los artículos 122.1, 9.3, 14 y 24 de la CE. En cuanto al artículo 122.1 de la CE, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura sostiene que el artículo 86.3 de la LJCA debería regularse en norma con rango de Ley Orgánica y no de Ley ordinaria, a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de la reserva de Ley Orgánica del artículo 122.1 de la CE. Respecto del artículo 9.3 de la CE, considera que podría estar vulnerándose el principio de seguridad jurídica, dada la disparidad de criterios existente entre los Tribunales Superiores de Justicia acerca del objeto del recurso de casación autonómica y los supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia admisibles y las propias incertidumbres de la norma, relacionadas con la composición de la Sección de casación en las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia. Con relación al artículo 14 de la CE, argumenta la desigual configuración del recurso de casación autonómica, dado el trato distinto que recibirá el ciudadano ante supuestos de hecho esencialmente iguales, en función del criterio adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de su territorio y también la imposibilidad de configurar la Sección de casación en Tribunales Superiores de Justicia con pocos magistrados. Por último, por lo que hace referencia a la afectación del artículo 24 de la CE, considera que el precepto cuestionado, en tanto que enuncia el recurso de casación autonómica

tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, otras interpretaciones judiciales dirigidas a darles respuesta puedan a su vez ser perfectamente razonables» (FJ 5.º).

pero no lo desarrolla, afecta de forma directa el ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva, tanto respecto al Juez predeterminado por la Ley como por el procedimiento considerado.

3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA CASACIÓN AUTONÓMICA

El Tribunal Constitucional ha avalado la constitucionalidad del recurso de casación autonómica en la Sentencia 128/2018, de 29 de noviembre —cuyo ponente ha sido el magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón—, descartando todas y cada una de las posibles vulneraciones alegadas de los artículos 122.1, 9.3, 14 y 24 de la CE.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional, tras recordar la jurisprudencia constitucional, que ha evitado una interpretación rígida del significado y el alcance de la reserva de Ley orgánica que deriva del artículo 122.1 de la CE⁷, parte de que «las Secciones a las que se refiere el art. 86.3 LJCA se configuran y actúan básicamente como divisiones funcionales de las Salas de lo Contencioso-Administrativo y no como órganos judiciales con una composición y un ámbito competencial singularizados con respecto a los de dichas Salas»⁸. En la medida en que no constituyen órganos judiciales distintos a los efectos de la doctrina constitucional sobre el alcance de la reserva de la Ley orgánica que deriva del artículo 122.1 de la CE, considera que no necesariamente deben ser reguladas por disposiciones de rango orgánico. En definitiva, «no cabe entender que los párrafos segundo y tercero del art. 86.3 LJCA aquí cuestionados hayan modificado el diseño del orden jurisdiccional contencioso-administrativo establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial invadiendo con ello el ámbito que el art. 122.1 CE reserva a esta última»⁹.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional también descarta la existencia de infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Entiende el Tribunal que «la indeterminación del precepto legal cuestionado no conlleva una quiebra de la seguridad jurídica, pues una interpretación sistemática del mismo permite acotar su contenido y determinar las resoluciones que pueden ser objeto de este recurso y el órgano que ha de resolverlo». En consecuencia, concluye que la redacción de los párrafos segundo y tercero del artículo 86 de la LJCA «no produce una confusión insuperable que vulnere el principio de seguridad jurídica». Cabe resaltar que al hilo del análisis de la conformidad

⁷ *Vid.* el FJ 3.º de la Sentencia.

⁸ FJ 4.º.

⁹ FJ 4.º.

del artículo 86.3 de la LJCA con el artículo 9.3 de la CE, el Tribunal Constitucional realiza una afirmación de gran importancia, al entender que la normativa reguladora de la casación ante el Tribunal Supremo puede aplicarse también al recurso de casación autonómica. Expresamente afirma que el recurso de casación estatal tiene una configuración más objetivada, «a cuyas normas se remite implícitamente el recurso de casación autonómico y que debe considerarse que integran también su regulación»¹⁰. Se admite, por tanto, la aplicación analógica de la normativa reguladora de la casación estatal a la casación autonómica.

En tercer lugar, tampoco se produce, a juicio del Tribunal Constitucional, la infracción del principio de igualdad, por mucho que las incertidumbres de la norma cuestionada provoquen criterios aplicativos dispares en los diferentes Tribunales Superiores de Justicia. Para el Tribunal, «la inconstitucionalidad no estaría “en” la propia regulación, por mucho que el Auto de planteamiento insista en que su origen está en la deficiente regulación, sino que derivaría de su “aplicación” (pues si los órganos judiciales aplicaran la norma con idénticos criterios, el trato no sería desigual), cuya materialización debería ser combatida, en su caso, mediante el correspondiente recurso de amparo»¹¹. A mayor abundamiento, añade que «de acuerdo con la doctrina constitucional, la desigualdad o la discriminación que se prohíbe mediante el art. 14 CE es la que se origina en la función jurisdiccional de un mismo órgano judicial, al interpretar o aplicar de forma diversa una misma norma ante supuestos de hecho similares, no la que se produce por el hecho de que distintos órganos judiciales realicen una interpretación o aplicación distintas de la misma norma jurídica, pues la independencia judicial ampara la capacidad de cada Juez y Tribunal de seleccionar, interpretar y aplicar las normas que consideran relevantes para resolver el asunto de que conocen, siendo la razonabilidad el único parámetro de constitucionalidad que podría proyectarse sobre tales operaciones»¹².

Por último, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) tampoco resultaría infringido por muy escasa que sea la regulación del recurso de casación autonómica. El Tribunal Constitucional, tras recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, al igual que el sistema de recursos contra las resoluciones judiciales, señala que: «Si un determinado recurso contra sentencias está meramente previsto en el ordenamiento jurídico pero carece de desarrollo legal, sin duda su efectividad queda aplazada mientras no se produzca la necesaria regulación legal; pero ello no produce el resultado de afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, tampoco desde la perspectiva de acceso a los recursos legalmente previstos». En cualquier caso, considera

¹⁰ FJ 5.º.

¹¹ FJ 6.º.

¹² FJ 6.º.

que «la premisa de la que parte el órgano judicial no es necesariamente correcta, pues la regulación contenida en los preceptos cuestionados (...) no impide una interpretación lógica y coherente que proporcione un sentido útil a la casación autonómica, ya que la unificación del Derecho autonómico corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia mediante un recurso de casación paralelo al establecido en el Tribunal Supremo para el Derecho estatal o de la Unión Europea, a cuya regulación se remite implícitamente el recurso de casación autonómico»¹³. Tampoco puede cuestionarse esta regulación desde la faceta del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, porque «no cabe duda de que el párrafo tercero del art. 86.3 LJCA tiene rango legal y que contiene los criterios necesarios para determinar la composición de las Secciones de casación, tanto en el supuesto de las Salas que no tengan Sección como en el caso de que tengan más de una Sección, así como su ámbito competencial»¹⁴.

4. LOS VOTOS PARTICULARES A LA SENTENCIA

La Sentencia cuenta con dos votos particulares formulados por los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y Ricardo Enríquez Sancho. Ambos manifiestan su discrepancia con parte de la fundamentación jurídica (en particular la que realiza el Tribunal Constitucional en torno a la conformidad del artículo 86.3 de la CE con el artículo 122.1 de la CE) y con el fallo. El magistrado Juan Antonio Xiol Ríos considera que el citado precepto vulnera la reserva de ley orgánica que establece el artículo 122.1 de la CE. En su opinión, las secciones a que se refiere el artículo 86.3 de la LJCA no son funcionales, sino orgánicas y, por tanto, al ser nuevos órganos judiciales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 122.1 de la CE sólo podía constituir las válidamente la LOPJ. De ahí que considere que los argumentos en los que la opinión mayoritaria fundamenta el carácter funcional y no orgánico de estas secciones no son convincentes. Por ello, tras proporcionar diferentes argumentos que justificarían, según su parecer, el carácter orgánico de estas secciones, considera que «las secciones a la que se refiere el art. 86.3 LJCA son órganos judiciales distintos de las salas de lo contencioso-administrativo y por esta razón (...) de acuerdo con lo previsto en el art. 122.1 CE estas secciones solo podían haberlas constituido la Ley Orgánica del Poder Judicial, al ser esta ley la única que, en abstracto, puede constituir este órgano. Esta es, además, la consecuencia que se deriva de la jurisprudencia constitucional». Es más, sostiene que aunque las secciones previstas en el art. 86.3 LJCA fueran funcionales —que, en su opinión no lo son—, «el modo en el que las regula esta norma —establece su composición y les atribuye la competencia específica de resolver los recursos

¹³ FJ 7.a).

¹⁴ FJ 7.b).

de casación autonómica— contravendría la ordenación que, con carácter general, efectúa la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que determinaría la vulneración del art. 122.1 CE al incidir en el ámbito que este precepto reserva a la referida ley orgánica».

También el magistrado Ricardo Enríquez Sancho considera que la cuestión de inconstitucionalidad debió ser estimada en el punto referido a la conformidad del artículo 86.3, párrafos segundo y tercero, de la LJCA con el artículo 122.1 de la CE. Según su parecer, se vulnera la reserva de ley orgánica exigida por este precepto constitucional, ya que el artículo 86.3 de la LJCA procede a crear en el seno de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia una nueva Sección, a la que se confiere una competencia exclusiva y excluyente (la del recurso de casación por infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma contra sentencias dictadas por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo dentro de la cual dicha Sección se incardina formalmente), con ruptura del sistema establecido por la CE y la LOPJ, porque bajo la denominación de «Sección» se crea un auténtico órgano jurisdiccional distinto de las Salas de lo Contencioso-Administrativo ya establecidas. A mayor abundamiento, añade que «aunque a efectos formales se la configura con subordinación a la Sala, funcionalmente se la sitúa por encima de ésta, pues se erige en órgano revisor de sus resoluciones y no por cierto de aquellas de naturaleza interlocutoria, sino definitiva (Sentencias). Semejante potestad de control jerárquico no solamente no la tiene ninguna otra Sección de ningún Tribunal establecido, sino que tampoco la ostenta ninguna Sala de Justicia en los distintos órdenes jurisdiccionales, salvo las dos únicas excepciones de la Sala especial del art. 61.1 LOPJ y de la Sección de casación para la unificación de doctrina del art. 61.3 LOPJ, ambas dentro del Tribunal Supremo y, no por casualidad sino precisamente por tener esas funciones definidas expresamente en dicha Ley Orgánica». En definitiva, entiende que «la Sección especial tiene otorgada una competencia que la sitúa por encima de las atribuidas a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, todo esto sin reflejo expreso en la LOPJ, lo que lejos de “sobrevalorar” el problema supone constatar el vaciamiento del mandato constitucional del art. 122.1 CE. Un vaciamiento que no solo se produce cuando la previsión de la ley ordinaria se opone frontalmente u obstaculiza en su caso la previsión de la LOPJ —algo inobjetable—, sino también cuando simplemente se omite toda referencia en esta última al órgano judicial creado, como aquí ha sucedido». Por todo ello, considera que la cuestión de inconstitucionalidad planteada debió haber sido estimada en el punto objeto de análisis.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad del artículo 86.3, párrafos segundo y tercero, de la LJCA y, en consecuencia, del escaso marco normativo existente en la actualidad para la casación autonómica. Ahora bien, esta sentencia, que ha originado discrepancias de criterio en el seno del Tribunal, como ponen de manifiesto los votos particulares analizados, no resuelve ni mucho menos los numerosos problemas e incertidumbres anudados al recurso de casación autonómica. Por una parte, es cierto que pone fin a una cuestión problemática que había desatado opiniones doctrinales variadas y criterios dispares en los Tribunales Superiores de Justicia, al declarar que los preceptos de la LJCA reguladores del recurso de casación ante el Tribunal Supremo pueden aplicarse al recurso de casación autonómica y entender que a estas normas «se remite implícitamente» el recurso de casación autonómica y que deben considerarse que integran también su regulación¹⁵. Por otra, sin embargo, deja la puerta abierta a que los diferentes Tribunales Superiores de Justicia puedan realizar, como efectivamente está sucediendo, interpretaciones sistemáticas diferentes del artículo 86.3 de la LJCA, con los riesgos que ello entraña¹⁶. En efecto, conducen a una aplicación muy diferente del recurso de casación autonómica en las diferentes comunidades autónomas, siendo muy diferente también el alcance que pueda tener este recurso en unas u otras y, por ende, las garantías de los ciudadanos por lo que a su tutela judicial efectiva se refiere.

Y, entre tanto, «el ciudadano observa atónito que un recurso que podría prosperar, por ejemplo, en Castilla y León o en Asturias, sin mayor problema, en cambio, es inviable en La Rioja o en Extremadura. Esta situación, ni es conveniente ni es deseable, por mucho que la parca regulación existente de la casación autonómica se haya declarado constitucional»¹⁷. El propio tribunal prevé que «si las incertidumbres que pueda suscitar la disposición cuestionada fueran zanjadas con conclusiones voluntaristas, irracionales o extravagantes o en contravención del tenor literal de los preceptos aplicables, quien se considerase afectado por tales interpretaciones las podría combatir mediante el correspondiente recurso de amparo». No es ésta, sin embargo, la solución óptima, dado que lo único que originará es numerosos recursos. Por ello, lo óptimo y deseable para L. Casado Casado (2019b: 334), «dada la disparidad de criterios existente y la falta de armonización en esta materia, es urgente la intervención

¹⁵ *Vid.* el FJ 5.º de la Sentencia 128/2018, de 29 de noviembre.

¹⁶ Como pone de manifiesto J. R. Chaves (2018), ello supone un «cheque en blanco a rellenar libremente por cada Sala, en unos casos bajo criterios restrictivos de las resoluciones y en otros generosos, en unos casos con órganos simples y en otros complejos, y sin faltar los que sencillamente se niegan a admitir tal recurso».

¹⁷ L. Casado Casado (2019b: 334).

del legislador y la introducción de una regulación completa y adecuada del recurso de casación autonómica»¹⁸. Esperemos que esta tarea se acometa pronto, en aras de reforzar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Alegre Ávila, J. M. (2019): «El recurso de casación autonómica: déficit legislativo, vigencia constitucional e incertidumbre aplicativa [A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2018, con una referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 10 de diciembre de 2018]», *Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, pp. 1-65 (<www.aepda.es>).
- Aparicio Santamaría, E. (2018): «La casación autonómica», en *Almacén de Derecho*, 30 de agosto de 2018 (<www.almacenederecho.org>).
- Cancio Fernández, R. C. (2015): *El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 138 pp.
- Cancio Fernández, R. C. y Cazorla Prieto, L. M. (dirs.) (2018): *El Interés Casacional Objetivo en su Interpretación Auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 360 pp.
- Casado Casado, L. (2019a): «Restricciones en los recursos de los procesos contencioso-administrativos», ponencia presentada a la primera sesión «Restricciones», *XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, «20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo», Murcia, 8 y 9 de febrero de 2019.
- (2019b): *Los recursos en el proceso contencioso-administrativo: restricciones y limitaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 354 pp.
- Cazorla Prieto, L. M. y Cancio Fernández, R. C. (coords.) (2017): *Estudios sobre el Nuevo Recurso de Casación Contencioso-Administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 464 pp.
- Chaves García, J. R. (2018): «El Tribunal Constitucional salva el recurso de casación autonómico», entrada en su Blog «delajusticia.com. El Rincón jurídico de José R. Chaves», del día 12 de diciembre de 2018 (<www.delajusticia.com>).
- Hinojosa Martínez, E. (2016): *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Barcelona, Bosch, 335 pp.
- Navarro Vega, M.^a B. (coord.) (2017): *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El recurso de casación y la ejecución de las senten-*

¹⁸ En idéntico sentido, J. M. Alegre Ávila (2019: 64-65), en cuya opinión la configuración del recurso de casación autonómica «no debe recaer, so pena de incrementar el grado de incertidumbre, en la labor jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia. En otras palabras, si ha estado atento, el legislador debe sentirse compelido a tomar cartas en el asunto».

cias de derribo. XV Curso sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Valencia, Tirant lo Blanch, 238 pp.

Núñez Jiménez, J. M. y Pérez García, M. L. (2017): *Estudio sobre el recurso de casación contencioso-administrativo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 316 pp.

Quintana Carretero, J. P. (2018): «El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo», en Raúl César Cancio Fernández, Luis M. Cazorla Prieto (dirs.), *El Interés Casacional Objetivo en su Interpretación Auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 293-323.

Quintana Carretero, P. (coord.), Castillo Badal, R. y Escribano Testaut, P. (2016), *Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*, Madrid, Dykinson, 481 pp.

Ruiz López, M. Á. (2016): *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 260 pp.

¿ES POSIBLE O CONVENIENTE ATRIBUIR FUNCIONES CONSTITUCIONALES AL TRIBUNAL SUPREMO?*

Juan Antonio Hernández Corchete

SUMARIO: 1. El debate sobre la cláusula de prevalencia: 149.3 vs 163 CE en los autores y el TC. 2. Dos soluciones. 3. Ventajas. 4. Inconvenientes fundamentales. 5. Inconvenientes prácticos: divergencia jurisdiccional, incertidumbre y desigualdad. 6. Remedios: ¿la función constitucional del Tribunal Supremo?. 7. El carácter provisional de la aplicación administrativa de la prevalencia. 8. Bibliografía.

RESUMEN: Se examinan los nuevos entendimientos de la cláusula de prevalencia del derecho estatal, con atención especial a la relación entre validez y eficacia, a las consecuencias de inseguridad jurídica y desigualdad normativa, a los mecanismos a introducir en la jurisdicción contenciosa para superarlas y, en fin, a si incorporarlos implica atribuir funciones constitucionales al Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE: prevalencia, inseguridad y desigualdad, funciones constitucionales del Tribunal Supremo, reforma constitucional, reparto de competencias.

ABSTRACT: It deals with the current understandings of the constitutional clause of primacy of State Law over regional Law, focusing on the relationship between validity and applicability, the consequences of legal uncertainty and inequality

* Proyecto de Investigación DER2016-79819-R, del Programa estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad, «Protección de datos, seguridad e innovación: retos en un mundo global tras el RGPD», investigador principal J. L. Piñar Mañas.

in the law from one region to another, the mechanisms to be introduced in the jurisdiction to overcome them and, finally, whether to incorporate them involves constitutional functions attributed to the Supreme Court.

KEYWORDS: primacy, uncertainty and inequality in the applicable laws, constitutional functions attributed to the Supreme Court, constitutional reform, distribution of powers.

1. EL DEBATE SOBRE LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA: 149.3 VS 163 CE EN LOS AUTORES Y EL TC

Jueces y Tribunales aplican directamente la Constitución como norma jurídica (no mero programa) que es¹. Pero su vinculación a la ley (no solo a la Constitución) y la protección de la ley formal (privilegio del legislador ex art. 163 CE) determinan que corresponda al TC en exclusiva el rechazo de una ley por inconstitucional². Esta idea, en la doctrina constitucional, se traduce en sede de constitucionalidad mediata (o situaciones asimiladas) en que los jueces tienen vedado aplicar la ley estatal si ello implica dejar de aplicar la ley autonómica. Este conflicto normativo no se resuelve conforme a reglas anterior-posterior, general-especial, superior-inferior, sino conforme a una regla de competencia dispuesta en el bloque de constitucionalidad, que ampara un juicio de validez de la ley. Este planteamiento supone que la prevalencia del Derecho estatal no tiene juego en la aplicación *judicial* del Derecho, lo que no quiere decir, debe enfatizarse, que carezca de toda aplicación en nuestro sistema constitucional, pues halla su lugar en la aplicación *administrativa* del Derecho³.

Esta doctrina constitucional, aunque muy reiterada, dista mucho de haber sido pacífica. Encontró oposición dentro del propio TC en minorías igual de constantes⁴. Además, algunos órganos judiciales, significadamente el Tribunal Supremo, la han desoído y han decidido pleitos aplicando la cláusula de prevalencia del Derecho estatal⁵. En fin, las SSTC 102 y 204 de 2016, por mayoría exigua, han exceptuado esta doctrina constitucional para unos supuestos

¹ E. García de Enterría (1981: 120).

² E. García de Enterría (1981: 117).

³ J. A. Hernández Corchete (2018: 53).

⁴ La línea discordante comienza con el voto particular a la STC 1/2003 y se ha reiterado en las SSTC 178/2004, 247/2007, 66/2011, 187/2012, 177/2013 y 195/2015.

⁵ Las SSTS 9.12.2008 y 27.2.2014 (segunda información pública como exigencia del principio de participación pública ex 6.1 LRSV 1998). Las SSTS 14.10.2009 y 13.7.2012 (la publicidad de las figuras de planeamiento debe comprender, aparte del acto de su aprobación, su contenido).

muy acotados, delimitados por el doble dato de que la inconstitucionalidad sea sobrevenida y cierta (ya declarada en supuesto análogo por el TC). El TC sostiene que en estas circunstancias los jueces sí podrán resolver el conflicto normativo entre ordenamientos jurídicos dando prevalencia al estatal⁶, pero no lo podrán hacer como regla general (STC 1/2017).

Parte de la academia siempre ha visto un problema en que una cláusula constitucional esté, a su juicio, privada de eficacia. Muchos autores aportaron entendimientos de la prevalencia que le conferirían cierta efectividad en la aplicación judicial del Derecho⁷. Recientemente, con la maduración del Estado Autonómico, han arreciado las voces doctrinales que abogan por que esta cláusula opere en la aplicación judicial del Derecho. Alertan de la parálisis del ordenamiento mientras llega la resolución del TC⁸. Ven paralelismos con la inaplicación de leyes nacionales por contradecir el DUE⁹. Exploran nuevas perspectivas sobre los fundamentos de esta cláusula¹⁰. En fin, autores de prestigio han incluido la prevalencia del Derecho estatal entre las cuestiones a considerar en una eventual reforma constitucional¹¹.

2. DOS SOLUCIONES

Este dilema tiene desde una perspectiva abstracta dos soluciones. O seguimos afirmando, como aun es regla, que la prevalencia del Derecho estatal debe leerse a la luz del monopolio de rechazo atribuido por el art. 163 CE al TC. O abandonamos este posicionamiento clásico y sostenemos que puede el juez resolver por sí mismo los conflictos entre ordenamiento estatal y autonómico, obviamente en favor del Estado. No cabría nunca, tampoco con esta nueva perspectiva, que el juez, con asiento en que la norma estatal se excede del marco constitucional, la inaplique.

La segunda solución presenta modalidades que reflejan diferentes grados de amplitud en el nuevo campo de acción abierto al juez. La visión de Alegre

⁶ J. A. Hernández Corchete (2018: 53).

⁷ J. Tornos Mas (1991: 29), J. Tejedor Bielsa (2000), M. J. Alonso Mas (2003: 305), T. Quadra-Salcedo Janini (2008: 201).

⁸ S. Muñoz Machado (2012: 147) afirma «la inaplicación inmediata de leyes *contrarias a la Constitución* es la única manera de asegurar una resolución en términos de justicia a las partes que se enfrentan en un litigio, sin imponerles largas esperas», evolucionando respecto de una posición anterior (2005: 1932).

⁹ M. A. Ruiz López (2013: 137), J. García Torres. (2015: 250) A este grupo también se ha sumado, si bien que de un modo más matizado, G. Fernández Farreres (2017: 47).

¹⁰ J. García Torres (2015: 235), M. Rebollo Puig (2016: 1581), T. Quadra-Salcedo (2017: 307), J. M. Alegre Ávila (2018), defiende la prevalencia como norma de conflicto; C. Padrós Reig y J. C. González Barral (2017), se adscriben a esta teoría pero de un modo más matizado.

¹¹ F. de Carreras (2016: 470), R. Gómez-Ferrer (2016: 91).

Ávila, directa al núcleo del asunto, supone que la pugna ley estatal-ley autonómica se resuelve atribuyendo eficacia a la ley estatal, incluso cuando pueda pensarse o haya certeza de que es inválida por no conformarse al reparto constitucional de competencias. Ello conlleva un amplio espacio para la aplicación judicial de la prevalencia, pues el art. 163 CE quedaría ceñido a las dudas de constitucionalidad directa, dejando los casos de constitucionalidad mediata en las exclusivas manos de los jueces. Al otro extremo estaría la construcción limitada del TC, que reserva al juez las inconstitucionalidades que son sobrevenidas y ciertas (ya declaradas en casos análogos). A medio camino se sitúan las tesis, todas de magnífica factura, de García Torres, Rebollo Puig y De la Quadra (nota 10).

Cualquiera de estas modalidades ofrece espacio, mayor o menor según el caso, para que el órgano judicial acuerde por su autoridad postergar la ley autonómica en virtud de la prevalencia del Derecho estatal ex art. 149.3 CE.

3. VENTAJAS

Abrir espacios a la aplicación judicial de la prevalencia tiene ventajas en términos de rapidez: elevar una CI entraña demoras relevantes. O mejor dicho entrañaba. Cada vez son más cortos los tiempos de respuesta del TC en estos procesos. En 2018 los 4 autos de inadmisión por inconstitucionalidad mediata han recaído en menos de 6 meses y las sentencias en una media de un año (las cuestiones actualmente pendientes son 5 de 2018 y 4 de 2019, solo una de ellas por inconstitucionalidad mediata, y una de 2016, la CI 1595-2016, que versa sobre el 10.1 CE). Aun son tiempos probablemente demasiado largos, sobre todo para asuntos claros y atendida la rapidez del TJUE.

La mayor ventaja sería superar lo que parece un doble sistema en el control del producto legislativo. La primacía del DUE sobre el derecho de los Estados Miembros se resuelve en la inaplicación del derecho nacional por cualquier juez, mientras que la contradicción mediata de la Constitución por el legislador autonómico se reconduce a un control concentrado.

Considero que este doble criterio está justificado porque ambas situaciones son distintas. No me detendré, pero, nótese, (a) la primacía del DUE juega dentro del ámbito competencial UE, mientras que la prevalencia del Derecho estatal pretende atribuir eficacia a la norma estatal incluso fuera de la competencia del Estado; y (b) el TJUE tiene atribuciones constitucionales que en España no están atribuidas al Poder Judicial.

Debo reconocer, sin embargo, que la apariencia de similitud ha hecho fortuna. Hasta el TC [STC 118/2016, FJ 3d)] señala, como excepción a su exclusividad sobre el cuestionamiento de leyes, que «los órganos judiciales ordinarios están habilitados para controlar disposiciones con fuerza y rango de ley

ocurre, por ejemplo, con el control de la eventual contradicción del Derecho de la Unión». Por tanto, aun siendo patente para mí la distancia entre ambas realidades, puede considerarse, por el estado general de opinión, que superar esta diferencia sería una ventaja.

4. INCONVENIENTES FUNDAMENTALES

El principal inconveniente es la afectación al privilegio jurisdiccional del legislador que el art. 163 CE consagra al imponer el deber judicial de cuestionamiento. Ceñir este privilegio a los casos de inconstitucionalidad directa implica dejar fuera la mayoría de supuestos en que el legislador autonómico necesita esta protección. Y no cabe restarle importancia sobre la base de afirmar que la posición del legislador autonómico queda intacta en la medida que la prevalencia, como norma de conflicto, no incide en la validez, sino solamente en la eficacia. El privilegio jurisdiccional carecería de gran parte de su efectividad si, en los conflictos entre ordenamientos, no alcanzase a la eficacia de la ley, pues no pasa de ser un prurito inútil evitar la declaración de nulidad cuando la ley, por resultar ineficaz debido al principio de prevalencia, no se aplica. El legislador autonómico aprueba normas para conformar la realidad mediante su aplicación, no para exhibirlas como válidas pero ineficaces.

Este inconveniente presenta una dimensión objetiva. La prevalencia del Derecho estatal, como norma de conflicto de aplicación judicial, supone que los litigios se resolverán conforme a la ley estatal aunque ésta, por no respetar el marco constitucional de competencias, sea nula. Una dinámica de este tipo alteraría notablemente el ordenamiento jurídico aplicado, como se desprende, como botón de muestra, de las SSTC 122/2012, 120/2018 y 4/2019.

Estos inconvenientes podrían relativizarse si la aplicación judicial de la prevalencia revistiera carácter de provisionalidad, derivado de que fuera seguida de un mecanismo que, *en última instancia, hiciera prevalecer la norma válida*. Esta provisionalidad exige, por tanto, que exista un cauce final en que se resuelva el conflicto conforme a un criterio de validez. El actual diseño legal y constitucional no lo ofrece. Frente al juez que decide el pleito aplicando prevalentemente la ley estatal cabe, en su caso, recurso ante otro tribunal, que deberá resolver también dando eficacia a la norma estatal. El eventual recurso de amparo deberá rechazarse, pues los jueces se habrán limitado a resolver conforme a Derecho. No hay, por tanto, cauce alguno en que se verifique la validez de la norma estatal a cuyo amparo se decide el pleito. La aplicación judicial de la prevalencia del Derecho estatal determina de un modo final y definitivo que los litigios serán decididos atendiendo a la norma eficaz, aunque no sea válida.

5. INCONVENIENTES PRÁCTICOS: DIVERGENCIA JURISDICCIONAL, INCERTIDUMBRE Y DESIGUALDAD

Junto a dudas fundamentales, la aplicación judicial de la prevalencia presenta, al menos en tesis (las más) en que la prevalencia no se reduce a atribuir en cualquier pugna eficacia al ordenamiento estatal, inconvenientes prácticos. Aboca, por contraste con el control concentrado de constitucionalidad, a la diversidad, y presumiblemente divergencia, jurisdiccional.

Admitir la aplicación judicial de la cláusula de prevalencia del derecho estatal implica reconocer a cada órgano judicial la capacidad de establecer (a) cuál es el alcance de la competencia estatal, (b) cuál es el sentido de la ley estatal que determina que halla cobertura en esa competencia (pues si la ley estatal tuviera otro sentido quizá se excediera de los límites de esa competencia) y (c) cuál es el sentido de la ley autonómica y si entendida así es acorde con la ley estatal.

Al realizar esta compleja operación es lógica la discordancia entre órganos judiciales de una misma Comunidad Autónoma. Unos entenderán inconstitucional la ley autonómica y la inaplicarán, mientras otros, aprovechando que ley autonómica solo ha sido inaplicada y por tanto sigue vigente, considerarán lo contrario y resolverán el litigio conforme a ella. Los ciudadanos, a pesar de que un juez haya considerado una ley autonómica contraria a la Constitución, no sabrán a qué atenerse al determinar sus comportamientos jurídicos, pues otro puede discrepar. La incertidumbre está servida.

No es solo esto. Esta divergencia jurisdiccional puede, en cierto modo, arraigarse por territorios. Es relativamente común que las leyes de las Comunidades Autónomas, aun distintas entre sí, respondan a líneas de principio parecidas. Sería posible, por tanto, que la ley de una Comunidad Autónoma fuese considerada, por los órganos judiciales ubicados en ese territorio, como contraria a la Constitución, cuando los jueces de otro territorio reputasen la ley de esa otra Comunidad Autónoma, a pesar de ser semejante a aquella otra, no contraria mediatamente a la Constitución. Ello ocurriría porque unos y otros jueces partirían de entendimientos distintos del alcance de la competencia estatal y, correlativamente, del sentido de la ley estatal dictada con ese apoyo competencial. Esta hipótesis, que no es ciencia ficción incidiría sobre el equilibrio unidad-diversidad.

El Estado autonómico es unidad y diversidad. La unidad queda garantizada por las competencias normativas del Estado. La diversidad procede, aparte de las legislaciones autonómicas, de la ejecución autonómica del ordenamiento jurídico. Vale decir, que la ejecución autonómica del ordenamiento jurídico no quiebre la igualdad depende de que, al menos en las materias y alcances constitucionalmente previstos, la legislación sea idéntica en toda España. Esta configuración corre el riesgo de quebrarse si se admite que, por aplicación

judicial de la prevalencia, la legislación estatal pueda aplicarse o no según el territorio.

6. REMEDIOS: ¿LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO?

Entender que la *prevalencia* atribuye eficacia a la ley estatal en detrimento de la autonómica, incluso cuando aquella sea inválida, es tesis muy sugerente, mas tiene incidencia enorme (posiblemente inasumible) en la posición del legislador autonómico y objeciones de carácter sistémico. Otras tesis que admiten una cierta aplicación judicial de la prevalencia abocan a la problemática divergencia jurisdiccional.

Esos problemas desaparecerían de mantenerse el control de constitucionalidad del legislador autonómico como concentrado. Ahora bien, examinemos como hipótesis la otra opción, situando el foco en qué remedios posibilitarían, en caso de admitir que los jueces ordinarios decidieran sobre la inconstitucionalidad mediata de leyes autonómicas, reconducir la divergencia jurisdiccional a unidad. En el DUE, que parece ofrecerse como modelo, existen estos mecanismos a través de la función constitucional del Tribunal de Luxemburgo.

El menos incisivo sería contemplar estos supuestos dentro de la delimitación de casos susceptibles de *recurso de casación ante el Tribunal Supremo* (pues el razonamiento judicial debe partir del entendimiento de la Constitución y de la ley estatal que entra en el conflicto). Este mecanismo podría encauzarse a través del carácter abierto del interés casacional objetivo: determinar de modo cierto cuáles son las piezas del ordenamiento jurídico vigente tiene un interés que trasciende a las partes del litigio.

Su debilidad radica en que el Tribunal Supremo, a lo sumo, confirmará que procede inaplicar la ley autonómica, que seguirá válida. Los jueces, dado que el principio de independencia judicial les habilita para no seguir, si ese es su criterio, la jurisprudencia de los tribunales superiores, podrán continuar aplicándola. Cabría valorar, para superar esta debilidad, la introducción de una vinculación de los tribunales inferiores análoga a la del antiguo 100.7 LJCA respecto de los recursos de casación en interés de ley. Sería una limitación, probablemente no desproporcionada, de la independencia judicial.

Mecanismo más intenso, por automático, sería imponer al juez que aprecia-se la inconstitucionalidad mediata de una ley autonómica *alguna modalidad de cuestionamiento obligatorio ante el Tribunal Supremo*. El TC ha conocido dos configuraciones de la cuestión interna de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC). La redacción originaria establecía que el órgano competente (una Sala habitualmente) podía otorgar amparo incluso frente a lesiones derivadas directamente de ley formal, pero acto seguido debía elevar cuestión ante el Pleno.

Este diseño se asemeja mucho a la cuestión de ilegalidad ex art. 27 LJCA. Este mecanismo presentaría la misma debilidad que el anterior, pues, a diferencia de los dos modelos mencionados (en los que se anula la ley o el reglamento objeto de la cuestión), el Tribunal Supremo no puede resolver anulando la ley autonómica. El remedio, como en el primer mecanismo, sería introducir una regla de vinculación de los tribunales inferiores, pero aquí es menos claro el juicio de proporcionalidad con la independencia judicial.

La reforma del art. 55.2 LOTC (LO 6/2007) cambió la sustancia de la CII. La Sala ya no podrá por su autoridad otorgar el amparo en los casos en que la lesión esté en la ley. En el supuesto de que el recurso de amparo «debiera ser estimado», antes por tanto de estimarlo, tendrá que elevar la cuestión al Pleno. Con este sistema la Sala pierde la posibilidad de entender que una ley formal vulnera un derecho fundamental si antes no lo confirma el Pleno del Tribunal. Trasladar este modelo, caracterizado por que la unificación de criterio es previa, a los casos en que un juez entendiese que una ley autonómica debe ser inaplicada en favor de una estatal, sería un modo idóneo de evitar la divergencia jurisdiccional, pero afecta muy intensamente la independencia del juez, por privarle de resolver un número importante de pleitos de su competencia, por lo que suscita serias dudas su carácter proporcionado. Otra desventaja sería la extraordinaria carga de trabajo que supondría para el Tribunal Supremo.

Ahora bien, incluso adoptándose estos mecanismos, con ello no se acabaría con la problemática generada al entender el art. 149.3 CE de esta manera, sino que nos colocaría de frente al verdadero problema. De este modo se estaría atribuyendo funciones constitucionales al Tribunal Supremo, pues será él quien determine el alcance de la competencia estatal y elegirá el sentido de la ley estatal, operaciones ambas decisivas para resolver, sucesivamente, si la ley estatal se halla dentro o no del ámbito de la competencia que la justifica y si la ley autonómica es compatible con la ley estatal así entendida¹². Y todo ello con la consecuencia de sobreponerse al legislador autonómico, que ha considerado lo contrario. Los Jueces y Tribunales, y entre ellos el Tribunal Supremo, están sometidos al legislador y no les cabe sobreponerse a él. El TJUE sí puede hacerlo, pues le corresponde, a la vez que interpretar y aplicar la ley, controlar al legislador. Es parcialmente un tribunal con funciones constitucionales. ¿Es posible y/o conveniente atribuir funciones constitucionales al Tribunal Supremo de España? Esta es la verdadera cuestión, a responder conforme a nuestro sistema constitucional y a plantear llegado el caso de retocarlo o de cambiarlo intensamente.

¹² La serie SSTC 122/2012, 120/2018 y 4/2019 atestigua la divergencias entre TS y TC

7. EL CARÁCTER PROVISIONAL DE LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA PREVALENCIA

Como desarrollé en otro lugar¹³, la prevalencia del Derecho estatal difícilmente se condice con la aplicación judicial del Derecho porque el art. 163 CE, atendida la especial posición del legislador en nuestro sistema constitucional, prevé la cuestión de inconstitucionalidad para resolver la doble vinculación. El art. 163 CE, nótese, no se extiende a la actuación de la Administración, que no puede elevar cuestión, por lo que cabe sostener que el art. 149.3 CE conlleva, como norma de conflicto *stricto sensu*, que los órganos administrativos deban dirimir la doble vinculación a la ley autonómica y a la ley estatal a favor de ésta. En definitiva, el verdadero espacio de la prevalencia del Derecho estatal sería la aplicación *administrativa* del Derecho.

Esta lectura concita todas las ventajas de la provisionalidad. Resuelve la situación de inmediatez conforme a una regla de eficacia, pero no obstaculiza una decisión final que atienda a la validez. Contra una decisión administrativa que haga *prevalecer* la ley estatal cabe recurso contencioso¹⁴ por cualquier sujeto legitimado que entienda que la ley autonómica, dado el reparto competencial, rige el supuesto. El juez, por contraste con la Administración, tiene vedado decidir conforme a la *prevalencia* y, de apreciar que ambas leyes comprenden el caso en su ámbito de aplicación, deberá elevar cuestión de inconstitucionalidad respecto de una de ellas, la que repute sin cobertura competencial. El TC dilucidará la cuestión que se le plantea según el reparto constitucional de competencias. No podrá zanjarla afirmando que la Administración actuó correctamente al otorgar prevalencia al Derecho estatal debido a la cláusula del art. 149.3 CE, pues esa cláusula solo funciona para la actuación administrativa y es un modo provisional de dirimir la doble vinculación a la ley autonómica y a la ley estatal mientras no se plantee la cuestión ante otros órganos del Estado, que la resolverán según sus reglas propias¹⁵.

Esta aplicación administrativa de la prevalencia puede generar un *statu quo* que, manteniéndose durante el proceso, coincida con el resultado final de éste alcanzado conforme a criterios de validez¹⁶

¹³ J. A. Hernández Corchete (2018: 76).

¹⁴ M. Ahumada (2016: 251) recuerda que la aplicación administrativa de la cláusula de prevalencia nunca podría justificar la exclusión del recurso jurisdiccional.

¹⁵ G. Domenech (2001: 95) sostiene, respecto del conflicto directo ley-Constitución, que la Administración puede inaplicar la ley inconstitucional. Afirma, en cuanto a los argumentos análogo («tampoco los Juzgados y Tribunales ordinarios tienen atribuida esta facultad») y *a fortiori* («si inaplicar una ley les está prohibido a los Tribunales ordinarios, con mayor razón a la Administración»), que «tales objeciones no convencen». Sobre la inaplicación administrativa de la ley incompatible con el DUE, aunque a mi juicio es algo sustancialmente distinto, E. Cobreros (2016: 221).

¹⁶ J. A. Hernández Corchete (2018: 76).

8. BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada Ruiz, M. (2016), «Doctrina del TC durante el segundo cuatrimestre de 2016», *REDC*, n.º 108, pp. 229-271
- Alegre Ávila, J. M. (2018), «Constitución y Tribunal Constitucional», en <www.aepda.es>.
- Alonso Mas, M.^a J. (2003), «La prevalencia del derecho del estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano», *RAP*, núm. 161, pp. 305-347.
- Cobrerros Mendazona, E. (2016), «La aplicación del principio de primacía del DUE por la Administración», *Memorial para la Reforma del Estado*, CEPC, pp. 221-252.
- De Carreras Serra, F. (2016), «Una posible reforma constitucional del sistema de distribución de competencias», *La Constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Madrid, CEPC, pp. 470-472.
- Doménech Pascual, G. (2001), «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *RAP*, núm. 155, pp. 59-106.
- Fernández Farreres, G. (2017), «¿Puede el juez inaplicar la ley autonómica por razón de la prevalencia del derecho estatal?: estado actual de la cuestión», *REDA*, núm. 186, pp. 47-82.
- García de Enterría, E. (1981), «La Constitución como norma jurídica», *La Constitución Española de 1978*, pp. 95-158
- García Torres., J. (2015), «Ceci a tué cela: la doctrina de la inconstitucionalidad mediata y la prevalencia de las normas estatales», *El juez del derecho administrativo*, Marcial Pons, pp. 235-261.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (2016), *Deconstrucción del sistema jurídico y reforma de la constitución*, RAJyLE,
- Hernández Corchete, J. A. (2018), «La prevalencia del derecho estatal en materia urbanística», *Cuestiones actuales de derecho urbanístico*, Thomson-Reuters Aranzadi, pp 53-78.
- Muñoz Machado, S. (2005), «Prevalencia (Principio de)», *Diccionario de derecho administrativo*, pp. 1932-1934.
- (2012), *Informe sobre España, Repensar el Estado o destruirlo*, Barcelona, Crítica, p. 256.
- Padrós Reig, C. y González Barral, J. (2017), «El reciente resurgir de la cláusula constitucional de prevalencia del derecho estatal», *RGDC*, núm. 25.
- Quadra-Salcedo Janini, T. (2008). *Mercado nacional único y Constitución*. CEPC, pp. 230.
- (2017), «La reanimación de la prevalencia ¿una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional», *REDC*, núm. 111, pp. 307-340.

- Rebollo Puig (2016), «En busca de la prevalencia perdida», en *Memorial para la reforma del Estado*, CEPC, pp. 1581-1615.
- Ruiz López (2013), «La cláusula de prevalencia del derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones», *RAP*, núm. 192, pp. 137-178.
- Tejedor Bielsa, J. (2000), *La garantía constitucional de la unidad del ordenamiento en el estado autonómico. Competencia, prevalencia y supletoriedad*, Civitas, pp. 223.
- Tornos Mas, J. (1991). «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia», *REDC*, num. 33, 29-45.

LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL EN CONTRATACIÓN PÚBLICA POR ACTOS DE CORRUPCIÓN DE LOS ÁRBITROS EN EL PERÚ

*Karla Vilela Carbajal
Guillermo Chang Chuyes*

SUMARIO: 1. Marco jurídico del arbitraje en contratación pública en el Perú. 2. La corrupción de los árbitros como supuesto generador de la nulidad del laudo. 3. El recurso de nulidad contra el laudo arbitral. 4. La demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta contra el laudo arbitral. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

RESUMEN: En el Perú, se implantó el arbitraje en materia de contratación pública. El fin era huir de los problemas del poder judicial, entre ellos, la corrupción. Pero, se ha descubierto que, algunos contratistas se han coludido con determinados árbitros para emitir laudos que los beneficien y perjudiquen al Estado peruano. Esta comunicación analiza cuáles son las vías que tiene el Estado para declarar la nulidad de esos laudos.

PALABRAS CLAVES: Perú, arbitraje, nulidad, contratación pública, corrupción.

ABSTRACT: In Peru, arbitration was introduced in public procurement. The aim was to escape from the problems of the jurisdiction, including corruption. Recently, it was discovered that some companies have colluded with certain arbitrators to issue awards that benefit them and harm the Peruvian Government. This communication analyzes the ways the Government has to declare the nullity of those awards.

KEYWORDS: Perú, arbitration, nullity, public procurement, corruption.

1. MARCO JURÍDICO DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

Como bien señalan Castillo y Sabroso (2009: 11), las inversiones extranjeras en América Latina estimularon el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en detrimento de la vía contencioso-administrativa, para el caso de la contratación pública. En el caso peruano, en un primer momento solamente se estableció la posibilidad del arbitraje de inversión con extranjeros en virtud a los convenios internacionales de los cuales el Perú es parte. Así lo estableció el artículo 136 *in fine* de la derogada Constitución de 1979.

La Constitución posterior, de 1993, vigente a la fecha, amplió las posibilidades de arbitraje en materias de contratación pública. El artículo 63 de la Carta magna, en primer lugar, en una redacción similar a la establecida en su predecesora, suprimió la referencia a los contratos con extranjeros. Se mantiene el sometimiento a los tratados internacionales. Por otro lado, le otorga la discrecionalidad al legislador para someter estas controversias a arbitraje nacional o internacional en la forma que lo disponga la ley.

Unos años después, la Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente desde el 29 de setiembre de 1998, estableció que todos los contratos públicos tengan una cláusula de arbitraje obligatoria respecto de las controversias que puedan surgir sobre la ejecución o interpretación del contrato. Esto se ha mantenido en las posteriores leyes y reglamentos. El artículo 45 de la actual Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, publicada el 11 de julio de 2014 (modificado por el Decreto Legislativo n.º 1341 y el Decreto Legislativo n.º 1444) establece que las controversias que surja sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resuelven por conciliación o arbitraje. En consecuencia, teniendo en cuenta el marco jurídico expuesto, el crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública fue exponencial.

Las razones por las cuales el Estado peruano ha optado por el arbitraje en contratación pública son las mismas por las cuales se usa el arbitraje en general: rapidez y especialización. Además, como menciona Cantuarias (2002: 180 y ss.) se ofrecen algunas razones de tipo económico: aumentar los ofertantes y disminuir los precios. Se observa, como denuncian Arrarte y Paniagua (2007: 182) que, en vez de mejorar las condiciones del Poder Judicial, se optó por una solución urgente e inmediata.

Desde el punto de vista jurídico Baca (2013: 534 y ss.), ha hecho un análisis completo de las razones jurídicas que fundamentan la posibilidad del arbitraje en el derecho peruano en contra de la doctrina mayoritaria. La doctrina mayoritaria señala que solamente pueden someterse a arbitraje aquellas controversias patrimoniales vinculadas a la ejecución del contrato que no se refiera a la validez o invalidez de los actos administrativos. En contra de ello, Baca

menciona tres razones por las cuales se puede justificar el arbitraje en el derecho administrativo: 1) que el arbitraje es jurisdiccional, donde se aplican las mismas garantías de un proceso judicial; 2) que los árbitros sean independientes y el arbitraje sea de derecho; y 3) que sea expresamente reconocido por el derecho público. Estas tres razones se observan en el derecho peruano, especialmente en la Constitución política vigente. En el caso peruano, se cumplen lo señalado por ese autor.

2. LA CORRUPCIÓN DE LOS ÁRBITROS COMO SUPUESTO GENERADOR DE LA NULIDAD DEL LAUDO

La corrupción en el arbitraje se manifiesta básicamente de dos maneras. Por un lado, en una elección correcta del tribunal arbitral y tras su nombramiento, eliminar su imparcialidad a cambio de recibir algún tipo de beneficio, ya sea dinerario o de cualquier otro tipo de bienes. Por otro lado, en una elección del tribunal que previamente ya han recibido dádivas e instrucciones y por ello, no son imparciales. Incluso, en ambos casos, se ha dado el supuesto en el cual uno de los miembros del tribunal arbitral es el que induce a los otros miembros a recibir las dádivas.

En las situaciones descritas, no queda duda de la nulidad del laudo arbitral. Pero, tanto los requisitos para declararla como la vía idónea dependen de la naturaleza jurídica del laudo. Cabe señalar, que en el presente supuesto no se busca la indemnización del Estado por el daño o las sanciones penales o administrativas a los árbitros, los cuales se tramitan en la sede competente.

En el Perú, el Tribunal Constitucional¹ ha establecido la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. Ello implica que los requisitos de validez del laudo son los mismos que las de cualquier sentencia. Por ello, las causales de nulidad del laudo, no pueden ser las de cualquier acto jurídico, sino que se debe someter a la nulidad procesal². En ese sentido, las vías para impugnar la validez del laudo arbitral son dos. En primer lugar, el recurso de anulación de laudo arbitral previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el arbitraje, vigen-

¹ STC n.º 6167-2005-PHC/TC y STC n.º 142-2011-PA/TC. Hay tres teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: contractualista, jurisdiccionalista o mixta. En la doctrina nacional, la mayor parte se adscribe a la mixta. Entre ellos: Castillo Freyre y Vásquez Kunze (2006: 48); Baca (2013: 535); y Ledesma (2014: 37). Los autores de este trabajo nos adscribimos a la teoría jurisdiccionalista por las siguientes razones: a) el contrato arbitral solamente sirve para trasladar la competencia del Poder Judicial a un tribunal arbitral; b) el hecho de que el tribunal arbitral no ejecute sentencias, no implica que no hay ejercicio de potestad jurisdiccional, dado que se usa la *iurisdictione*, pero no la *iurisdictione*; c) nada obsta que un tribunal arbitral ejecute sentencias, bastaría con que la ley le otorgue ese poder.

² Sobre la distinción entre la nulidad civil y la nulidad procesal, cfr. Hernández Galilea (1995) y Vilela Carbajal (2007).

te desde junio de 2008. Por otro lado, al tener naturaleza jurisdiccional, puede interponerse la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, regulada en el Código Procesal Civil. Cabe señalar, que no corresponde la vía constitucional (acción de amparo) porque el Estado y sus organizaciones no tienen derechos humanos³.

3. EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

Este recurso requiere para su interposición de la configuración de alguna de las causales taxativas previstas en el art. 63 A⁴. Estas se refieren a: inexis-

³ Aun con ello, el Tribunal Constitucional peruano ha admitido alguna vez la acción de amparo a favor de alguna entidad pública respecto del derecho de propiedad y el debido proceso. Cfr. Castillo Córdova (2004).

⁴ Artículo 63: Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

tencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del laudo. Se observa que ninguna de las causales está prevista para solicitar la nulidad del laudo por causal de corrupción del Tribunal Arbitral.

Aunado a lo anterior, el artículo siguiente prevé que el recurso se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte días siguientes a la notificación del laudo o de la última decisión emitida en cuanto a su modificatoria. El problema que surge aquí es que este plazo resulta insuficiente en muchos casos para que la parte afectada con la corrupción (muchas veces el Estado Peruano) pueda tomar conocimiento sobre la existencia de la corrupción y, por lo que ni siquiera forzando la figura del recurso de anulación, interponga el recurso de anulación. Es por ello que esta vía del recurso de anulación, queda descartada como mecanismo para solicitar la nulidad de un laudo por la existencia de corrupción en el Tribunal Arbitral.

4. LA DEMANDA DE NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTO CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

La nulidad de cosa Juzgada Fraudulenta es un mecanismo excepcional⁵ y se regula por primera vez en el Código Procesal Civil de 1993. No surgió como una figura pacífica⁶, pero al día de hoy se reconoce como un proceso resciso-

5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.

8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

⁵ El carácter excepcional de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta se explica teniendo en cuenta lo siguiente: primero, que la enumeración de los motivos de revisión es taxativo y excluyente, de manera que no se permite la interposición de la demanda de revisión por motivos diferentes a los señalados por la ley; segundo, que la interpretación de dichos motivos debe realizarse con carácter restrictivo; tercero, que el motivo de revisión alegado ha de resultar novedoso para quien lo invoque y ha de haber ocurrido fuera del ámbito del proceso en el que ha producido sus efectos; cuarto, que entre la causa alegada y la sentencia que se intente rescindir ha de existir una relación de causa a efecto; y quinto y último, que ha de demostrarse suficientemente la realidad del motivo invocado.

⁶ Cfr. Vilela Carbajal (2007: 83-48).

rio, donde el propósito de este mecanismo es únicamente rescindir aquello que ha sido afectado por la comisión de fraude procesal⁷. Por ello, el artículo 178 del Código Procesal Civil regula esta figura⁸ estableciendo básicamente dos requisitos para su interposición: 1) cumplimiento de un plazo; 2) demostrar fraude o colusión que afecta el derecho al debido proceso por cualquiera de las partes.

Respecto del primer requisito, el artículo ya citado establece que la demanda debe interponerse dentro de los seis meses después de haber sido ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable. En el caso concreto que aquí se trabaja, al tratarse de laudos ejecutables, no queda duda que nos encontramos en el primer supuesto: es decir la demanda se debe presentar dentro del plazo de los seis meses de haber sido ejecutado el laudo. Pero, haciendo una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, y teniendo en cuenta que el plazo de ejecución de una sentencia judicial prescribe a los diez años, podemos afirmar que el plazo máximo en que puede prescribir la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta es diez años y seis meses⁹.

⁷ A mayor abundamiento, cfr. Monroy Palacios (1998: 5); Ramírez Jiménez (1999: 17).

⁸ Artículo 178.—Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta.

Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste y aquellas. Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título. En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles. Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso. Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal.

⁹ La jurisprudencia de la Corte Suprema ha dudado respecto de la necesidad o no de ejecutar la sentencia para que se inicie el cómputo del plazo de la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Sobre este tema se han realizado dos plenos jurisdiccionales civiles, en 1998 y 1999, y en ninguno de ellos hubo consenso. En 1998 hubo empate de 33 votos, y en 1999 la postura mayoritaria sostuvo que se debe de esperar a la ejecución de la sentencia, por ser imperativa la norma que así lo establece y, porque no se debe frustrar la ejecución de lo resuelto. La doctrina, como señala Ledesma Narváez (2009: 405), coincide en que la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta puede presentarse desde el día siguiente en que la sentencia cuestionada ha adquirido la calidad de cosa juzgada, pues el artículo 178 del Código Procesal Civil no prevé inicio del plazo, sino un plazo máximo. Posteriormente la Corte Suprema, admitió la posibilidad de interposición sin ejecución. Así, señala que es obvio que, aunque en los casos en que la resolución todavía no haya sido ejecutada, el actor tiene interés para que se rescinda o deje sin efecto la sentencia o auto homologado expedido en un proceso fraudulento. Cfr. CAS. n.º 3117-98-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 21 de enero de 2000, p. 4632.

Pero, es importante señalar que el plazo de seis meses es de caducidad y no de prescripción. Así lo entiende la mayoría de la doctrina¹⁰ y jurisprudencia¹¹ peruana. La caducidad, según Vidal Ramírez (1988: 200) es una causa de extinción de derechos subjetivos por el transcurso del tiempo y en razón de su falta de ejercicio. Eso implica, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2004 del Código Civil peruano, que solamente son fijados por ley y no admiten ni suspensión ni interrupción ni pacto en contrario. Con ello, se podría afirmar que el plazo máximo para interponer esta acción sería de diez años y seis meses desde la emisión del laudo.

Aun con ello, el artículo siguiente permite una causal de suspensión, entendemos que de inicio del transcurso del plazo. En efecto, el artículo 2005 del Código Civil, que reenvía al inciso 8 del artículo 1994 del mismo cuerpo legal, establece que la caducidad se suspende mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano. Sobre esta causal, León Barandiarán (1954: 533) señalaba que no basta con que la acción haya nacido, sino que además pueda ejercitarse. Por ello, puede decirse que incluso, transcurrido el plazo de los diez años, puede que no se inicie el cómputo del plazo de caducidad de los seis meses adicionales para interponer la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta si ha sido imposible reclamar ante un tribunal peruano.

Justamente este es el supuesto contemplado en el caso de un laudo emitido por un tribunal arbitral coludido. Es necesario que se tome conocimiento de la existencia de la colusión de los miembros de los tribunales arbitrales para que el órgano jurisdiccional pueda admitir la demanda de cosa juzgada fraudulenta. Por lo tanto, el plazo de caducidad para interponer la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta se suspende y no transcurre (no inicia) porque al no conocerse la colusión, es imposible reclamar esta pretensión ante un tribunal peruano.

Además de lo ya expuesto, el agraviado deberá probar el segundo requisito: la existencia de fraude o colusión en el proceso cuya sentencia, en nuestro caso laudo, se busca anular¹². Tanto por el fraude como por la colusión se pretende

¹⁰ Cfr. Ledesma Narváez, M. (2014: 405) y (1998: 370).

¹¹ El plazo previsto por el artículo 178 es de caducidad porque extingue el derecho y no admite suspensión ni interrupción. Cfr. Pleno Jurisdiccional Civil de 1999.

¹² Como menciona Peyrano (2005: 101), existe fraude procesal cuando media toda conducta, activa u omisiva, unilateral o concertada, proveniente de los litigantes, de terceros, del oficio o de sus auxiliares, que parece el apartamiento dañoso de un tramo del proceso o del proceso en todos los fines asignados; desviación que, por cualquier circunstancia y sin que medie culpa del afectado, no puede ser subsanada mediante los remedios legales instrumentados a otros efectos por el ordenamiento respectivo. Por otro lado, respecto de colusión, menciona Ruiz (2005: 85) que es el pacto por el que existe obligación mutua de observancia de lo prometido por el que se conviene causar daño a un tercero. Se puede concluir que el fraude procesal es el género, pues incluye conductas más amplias, unilaterales o plurilaterales; mientras la colusión es la especie ya que sólo permite conductas plurilaterales. Y por ello, es necesario preci-

conseguir que la sentencia (en este caso laudo) falle en un sentido favorable a los actores de esas conductas. El fraude procesal, a decir de Garrote (2005: 25), consiste en desviar el proceso de su curso natural, que es la decisión de la Litis de acuerdo con el derecho. En el caso de los laudos arbitrales, el fundamento de la interposición de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta contra ellos es la existencia de colusión entre los miembros de los diferentes tribunales arbitrales que los emitieron, con la finalidad de causar daño y perjudicar al Estado peruano y favorecer al contratista.

A decir de Davis Echandía (2005: 56-57), el fraude del Juez es más grave quizás que el de las partes y los auxiliares de justicia, porque desvirtúa el debate procesal, corrompe la función jurisdiccional del Estado, destruye los fines que con ésta y el proceso se persiguen al producir resultados contrarios, que ponen en peligro la paz social y la organización jurídica de la sociedad. Este fraude es, generalmente, más difícil de probar, porque se escuda fácilmente en la libertad de criterio y en el supuesto del error y, en muchos casos más difícil de corregir, entre otras razones porque puede presentarse en la sentencia o en la actuación final, contra la cual no existen recursos o defensas en el mismo proceso y, en algunos códigos, tampoco mediante un proceso posterior.

5. CONCLUSIONES

a) En la actualidad, el Estado peruano solamente tiene la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta para declarar la nulidad de los laudos emitidos por corrupción de los miembros del tribunal arbitral si cumple con los requisitos regulados en el Código Procesal Civil para su interposición: debe demostrar el fraude o colusión de los miembros del tribunal y cuenta con el plazo de 6 meses desde que toma conocimiento del fraude, aun cuando haya vencido el plazo para su ejecución.

b) No puede interponer el recurso de anulación porque la regulación del mismo en la Ley de Arbitraje no prevé la corrupción de los miembros del tribunal arbitral como causal. Además, el plazo es muy corto para poder conocer el acto de corrupción de los miembros del tribunal arbitral.

6. BIBLIOGRAFÍA

Arrarte Arisnabarreta, A. M. y Paniagua Guevara, C. (2007): «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y materia arbitrable respecto de adicionales de obra» en *Advo-*

sar, como menciona Monroy Gálvez (2006: 46), que cuando se habla de fraude, perfectamente se podría estar refiriendo a la colusión porque, como se ha dicho, el concepto fraude incluye a la colusión

catus, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, núm. 16, pp. 181-200.

- Baca Oneto, V. S. (2013): «El arbitraje con el Estado como alternativa de control de la Administración», en Rodríguez-Arana Muñoz, J. *et al.* (coord.), *Contratación Pública: Doctrina Nacional e Internacional*, Lima, Adrus, pp. 533-558.
- Castillo Córdova, L. (2004): «Un caso de amparo contra amparo: ¿tienen derechos constitucionales las personas jurídico públicas?», en *Revista peruana de jurisprudencia*, núm. 36, pp. 15-39.
- Castillo Freyre, M. y Rita Sabroso, M. (2007): *El arbitraje en la contratación pública*, 1.^a ed., Lima, Palestra, 2009, 261 pp.
- Castillo Freyre, M. y Ricardo Vásquez, K. (2006): *Arbitraje. El juicio privado. La verdadera reforma de la justicia*, Lima, Palestra, 2009, 268 pp.
- Cantuarias Salaverry, F. (2002): «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales», en *Advocatus*, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, núm. 7, pp. 180-181.
- Davis Echandía, H. (2005): *Fraude Procesal*. Bogotá, Editorial El Progreso.
- Garrote, Á. (2005): *Fraude Procesal*. Bogotá, Editorial El Progreso.
- Ledesma Narváez, M. (2002): *Jurisprudencia actual*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica.
- (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica.
- (2014): *Jurisdicción y Arbitraje*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 430 pp.
- Monroy Palacios, J. (1998): «Algunos aspectos sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta», en *Diario Oficial El Peruano*, del 4 de diciembre, Lima, Editora Perú, p. 5.
- (2006): «Algunos aspectos sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta» en *Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta*. Lima, tomo 1, Instituto de Investigación Jurídica.
- Peyrano, J. (2005): *Fraude Procesal*, Bogotá, Editorial El Progreso.
- Ramírez Jiménez, N. (1999): «La cosa juzgada fraudulenta. Necesidad de precisiones», en *Revista del Colegio de Abogados de Arequipa*, núm. 299.
- Ruiz, G. (2006): «La cosa juzgada fraudulenta», en *Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta*, Lima, tomo 3, Librería y Ediciones Jurídicas.
- Vilela Carbajal, K. (2007): *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*, Lima, Palestra, 177 pp.
- Vidal Ramírez, F. (1988): *La prescripción y la caducidad en el Código Civil Peruano*, Lima, Cultural Cuzco.

LA ATIPICIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PERUANO COMO INSTRUMENTO PARA SU EFICACIA

Ramón A. Huapaya Tapia

SUMARIO: 1. La tutela cautelar en el contexto del proceso contencioso-administrativo en el Perú. 2. Cuestiones preliminares y presupuestos de la tutela cautelar. A) Verosimilitud del derecho invocado. B) Peligro en la demora. C) La adecuación de la medida cautelar. 3. Los rasgos característicos de la tutela cautelar y su vinculación con la efectividad de la protección de las situaciones jurídicas discutidas en el proceso contencioso-administrativo. 4. La atipicidad de la tutela cautelar como instrumento para la eficacia de la protección cautelar en el contencioso-administrativo peruano. 5. Bibliografía.

RESUMEN: El presente trabajo busca, a la luz del análisis de la doctrina y de la legislación peruana que regula el proceso contencioso-administrativo [Ley 27584 («LPCA»), del 07 de diciembre de 2001, Texto Único Ordenado («TUOLPCA») aprobado por Decreto Supremo n.º 013-2008-JUS, del 29 de agosto de 2008], afirmar que la atipicidad de la tutela cautelar, a diferencia de lo que ocurre en los procesos civiles, es una característica propia del derecho procesal administrativo y que contribuye a la eficacia del proceso contencioso-administrativo, y que además está vinculada a la amplitud de la actuación impugnante y de la tutela de las diferencias situaciones jurídicas reguladas por el derecho administrativo. Por tanto, si se defiende una lectura adecuada del proceso contencioso-administrativo en clave de tutela judicial efectiva, entonces en materia cautelar es preciso potenciar la idea de la atipicidad de dicha tutela, regla que debería ser observada por los Jueces sin problema alguno.

PALABRAS CLAVES: tutela cautelar, derecho comparado, derecho procesal administrativo, proceso contencioso-administrativo, tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: The present work seeks, in the light of the analysis of the doctrine of administrative procedural law and the Peruvian legislation that regulates the contentious-administrative process [Law 27584 («LPCA»), of December 7, 2001, Sole Orderly Text («TUOLPCA») approved by Supreme Decree n.º 013-2008-JUS, of August 29, 2008], affirming that the atypical nature of the interim measures, unlike what happens in civil proceedings, is a characteristic of the judicial review of the administrative action and that contributes to the effectiveness of the contentious-administrative process, and that is also linked to the extent of the judicial challenge and the protection of differences legal situations regulated by administrative law. Therefore, if the idea is to defend an adequate reading of the contentious-administrative process in the key of effective judicial protection, then in matters of precautionary protection, it is necessary to promote the idea of the atypicality of said protection.

KEYWORDS: interim protection, comparative law, judicial review of the administrative action, contentious administrative process, effective judicial protection.

1. LA TUTELA CAUTELAR EN EL CONTEXTO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ

A través de las medidas cautelares se pretende impedir que el resultado de un proceso judicial se vea frustrado por las contingencias que puedan acaecer durante el curso de la litis, sobre todo por el decurso del tiempo. Se plantean en clave de la eficacia del proceso. Su naturaleza, en tal sentido, es instrumental respecto del proceso en el que se busca la tutela definitiva.

Si bien tales planteamientos clásicos de la doctrina procesal siguen siendo vigentes, no puede negarse que, en los hechos, la tutela cautelar es en muchas ocasiones igual de importante que la tutela definitiva. De ahí que una buena regulación normativa en la materia es imprescindible. En suma, en los términos de Ariano (2003:596): *«La tutela cautelar se presenta, pues, desde la óptica del sujeto necesitado de tutela (el “justiciable”) como una auténtica garantía de obtener la tutela efectiva y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquella, máxime en una realidad como la que estamos viviendo en donde la velocidad en que se desenvuelven las relaciones humanas y jurídicas ha convertido al propio tiempo en un bien».*

En el contexto específico de la regulación normativa del proceso contencioso-administrativo, para el legislador peruano ha sido clave el concepto de tutela judicial efectiva, prevista como un principio básico de la Administración

de Justicia en la Constitución peruana de 1993 (artículo 139.3¹) pero también reconocida como un derecho fundamental (en la cláusula de derechos no enumerados del artículo 3.º de nuestra Constitución²). En ese sentido, el contencioso-administrativo peruano contiene una regulación de la tutela cautelar como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Priori, 2006 y STC Exp. n.º 023-2005-AI del 27 de octubre de 2006).

Ahora bien, cabe indicar que nuestra Constitución tiene una cláusula específica para el contencioso-administrativo, en su artículo 148.º, con el siguiente texto:

«Artículo 148.—

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa».

Si se analiza en detalle dicho texto, el mismo tiene una fuerte impronta derivada del clásico dogma revisor del contencioso-administrativo, puesto que se estructura a partir de la idea de que el contencioso se limita sólo a la revisión de actos administrativos (resoluciones) luego del preceptivo agotamiento de la vía administrativa («causar estado»). Sin embargo, a despecho de la literalidad de la cláusula constitucional, la LPCA del Perú, en clave de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 139.3 de la Constitución, se ha preocupado en diseñar dicho proceso con la finalidad de garantizar el control sobre toda forma de actuación administrativa y, asimismo, tutelar efectivamente los derechos afectados por aquélla. En ese sentido, nuestro proceso contencioso-administrativo ha diseñado un sistema de pretensiones, sentencia y tutela cautelar en la lógica de un sistema de tutela amplia de las situaciones jurídicas reguladas por el derecho administrativo, sin dejar actuaciones administrativas fuera del control jurisdiccional. Aun cuando, en la actualidad existen voces que discrepan de la regulación de un sistema de «lista» de pretensiones en la legislación contencioso-administrativa (Huergo Lora: 2012)³, lo cierto es que la verdade-

¹ Constitución de 1993.

Artículo 139.—Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

² Constitución de 1993

Artículo 3.—

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

³ Por cierto, nosotros nos inscribimos en la línea de pensamiento enarbolada por el profesor Huergo Lora, y consideramos que el contencioso-administrativo de plena jurisdicción debería prescindir de un sistema de actuaciones impugnables, y por el contrario, asumir un sistema

ra finalidad del sistema contencioso-administrativo peruano, pese a emplear una lista atenuada de pretensiones y actuaciones impugnables en la regulación del objeto del contencioso (artículos 4 y 5 TUOLPCA), se inscribe dentro de los sistemas procesales que buscan un control amplio de toda forma de actuación administrativa. Y parte importante de dicho sistema está en la amplitud de la tutela cautelar, la cual, para ser efectiva, debe estar diseñada en función del objeto del proceso y de la protección interina de los derechos o intereses que se discutan en el mismo.

2. CUESTIONES PRELIMINARES Y PRESUPUESTOS DE LA TUTELA CAUTELAR

Es importante tener en cuenta que la regulación del contencioso-administrativo en el Perú data del año 2001 (LPCA). La misma, siguiendo el ejemplo de la legislación española de 1998 y otras coetáneas, se inscribe dentro de los procesos de «plena jurisdicción» y en la búsqueda de superación del dogma revisor, a fin de darle vigencia al derecho a la tutela judicial efectiva como pieza clave del sistema contencioso-administrativo (Huapaya, 2006).

Resulta importante distinguir lo que se denomina «tutela de urgencia», respecto de lo que es la tutela cautelar, las cuales se vinculan en una relación de género a especie. Ello es así porque, al lado de la tutela cautelar, se reconocen hoy en día otros mecanismos procesales dentro del espectro de la denominada tutela de urgencia de los derechos, como, por ejemplo, la tutela anticipatoria o los procesos urgentes. En efecto, si reconocemos a un género en las tutelas de urgencia, estarían dentro de éstas, la tutela cautelar, la técnica anticipatoria (medidas dirigidas a garantizar la inmediata satisfacción del derecho), y los procesos urgentes (como en el Perú el proceso constitucional de amparo) dirigidos a proteger específicamente un derecho. En todas estas está presente la *cognición sumaria*, en donde el juez no tiene un conocimiento pleno de los hechos, sino que tendrá que resolver sobre la base de la evidencia específica de un peligro o amenaza de afectación sobre un derecho o la comisión de un ilícito, o también sobre la base de una «apariencia de buen derecho», o de «probabilidad de su existencia» (Monroy Palacios: 2001).

Ahora bien, en lo que respecta a la tutela cautelar, el sistema peruano también se plantea el dilema planteado por Rebollo Puig (2012: 274-275) respecto de la legislación española, el cómo conciliar una visión de la tutela cautelar como instrumento de la eficacia del proceso respecto de la tutela de las situaciones jurídicas discutidas en el mismo, respecto de la que propone que la

libre de pretensiones en función a la relación jurídica que requiera tutela jurisdiccional, siguiendo el modelo alemán.

tutela cautelar implica una suerte de justicia provisional, donde lo importante es darle la razón, lo más rápido posible, a aquél que tiene la razón *prima facie*.

Ahora bien, siendo tutela de urgencia, la tutela cautelar en el contencioso-administrativo peruano (artículo 39.º TUOLPCA) proclama expresamente que se basa en el objetivo de conseguir la eficacia final del proceso, mediante la protección o tutela interina de los bienes y derechos cuya protección se solicita mediante la demanda. Dicha tutela se confiere por parte de los jueces vernáculos conforme a los presupuestos típicos reconocidos en la cultura jurídica iberoamericana, a saber, el *fumus boni iuris* o la «apariencia de buen derecho» y el *periculum in mora* o el «peligro en la demora». A ello debe agregarse un tercer presupuesto, la adecuación, que implica que el Juez verifique que la medida cautelar solicitada resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión. De otro lado, la contracautela es reconocida no como presupuesto para el otorgamiento de la medida, sino para garantizar los daños derivados de su ejecución, con lo cual es solicitada por el Juez luego del análisis de los presupuestos normativos necesarios para conferir la tutela solicitada.

Vale la pena hacer un recuento de análisis de los presupuestos de la tutela cautelar en el ordenamiento peruano:

A) VEROSIMILITUD DEL DERECHO INVOCADO

La apariencia o verosimilitud del derecho es considerada como aquello que tiene forma exterior o apariencia de verdadero, lo que implica que la pretensión tenga un sustento jurídico que la haga discutible, esto es, que se configure la posibilidad razonable de que ese derecho exista. En palabras de Monroy Palacios (2002:170):

«El solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión principal —que se intenta garantizar— tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia. Por tratarse de un mecanismo solicitado durante el transcurso del proceso resulta humanamente imposible que el juez pueda tener certeza de que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la sentencia. Adicionalmente, la propia estructura del pedido cautelar, al buscarse con urgencia un mecanismo que acabe con la situación de peligro, impide un análisis detallado de la fundabilidad de la pretensión llevada al proceso. Tengamos en cuenta que, precisamente, por aquella situación de urgencia, el actor tan sólo se limita a presentar una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición frente al proceso».

Es así que el Juez debe realizar un juicio sumario de probabilidad basado en las alegaciones y su sustento (Priori 2006:74), tras cuyo cálculo la balanza

debe presentarse, de momento, a favor del solicitante de la medida, en atención además a los derechos fundamentales en juego.

Sobre el particular, en el texto original de la LPCA del año 2001, el requisito de verosimilitud del derecho estaba vinculado a que el Juez aprecie una apariencia de buen derecho, pero que «pondera» la misma con la presunción de legalidad del acto administrativo⁴, lo cual era un criterio criticado en doctrina. Dicho canon de comparación se limitaba únicamente a confrontar las medidas cautelares frente a la presunción de legitimidad del acto administrativo (el cual ya no es la única actuación impugnada en el contencioso-administrativo) y de otro lado, elevó innecesariamente el rango de fuerza jurídica de la presunción de legitimidad, la cual es clásicamente concebida como una presunción *iuris tantum*, y que además no debe limitar la apreciación del Juez para tutelar los derechos, vale decir que frente al Juez, la legalidad de la actuación administrativa no puede oponerse como un criterio o canon comparativo, pues justamente, dicha actuación administrativa será discutida en el fondo del proceso principal. Si se acepta que la tutela cautelar busca una protección interina sobre la base de una apariencia, no se puede adelantar el juicio de fondo de la valoración de la legalidad o no del acto administrativo frente a la «apariencia de buen derecho». Era algo ilógico.

Por ello, en el año 2008, se reformó la regulación de la verosimilitud del derecho, el cual dio como resultado al actual texto del artículo 39.º del Texto Único Ordenado de la LPCA («TUOLPCA»). En dicha reforma se eliminó la «ponderación» descrita, pero se reemplazó por otra: nuestro actual marco normativo establece que la verosimilitud del derecho invocada por el peticionario de la medida debe ser valorada en proporción respecto a una eventual afectación contra el interés público y el eventual perjuicio que causaría al demandante la eficacia inmediata de la actuación impugnada⁵. Ahora bien, como resaltaba García de Enterría (2004: 246), ponderar el interés público genérico

⁴ LPCA. Texto original del año 2001.

Artículo 36.—Requisitos. La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que:

1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al Órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar. (...)

⁵ TUOLPCA. Artículo 39.—Requisitos. La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada. (...)

respecto a la solicitud de tutela cautelar del recurrente definitivamente resulta pernicioso, ya que el Estado, que crea una situación aparentemente ilegal, no puede recurrir al fácil recurso de «la afectación al interés público» para oponerse a la cautela provisoria solicitada.

En dicha línea, si se entiende que el interés público es algo que beneficia a toda la colectividad, es muy probable que el Juez señale que no existe verosimilitud del derecho, ya que en la «ponderación» a ser efectuada, la verosimilitud del derecho particular versus la protección del interés público, por ejemplo, en el cobro y recaudación de las deudas tributarias para financiar el funcionamiento del Estado y la satisfacción de las necesidades de la población.

De ahí que proponemos que el requisito de verosimilitud del derecho invocado por el particular no debe ser confrontado con el interés público, sino que, por el contrario, debe ser comparado con la existencia de causas evidentes o notorias de ilegalidad de la actuación u omisión administrativa impugnada (en este punto coincido en bastante con los argumentos expresados por Hernández Corchete: 2000). Me explico: la comparación con el interés público es peligrosa y siempre puede poner en inferioridad la protección del derecho invocado por el particular, limitando su acceso a la tutela cautelar por *default*: por ejemplo, en una situación de omisión administrativa, donde la Administración Pública no actúe, ¿qué interés público puede existir? No hay criterio alguno de comparación. De otro lado, en una situación de vía de hecho, donde la Administración actúa con la fuerza material careciendo de un título jurídico, ¿dónde está el interés público? Por último, en una situación donde un administrado denuncia la manifiesta ilegalidad de la Administración Tributaria, ¿cómo podría oponerse un derecho «particular» al «interés público» existente en el cobro de los tributos por parte de la referida Administración? Por tales razones, consideramos que entender el *fumus boni iuris* como un criterio de contrastación o de comparación con el interés público resulta contrario a la tutela cautelar como derecho fundamental.

Es por ello que, de *lege ferenda*, defendemos que la regulación del requisito de apariencia de buen derecho prevista en el texto del artículo 39 del TUOLPCA debería ser corregida y eliminar la referencia a la ponderación de la verosimilitud del derecho con el interés público (coincidimos entonces también con Míguez Macho: 2015). Las razones para ello son: (i) el interés público no es el canon que permita determinar la ilegalidad de la actuación administrativa, sino que, por el contrario, la verosimilitud del derecho debe ser enfrentada a la existencia de una evidente o manifiesta ilicitud de la actuación u omisión administrativa, lo cual debe ser sustentado por el pretensor cautelar, (ii) un escenario de tutela de derechos fundamentales no permite subordinarlos al interés público, y, (iii) es necesario superar el dogma revisor en el contencioso-administrativo, superando la idea de que la única actuación impugnabile

es el acto administrativo, en función a lo dispuesto en el artículo 4 del propio TUOLPCA.

Asimismo, hay que dar razón también a las voces que, por ejemplo, señalan que el *fumus boni iuris* en el contencioso-administrativo no puede entenderse como un criterio en contra del administrado (Bueno Armijo y Rodríguez Portugués: 2007). Resulta asimismo interesante explorar las posiciones que señalan que, dado que la LJCA de 1998 no lo regula expresamente como requisito, el *fumus boni iuris* no debería ser exigido como requisito para la tutela cautelar, centrándose más el análisis del juzgador sobre los aspectos de la urgencia (peligro en la demora) y la adecuación, ya que, finalmente, la apariencia es un requisito que podría ser cubierto por la contracautela, evitándose del mismo modo que se realice un prejuzgamiento anticipado de la cuestión en base a apariencias.

B) PELIGRO EN LA DEMORA

Como he indicado en los apartados anteriores, el artículo 39 del TUOLPCA establece como uno de los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares en el marco del proceso contencioso-administrativo al peligro en la demora⁶, concepto que fundamenta la existencia de tutela cautelar (Chinchilla 1991: 41).

Explicando el concepto, el profesor Juan José Monroy (2002: 176) ha escrito:

«El periculum in mora está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por demandante, sino también en que el sólo trascurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece una tutela especial».

En la mayoría de casos, el peligro en la demora consiste en que los actos administrativos que son cuestionados en los procesos sigan produciendo efectos hasta que el Juzgado no los declare nulos. Y ello porque nuestro ordena-

⁶ TUOLPCA. Artículo 39.—Requisitos. La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

(...)

2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.

miento legal garantiza la ejecutoriedad de los actos administrativos. En efecto, el artículo 201 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú, Ley n.º 27444 (TUOLPAG) garantiza la ejecutoriedad de los actos administrativos, lo que significa que la Administración Pública tiene plenas facultades para hacer cumplir forzosamente lo que se ordena en dichos actos, salvo que medie mandato judicial. En línea con ello, cabe destacar que la doctrina (Priori 2009:258) reconoce que la ejecutoriedad de los actos administrativos constituye la materialización del peligro en la demora en los procesos contencioso-administrativos.

Cabe destacar además que, en los procesos contenciosos administrativos en donde se solicita tutela cautelar, no es necesario acreditar un peligro irreparable de daño a la situación jurídica invocada en la demanda (Priori 2009: 259). Por tanto, se entiende en el ordenamiento peruano que la medida cautelar debe actuarse como un mecanismo de tutela provisional que prevenga la generación de daños al administrado, sin que sea requisito que esos daños tengan la condición de irreparables.

C) LA ADECUACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

El tercer presupuesto de la medida cautelar regulado en el TUO de la LPCA consiste en que dicha medida sea adecuada para asegurar la eficacia de la pretensión planteada en el proceso. Explicando dicho presupuesto, Priori (2009: 262) sostiene que: *«Lo cierto es que la medida cautelar debe ser adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión procesal. Ello quiere decir que debe existir una relación de coherencia y adecuación entre aquello que se intenta garantizar y la medida cautelar solicitada como garantía»*.

Por ejemplo, en un caso en donde se discute la nulidad de un acto de gravamen y se pretende cautelarmente que el mismo no surta efectos, la única medida idónea para evitar el peligro es la *suspensión* de los efectos del acto. Es importante destacar que no existe otra medida cautelar que pueda suplir a la solicitada en términos de *adecuación*, en tanto sólo mediante la suspensión de los efectos de las resoluciones se puede evitar, por ejemplo, el cobro de las multas impuestas en el marco de procedimientos sancionadores.

3. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA TUTELA CAUTELAR Y SU VINCULACIÓN CON LA EFECTIVIDAD DE LA PROTECCIÓN DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS DISCUTIDAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La tutela cautelar recogida en el TUOLPCA no tiene una regulación propia y detallada en el texto de la norma procesal administrativa, como hace, por ejemplo, el Código de Proceso de los Tribunais Administrativos de Portugal de 2002 (artículos 112.º y ss., sobre el particular, recomendamos revisar Fonseca, 2009). Por el contrario, se rige, como en el ordenamiento alemán (Ley de la Justicia Administrativa de 1960⁷), por unas pocas disposiciones específicas en la materia y para el resto de reglas, se hace una llamada de aplicación supletoria al Código Procesal Civil.

En dicho contexto, los rasgos más saltantes de la tutela cautelar en el ordenamiento procesal administrativo peruano son los siguientes:

- A) *Toda medida cautelar implica un prejuzgamiento (artículo 612 del Código Procesal Civil — «CPC» peruano).* La medida cautelar implica una anticipación de tutela para el demandante, aun cuando provisoria, y por ello se basa en la idea de una verosimilitud del derecho, bajo los términos de una cognición sumaria superficial que se basa más en la idea de probabilidad antes que de verdad. Por tanto, siempre, una tutela cautelar implicará un prejuzgamiento por parte del Juzgador, lo cual es normal en este tipo de escenarios, sin que deba existir una preocupación o sorpresa por ello. Ahora bien, para ello, el juzgador deberá ponderar efectivamente tanto los requisitos para el otorgamiento de la tutela cautelar, así como la relevancia de las decisiones que serán adoptadas sobre el particular.

Como ya hemos visto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 del TUO de la LPCA (norma que complementa al CPC en esta materia), para conceder una medida cautelar es necesario que concurren los siguientes requisitos: **(i)** la verosimilitud del derecho invocado; **(ii)** el peligro en la demora; y, **(iii)** la adecuación de la medida solicitada para garantizar la eficacia de la pretensión.

- B) *Es provisional y variable (artículo 612 del CPC peruano):* La medida cautelar busca proteger una situación de manera provisional y nunca implica un juicio definitivo sobre la situación de fondo. Como indica Proto Pisani (2018: 643-644), la tutela cautelar implica una decisión provisoria (en el sentido de no definitiva) en cuanto a su contenido.

⁷ Se usa el texto traducido por Aberastury *et al.* (2009).

Ahora bien, derivado de ello, el mandato cautelar será variable, atendiendo también a la necesidad de tutela específica y de protección del bien o la situación jurídica discutida en el proceso. Si éstos varían, la medida cautelar también deberá variar a fin de desplegar su protección.

- C) *Debe ser adecuada para tutelar la situación jurídica sustantiva discutida en el proceso principal*: Este es un tema sumamente importante en lo que respecta al ámbito cautelar. Precisamente, la protección cautelar debe ir en línea con el objeto del proceso (Bacigalupo, 1999: 132-133) a fin de poder tutelar de mejor manera las situaciones jurídicas cuya tutela se discute en el proceso. Si hay un objeto amplio del contencioso-administrativo, entonces la protección cautelar debe ir de la mano con el mismo, y estar diseñada adecuadamente para poder brindar tutela provisoria a las situaciones jurídicas del administrado afectadas por las actuaciones impugnadas en el proceso principal.
- D) *Se otorgan antes del inicio del proceso o ya iniciado éste*: En el ordenamiento peruano se pueden pedir «medidas cautelares fuera del proceso» (antes de su inicio) conforme al artículo 636.º del Código Procesal Civil peruano. La condición es que luego de ejecutada la cautelar, se presente la demanda principal en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la fecha de ejecución. Claro está, también las medidas cautelares se pueden solicitar dentro del proceso, una vez admitido el mismo o conjuntamente con la demanda principal.
- E) *Se otorgan inaudita altera pars*: En el sistema peruano del contencioso-administrativo todas las medidas cautelares se otorgan sin oír a la parte contraria (artículo 637.º del CPC, aplicable supletoriamente al TUOLPCA), lo cual implica que todas son «provisionalísimas» en el sentido del artículo 135.º de la Ley 29/1998. Esta regla, ciertamente, es excesiva, y va en contra de la mayoría de los sistemas contencioso-administrativos en el derecho comparado, los cuales exigen que el Juez, antes de despachar la tutela provisoria, debe escuchar a la Administración. Sin embargo, derivado de nuestro Código Procesal Civil, en nuestro sistema, todas las medidas cautelares son despachadas sin escuchar a la parte demandada. Esto, a nuestro criterio, resulta contraproducente y es un elemento que, muchas veces, disuade al Juez de conferir la tutela cautelar, debido a que no tiene una visión completa de los intereses en conflicto en el proceso.
- F) *Es atípica*: la diversidad de las formas administrativas de actuación y omisión administrativas que serán enjuiciadas en los procesos contencioso-administrativos conforme a la amplitud del objeto del proceso regulado en los artículos 4.º y 5.º del TUOLPCA, han motivado a que el legislador confiera al Juez un poder genérico para despachar las medidas cautelares que sean adecuadas y necesarias para garantizar la

eficacia de la tutela provisional, buscándose además superar el estrecho escenario de medidas cautelares en la clásica doctrina del derecho administrativo, que las basaba únicamente en la medida cautelar de suspensión de efectos del acto administrativo y escasamente, en las «medidas cautelares positivas».

Ciertamente, hoy en día se reconoce la generosidad de la amplitud de la tutela cautelar, pudiéndose disponer cualquier medida cautelar genérica que sea adecuada para proteger el resultado del proceso y cautelar que el derecho discutido no se pierda o dañe por el transcurso del tiempo. Ello, tanto conforme al texto de los artículos 38.º, 39.3.º y 40.º del TUOLPCA, como por lo dispuesto por el artículo 629.º del CPC, normas que, interpretadas en forma conjunta, permiten colegir que el Juzgador tiene la posibilidad de disponer cualesquiera medidas cautelares que tengan por objeto asegurar la eficacia del proceso principal así como la tutela provisoria de los derechos de los administrados que son objeto de discusión en el proceso principal y además que sean adecuadas para cumplir tales finalidades.

- G) *Se basa especialmente en las medidas innovativas y de no innovar contenidas en el Código Procesal Civil:* en el Perú, bajo el Código Procesal Civil, las medidas cautelares de innovar y de no innovar, especialmente estudiadas por la doctrina argentina, siempre fueron consideradas como medidas procedentes como ultima ratio, si es que alguna de las medidas cautelares típicas contempladas en el Código no era de aplicación. Sin embargo, bajo el TUO de la LPCA, tales medidas cautelares son medidas cautelares especialmente procedentes. Así lo establece el artículo 37.º del TUO de la LPCA, el cual establece lo siguiente:

«Artículo 37.—Medidas de innovar y de no innovar

Son especialmente procedentes en el proceso contencioso-administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar».

Esto implica que las medidas cautelares van más allá de la mera suspensión del acto impugnado, y se pueden dar todas las medidas cautelares sea suspensivas o negativas, o positivas, o de tutela provisoria de la situación discutida en el proceso. Como ya hemos, dicho, la tutela cautelar de lo contencioso-administrativo es atípica, hecho que se ve reforzado con lo dispuesto en el artículo 37.º del TUOLPCA que permite aplicar cualquier medida sea innovativa de la situación discutida o de no innovar la situación que está siendo discutida en el proceso, y además con el hecho que corresponde dictar al Juez la medida cautelar que sea más *adecuada* para garantizar la protección del derecho o interés del administrado puesto en juego en el proceso.

4. LA ATIPICIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR COMO INSTRUMENTO PARA LA EFICACIA DE LA PROTECCIÓN CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PERUANO

Luego de pasar revista a las características y presupuestos para el otorgamiento de las cautelares en el contencioso-administrativo peruano, encontramos que el mismo tiene el marco normativo para poder brindar la más amplia tutela cautelar que resulte adecuada para los fines de protección de los derechos e intereses legítimos de los administrados cuyas situaciones jurídicas están siendo discutidas en el proceso contencioso-administrativo.

Una de las claves maestras de dicho sistema es, a nuestro criterio, la atipicidad de las cautelares que pueden ser otorgadas. Aquí entran en conexión la regla de que el Juez debe otorgar las medidas que sean más adecuadas (39.3 TUOLPCA) para garantizar la eficacia de la pretensión, junto con aquella que establece la especial procedencia de cualquier medida cautelar innovativa o de no innovar (artículo 40 TUOLPCA)⁸. Conviene recordar que en el CPC peruano, tales medidas cautelares tienen una definición legislativa, en los términos siguientes:

«Artículo 682.—Medida innovativa.

Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. (...)

Artículo 687.—Medida de no innovar.

Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. (...)».

La aplicación conjunta de las normas citadas, junto al poder cautelar genérico que asiste al juez contencioso-administrativo conforme al artículo 629.º del CPC, permite entender que nuestro sistema es apto para brindar la tutela cautelar en función de la protección de los derechos invocados por el demandante, asegurando la eficacia de su pretensión (Simón Padrós: 2004, 223). Conviene entender además que, nuestro sistema, a diferencia del portugués (artículo 112 del CPTA) o el propio alemán (artículos 80 y 123 de la Ley de la Justicia Administrativa — *Verwaltungsgerichtordnung*), no tiene una regulación expresa de las medidas cautelares típicas aplicables, al estilo del artículo

⁸ Regla de «especial procedencia» para el contencioso-administrativo puesto que en el CPC estas medidas son excepcionales y sólo proceden cuando no haya otras previstas en dicho Código.

lo 129.1 de la LJCA española o de los *referés* franceses (Broyelle: 2017; 431-473).

Entonces, nuestra normativa, en los términos explicados ampliamente por la doctrina (Bacigalupo, 1999: 134-183) permite otorgar tutela cautelar para proteger derechos que sean o vayan a ser afectados por actos administrativos, vías de hecho, contratos administrativos y la inactividad administrativa. La tutela podrá ser conservativa (medidas cautelares de suspensión de la ejecución de actos), ora en medidas positivas (frente a la inactividad, y a los actos denegatorios), o incluso en medidas de cese o paralización de actuaciones administrativas (por ejemplo, frente a vías de hecho o acciones administrativas inminentes sobre los bienes y derechos de los administrados. La amplitud del concepto de adecuación y de las medidas cautelares innovativas o no innovativas, o inclusive bajo el poder cautelar genérico, que pueden darse en el contencioso vernáculo, así lo permiten. De hecho, tener un objeto del proceso generoso y amplio también debe verse reflejado en el plexo de tutela cautelar que pueda otorgar el Juzgador: de nada sirve tener un proceso de plena jurisdicción si es que la tutela cautelar no se interpreta en dicha clave, en la idea de brindar el máximo de tutela posible para evitar que la duración del proceso vuelva ilusorios, perjudique o desaparezca los derechos invocados por el administrado.

Es importante que se entienda algo terminante: los derechos y bienes de los administrados puestos en juego en el contencioso-administrativo, pueden perderse o dañarse irreparablemente mientras la actuación administrativa objeto de cuestionamiento en el proceso siga produciendo sus efectos en el tiempo. La Administración tiene todas las de ganar mientras siga actuando con sus privilegios en detrimento de los derechos de los administrados, y es más, va a seguir actuando incluso abusivamente si es que el Juez no le pone un freno con la tutela cautelar. Por ende, el Juez debe entender que el único bastión para evitar dicha pérdida es el otorgamiento de las debidas cautelas para evitar la consumación de tal daño y se pierda la eficacia del derecho invocado por el administrado antes de la sentencia definitiva. Así las cosas, el juez debe evitar los remilgos y cuestionamientos internos y pensar y actuar *realmente* la tutela cautelar en clave de tutela judicial efectiva. Hay que superar ideas anacrónicas vinculadas a la superioridad del interés público, ya que como indica Hernández Corchete (2000: 81) «*no se puede aceptar la persecución de un interés general insignificante a costa del extraordinario sacrificio de un interés privado*».

Ciertamente, la protección jurídica cautelar que puede ser invocada en el contencioso-administrativo resulta amplia y ello, a nuestro criterio, contribuye a la eficacia de la tutela, al menos cautelar, que se puede obtener en nuestro contencioso. Sin embargo, en los hechos, en la práctica judicial peruana, dicho sistema no ha obtenido dicha eficacia prometida. En nuestro medio ha ocurri-

do lo que anticipaba Santamaría Pastor en el crudo diagnóstico respecto del artículo 129.1 de la LJCA, en los siguientes términos:

«c) El punto fundamental de este apartado 1 no consiste, sin embargo, en la fijación del momento hábil para la solicitud de las medidas, sino en la indeterminación y generalidad de éstas, a la que ya aludimos en el epígrafe anterior. La LJCA de 1956 no preveía más que una posible medida cautelar, la suspensión de la ejecución del acto recurrido; la vigente, siguiendo la línea de la legislación procesal civil, permite la solicitud y la adopción de “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”; una cláusula abierta, pues, que no excluye de entrada ninguna posible actuación que tienda a asegurar el completo cumplimiento de lo que la sentencia establezca en su momento. Las partes, pues, son libres para diseñar cualquier medida que convenga a esta necesidad, en el mismo grado que es libre el juez o tribunal para adoptarlas o negarlas.

En la práctica, sin embargo, bien puede decirse que, salvo la suspensión de la ejecución, las demás posibles medidas cautelares han permanecido inéditas. En las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, el privilegio de decisión ejecutoria tiene un peso tal que impide ver la utilidad de cualquier otra medida. Pero ha de reconocerse que el escasísimo uso que se hace de otras posibles medidas responde a razones de inercia y de comodidad de muchos profesionales del derecho, para los que la suspensión es la medida más cómoda y fácil de argumentar, sin tener en cuenta que tal medida, por su radicalidad, suscita recelos tan inevitables como comprensibles en el estamento judicial; y olvidando que, en muchos casos, los efectos prácticos de una suspensión pueden lograrse con otras medidas más matizadas, que no provocan un rechazo similar» (Santamaría Pastor, 2010: 1265-1266).

Ante ello, resulta vital que nuestros jueces entiendan que si quieren pensar una justicia administrativa en clave de tutela judicial efectiva, entonces, tienen que adecuar la tutela cautelar a dicho derecho fundamental. Ello implica el uso y empleo (con las debidas ponderaciones del caso —nunca con discrecionalidad que es casi inexistente en lo cautelar) de la regla de atipicidad y adecuación de las cautelares en el contencioso como instrumento necesario para que sea eficaz en la tutela —en este caso provisoria— de los derechos del administrado frente a la siempre poderosa y muchas veces abusiva, Administración. El tiempo actual exige un contencioso-administrativo amplio en la tutela cautelar y no un juez timorato, esclavo de una inconstitucional «deferencia judicial al Ejecutivo»⁹.

⁹ Concepto este de la «deferencia», extraño al sistema jurídico continental y que, además, nada bueno trae a nuestro Derecho administrativo, como ya lo ha demostrado ampliamente don Eduardo García de Enterría (2009: 175-218)

5. BIBLIOGRAFIA

- Ariano Deho, E. (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.
- Bacigalupo, M. (1999): *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*. Madrid: Marcial Pons. 212 pp.
- Broyelle, C. (2017): *Contentieux Administratif*. 5e édition. París: LGDJ.
- Bueno Armijo, A. y Rodríguez Portugués, M. (2007): «El fumus boni iuris como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares. ¿Un traidor entre los aliados?». Comentarios a los autos del TSJ de Cataluña, de 16 y 17 de junio de 2006, sobre suspensión cautelarísima del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En: *Revista de Administración Pública*, n.º 172, enero-abril 2007. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 227-253.
- Chinchilla Marín, C. (1991). *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Madrid: Editorial Civitas. 195 pp.
- Fonseca, I. C. M. da (2009): *Processo temporalmente justo e Urgencia. Contributo para a autonomizacao da categoria de tutela jurisdiccional de urgencia na Justica administrativa*. Lisboa: Coimbra Editora. 1120 pp.
- García de Enterría, E. (2004): *La batalla por las medidas cautelares*. 3.ª edición. Madrid: Editorial Civitas.
- (2009): *Democracia, jueces y control de la Administración*. 6.ª edición. Madrid: Editorial Civitas.
- Hernández Corchete, J. A. (2000): «Medidas cautelares en lo contencioso-administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate aún abierto». En: *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 10, mayo-agosto 2000. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 73-87.
- Huapaya Tapia, R. (2006): *Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo*. Tomo I. Lima: Jurista Editores. 1126 pp.
- Huergo Lora, A. (2000). *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*. Elcano: Editorial Aranzadi. 388 pp.
- (2012): «Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada». En: *Revista de Administración Pública*, n.º 189, septiembre-diciembre 2012. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 41-73.
- Miguez Macho, L. (2015): «Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el contencioso-administrativo». En: *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 38. Madrid: Iustel.
- Monroy Palacios, J. J. (2001): «Panorama actual de la justicia civil: una mirada actual desde el proceso». En: *Revista Themis*, n.º 43. Lima: Asociación Civil Themis, pp. 159-192.
- (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Ediciones Comunidad.

- Proto Pisani, A. (2018): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima: Palestra Editores.
- Priori Posada, G. (2006): *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara Editores. 213 pp.
- (2009): *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-administrativo*. 4.^a edición. Lima: Ara Editores.
- Rebollo Puig, M. (2012): «Las medidas cautelares en la Ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998». En: AA.VV., *Tutela de los derechos en sede jurisdiccional*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, pp. 271-292.
- Santamaría Pastor, J. A. (2010): *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Comentario. Madrid: Iustel. 1396 pp.
- Simón Padrós, R. (2004): *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa*. Buenos Aires: Lexis Nexis. 463 pp.

EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO- CONTABLE: ¿DIFERENCIACIÓN O CONVERGENCIA?

Manuel Luis Pérez García¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La casación en la LOTCu de 1982 y en la LFTCu de 1988. 3. La irrupción de la casación contencioso-administrativa en 1992. 4. La Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo de 1998. 5. La nueva casación contencioso-administrativa y su incidencia en el enjuiciamiento contable. A) ¿Persistencia de la diferenciación? B) La convergencia: el ATS de 31 de mayo de 2017. 6. Perspectivas de futuro de la casación contencioso-contable. 7. Bibliografía.

RESUMEN: El carácter jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable encomendada al Tribunal de Cuentas se ve reforzada, entre otros argumentos, por su eventual impugnación mediante recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo. En esta comunicación se analiza la incidencia en la casación contencioso-contable del nuevo modelo basado en la existencia de interés casacional². Para ello, se estudia su evolución desde su incorporación en la LFTCu y en la legislación procesal contencioso-administrativa empleando las distintas fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales; y tomando como parámetro el eje: diferenciación-convergencia.

PALABRAS CLAVE: Tribunal de Cuentas, jurisdicción, Tribunal Supremo, recurso de casación, interés casacional.

¹ La responsabilidad de esta comunicación es exclusiva de su autor.

² Sobre el recurso de casación contencioso-administrativo se puede consultar la obra: J. M. Núñez Jiménez y M. L. Pérez García (2018).

ABSTRACT: The jurisdictional nature of judging and enforcing judgments in the field of accounting liability incurred by those responsible for the management of public funds entrusted to the Court of Auditors is reinforced, among other arguments, by its eventual review using the contentious-administrative cassation appeal before the Supreme Court. In this communication the incidence in the contentious-accounting cassation of the new model based on the existence of cassation interest is analysed. For this, its evolution is studied from its incorporation in the Functioning of the Court of Auditors Act 1988 and in the contentious-administrative procedure legislation, using the different legal, case-law and academic sources; and taking the axis differentiation-convergence as a parameter.

KEYWORDS: Spanish Court of Auditors, jurisdiction, Supreme Court, cassation appeal, cassation interest.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 regula el Tribunal de Cuentas (TCu) en su artículo 136³ y lo configura como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público. Realiza el control externo de la actividad económica financiera del sector público (función fiscalizadora) y se le atribuye una genuina función jurisdiccional, ya que como ha declarado el Tribunal Constitucional el enjuiciamiento contable que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas constituye el ejercicio de una función jurisdiccional, plena y exclusiva, en un proceso especial por razón de la materia. Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/1982, de 12 de mayo (LOTCu, en adelante), las dos funciones atribuidas al Tribunal de Cuentas se definen de forma clara y precisa, y se configura la jurisdicción del Tribunal como una auténtica potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en materia contable; así el artículo 2.b de la LOTCu establece: «*Son funciones propias del Tribunal de Cuentas: [...] b) El enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos*». Este carácter plenamente jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable se plasmó igualmente en la posterior Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu) y ha sido objeto de reconocimiento jurisprudencial tanto por el Tribunal Constitucional⁴ (SSTC 187/1988, 18/1991, de 31 enero;

³ Dos recientes trabajos sobre el Tribunal de Cuentas con ocasión del cuadragésimo aniversario de nuestra Constitución: P. J. Pendás Prieto y M.^a J. García Blanco (2018) y P. Sala Sánchez (2018).

⁴ Sobre ésta cuestión véase J. Alsina Enríquez (2001).

ATC 312/1996, de 29 de octubre) como por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a, recurso de casación núm. 4832/2009, ponente: Juan José González Rivas) a diferencia de la fiscalizadora: «*cuando actúa en el ejercicio de su función jurisdiccional que se constituye como un Tribunal inscrito en la órbita del Poder Judicial*», FJ 8.^o. Y por la doctrina científica más autorizada. En palabras de L. Vacas García-Alós (2009: 37), la consagración jurisdiccional del TCU en su vertiente de enjuiciamiento contable permite hablar de una «jurisdicción del gasto público»⁵ en que el Juez de lo contable es el Juez natural predeterminado por la Ley para revisar la gestión pública y actuaciones económico-patrimoniales y contables de los gestores públicos que perjudican al erario público. La extensión y los límites de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas se regulan en los arts. 15 a 18 de la LOTCu y en el artículo 49 de su Ley de Funcionamiento, que recoge el concepto de responsabilidad contable.

El artículo 15.1 LOTCu señala que: «*el enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos*».

De ello se deduce que solo las personas que tengan a su cargo el manejo o custodia de fondos públicos, sean o no funcionarios, sean personas físicas o jurídicas, pueden incurrir en responsabilidad contable y ser enjuiciados por el Tribunal de Cuentas. Añade el apartado 2 del citado precepto que: «*la jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos, así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión*».

Por otra parte, según resulta de los artículos 16 LOTCu y 49.2 LFTCu, no corresponde a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de los asuntos atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional o de los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria: civil, penal, contencioso-administrativa, etc. En consecuencia, los órganos de la jurisdicción contable pueden apreciar, incluso de oficio, su falta de jurisdicción o competencia en la forma establecida en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio).

La jurisdicción del Tribunal de Cuentas se extiende a todo el territorio nacional, es única en su orden (artículo 1.2 LOTCu), necesaria, improrrogable, exclusiva y plena (art. 17.1 LOTCu). El artículo 17.2 LOTCu establece que la jurisdicción contable: «*se extenderá, a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable*» y estén relacionadas con ella

⁵ Que la doctrina italiana denomina justicia financiera, C. Tolosa Treviño (2018: 37).

directamente. El artículo 18 LOTCu establece que *«la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal»*.

La enumeración de los órganos de la jurisdicción contable se realiza por el artículo 52 LFTCu: *«1. La jurisdicción contable se ejercerá por los siguientes órganos: a) Los Consejeros del Tribunal de Cuentas. b) Las Salas del Tribunal de Cuentas»*. El apartado 2 del mismo artículo se refiere, no a los órganos de la jurisdicción contable propiamente dichos, sino al órgano competente para resolver los recursos contra las sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas: *«La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación y revisión que se interpongan contra las sentencias pronunciadas por las Salas del Tribunal de Cuentas, en los casos y por los motivos determinados en esta Ley»*.

2. LA CASACIÓN EN LA LOTCU DE 1982 Y EN LA LFTCU DE 1988

El recurso de casación en el ámbito de la jurisdicción contable nació con la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 1982, es decir, una década antes de que existiera en la propia Jurisdicción Contencioso-Administrativa en 1992⁶. El artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas preceptuaba: *«Las resoluciones del Tribunal de Cuentas, en los casos y en la forma que determine su Ley de Funcionamiento, serán susceptibles del recurso de casación y revisión»*⁷.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en su artículo 58 dispone que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocerá en única instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en los términos y materias que la ley establezca y de aquellos otros

⁶ Para G. Muñoz Álvarez (1996: 135): *«puede por tanto considerarse al legislador contable como el pionero en cuanto a la creación ex novo de la Casación Contenciosa»*. Retrotrayéndonos en el tiempo cabe afirmar que el surgimiento del recurso de casación en nuestro país llegó con la impugnación de los actos contables del Tribunal de Cuentas del Reino de España y Ultramar. La Ley de 25 de agosto de 1851, probablemente constituyó el primer antecedente del recurso de casación contencioso-administrativo español. Este recurso podía interponerse contra los fallos del Tribunal de Cuentas del Reino de España y los de Ultramar, de acuerdo con las Leyes Especiales de estos órganos.

⁷ Sobre las relaciones entre la jurisdicción contable y la casación contenciosa nos remitimos al trabajo de L. Vacas García-Alós (1990).

recursos que excepcionalmente le atribuya la ley. Además de los recursos de casación y revisión en los términos que establezca la ley.

El art. 81 LFTCu dispuso que son susceptibles del recurso de casación las sentencias definitivas pronunciadas por las Salas del Tribunal en apelación o en única instancia cuando la cuantía del procedimiento exceda de tres millones de pesetas. Esta cuestión se entenderá, en su caso, elevada o disminuida, sin necesidad de precepto legal que así lo exprese, en la medida en que lo sea para el recurso de casación en el proceso civil (remisión obvia al recurso civil por la inexistencia en ese momento de la casación contenciosa).

En el 82 LFTCu se enumeran los motivos por los que puede ser interpuesto (reproducción de los entonces vigentes arts. 1692 y 1693 de la LEC). Tras un paréntesis de casi seis años, la disposición transitoria tercera de la LFTCu estableció que hasta fuera regulado el recurso de casación en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se observarían un conjunto de disposiciones acerca de su preparación, interposición, sustanciación y decisión.

3. LA IRRUPCIÓN DE LA CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN 1992

La introducción del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo fue obra de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, esta se cuidó, en el nuevo artículo 93.5, de incorporar al recurso de casación contencioso-administrativo las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable exclusivamente en los motivos regulados específicamente en el artículo 82 de la LFTCu: *«Las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas»*.

4. LA LEY DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE 1998

Tras la entrada en vigor de la LJCA de 1998, el recurso de casación contable seguía con el régimen de los motivos casacionales tasados de la LFTCu. Con la particularidad del motivo basado en el error evidente en la apreciación de la prueba⁸ basado en documentos que obren en el procedimiento, que de-

⁸ Así lo declaraba la Sala Tercera en su STS de 21 de octubre de 2010, RC 6406/2008: «[...] No incluye nuestra norma reguladora de la jurisdicción como motivo de casación general el error evidente en la apreciación de la prueba. Fue excluido como motivo casacional en el art. 88.1. LJCA 1998 tras la previa implantación del recurso de casación por la Ley 10/1992, de

muestren la equivocación del Tribunal sin resultar contradichos por otros elementos de prueba. La *summa gravaminis* se ha ido actualizando gradualmente alcanzado tras diversas reformas la cifra de 600.000 euros (Ley 37/2011, de 10 de octubre)⁹.

Sin olvidar, que el artículo 12.1.c) LJCA atribuye al Tribunal Supremo el control de los actos, disposiciones y resoluciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas.

5. LA NUEVA CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y SU INCIDENCIA EN EL ENJUICIAMIENTO CONTABLE

El 22 de julio de 2016 entró en vigor la vigente regulación del recurso de casación contencioso-administrativo, introducida por la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, que da una nueva redacción a los artículos 86 a 93 de la LJCA y suprime el 94 y 95. Se viene aplicando a las sentencias y autos susceptibles de recurso de casación que tengan fecha de 22 de julio de 2016 en adelante¹⁰. El nuevo modelo de recurso de casación ha supuesto un cambio de gran calado en la configuración del mismo, ya que se ha introducido por el legislador el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como criterio para decidir la admisión del recurso. Desaparecen los recursos de casación para unificación de doctrina y en interés de ley y se suprimen los límites de cuantía y materia hasta ahora existentes en relación a sentencias y autos de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, ampliando el recurso a determinadas sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

A) ¿PERSISTENCIA DE LA DIFERENCIACIÓN?

A pesar de la importante reforma casacional, la casación contable parecía permanecer incólume. La nueva redacción del artículo 89.4 LJCA era idéntica al art. 89.5 derogado: «*Las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia*

30 de abril, que lo suprimió en el orden jurisdiccional civil. Como manifestamos en nuestras sentencias de 21 de julio y 15 de noviembre de 2004, recursos de casación 1937/2002 y 6812/2001, *sólo existe dicha especialidad en el ámbito del recurso de casación en materia de responsabilidad contable a consecuencia de la remisión que el art. 86.5 de la vigente LJCA 1998 realiza a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas* (art. 82.1.4), de promulgación previa a las reformas a las que nos venimos refiriendo», FJ 6.

⁹ Sobre la jurisprudencia del TS en materia contable previa a la reforma casacional véase M. A. Ruiz López (2015).

¹⁰ Acuerdo de la Sección de Admisión del TS de 22 de julio de 2016.

de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento».

B) LA CONVERGENCIA: EL ATS DE 31 DE MAYO DE 2017

El ATS de 31 de mayo de 2017 (ponente: Jesús Cudero Blas) ha venido a clarificar la casación contencioso-contable. Como se ha indicado, el vigente art. 89.4 LJCA¹¹ hace una remisión a la LFTCu no exenta de dudas. La problemática radicaba en que frente a un modelo casacional fuertemente formalista construido en un listado taxativo de motivos y limitado a los de cuantía elevada, se adopta un sistema abierto y cuasidiscrecional centrado en la existencia de un interés casacional objetivo, cuya alegación y acreditación por el recurrente opera como requisito de admisibilidad del recurso. Y es que en el caso concreto de la casación contable, el legislador no precisó la incidencia de la reforma respecto de los recursos de casación interpuestos contra resoluciones del Tribunal de Cuentas.

En el procedimiento en el que recayó el ATS de 31 de mayo de 2017, la sentencia de apelación, dictada por la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas ya en vigor la LO 7/2015, fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal y por una de las partes. Mientras la parte siguió el régimen de la LFTCu, el Fiscal preparó el recurso con arreglo al sistema de interés casacional objetivo. Aunque la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas tuvo por preparados ambos recursos, la Fiscalía del Tribunal Supremo, al formalizar su propio recurso, se opuso a la admisión del deducido por la parte contraria, alegando que el modelo procesal especial del órgano contable estaba derogado por la LO 7/2015. El Auto, partiendo de un cumplido estudio de la evolución histórica normativa del problema, se inclina finalmente por la tesis sostenida por el Ministerio Fiscal, y concluye apreciando que se ha derogado el sistema de motivos que: *«a nuestro juicio, no puede ser mantenido solo para el Tribunal de Cuentas so pena de mantener una regulación legal [...] que, en este punto, resulta difícilmente conciliable con el régimen instaurado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio»*, porque: *«en otro caso no sería posible dotar de eficacia a la remisión contenida en el artículo 84.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas»*¹². Como corolario, el recurso de casación contencioso contable ha de ajustarse a las exigencias del art 89.2 LJCA (acreditación de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), sin límite cuantitativo alguno.

¹¹ Para la Magistrada Inés Huerta de la Sala 3.º del TS, la parquedad del citado precepto planteaba dudas, en gran medida, disipadas, por ATS de 31 de mayo de 2017 (casación 60/17) del que nos ocupamos a continuación. Cfr. I. Huerta Garicano (2018: 71-72).

¹² FJ 4.º.

Cabe reseñar que este trascendental Auto, en lugar de estimar la pretensión de inadmisión opuesta por el Ministerio Fiscal, resolvió retrotraer las actuaciones al trámite de preparación, para dar a la parte recurrente la oportunidad de intentar la casación siguiendo el nuevo sistema casacional. Motiva la Sala Tercera esta decisión en que entre las dos posibles opciones: o bien ajustarse al régimen de la LFTCu o al de la LJCA reformada, eran ambas posibles y razonablemente defendibles: «*sin que la que ahora hemos considerado acertada se presentara como indubitada o evidente, por lo que no puede hacerse recaer sobre el recurrente las consecuencias del desacierto en la opción elegida*». A pesar de que la decisión de retrotraer el proceso sin que concurra, o al menos sin concretar ningún motivo de nulidad pudiera ser discutible formalmente, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), parece a nuestro juicio una solución justa y equitativa.

6. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA CASACIÓN CONTENCIOSO-CONTABLE

Al tiempo de escribir estas líneas la Sala Tercera del TS aún no ha dictado una Sentencia con el nuevo sistema de interés casacional en materia de enjuiciamiento contable. Sin embargo, y a pesar de la falta de jurisprudencia por el corto período de tiempo transcurrido desde el significativo ATS de 31 de mayo de 2017, cuya doctrina se reitera en AATS de 15 de junio de 2017 (Rec. Queja 223/2017), de 21 de junio de 2017 (Rec. Queja 220/2017)¹³, y de 19 de marzo de 2018 (RC 2885/2017), podemos aventurar que la textura abierta del nuevo modelo casacional implantado posibilitará que la Sala Tercera del TS tendrá en su mano, al igual que sucede en la casación común, abordar aspectos que no podía resolver con anterioridad por la imposibilidad legal de acceso a casación de los asuntos de cuantía inferior a 600.000 euros. Además, con el añadido de no existir la limitación de que haya de fundarse la casación contencioso-contable en los motivos previstos en el artículo 82.1 LFTCu. Por ello son recurribles en casación todas las sentencias definitivas pronunciadas por las Salas del Tribunal de Cuentas en apelación o en única instancia en materia de responsabilidad contable, así como los autos referidos en el art. 81.2, apartados 2.º y 3.º de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Esperamos que la nueva jurisprudencia pueda potenciar la eficacia¹⁴ de la función jurisdiccional del TCu¹⁵ que en los últimos tiempos se ha convertido en un elemen-

¹³ J. A. Razquin Lizarraga (2018: 244).

¹⁴ J. R. Chaves García (2017).

¹⁵ Sobre esta cuestión y las disfunciones entre jurisdicción contencioso-administrativa y jurisdicción contable *vide* el acertado trabajo de J. R. Chaves García (2017).

to fundamental de nuestro Estado de Derecho¹⁶ para mitigar comportamientos de menoscabo de caudales públicos y corrupción¹⁷.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Alsina Enríquez, J. (2001): «La STC 215/2000, de 18 de septiembre, o la infundada confirmación de la naturaleza jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 112, pp. 613-628.
- Bellido Penadés, R. (2012): «El recurso de casación contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas», en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 28, pp. 71-89.
- Chaves García, J. R. (2017): «La urgente reconstrucción del enjuiciamiento contable del reintegro por alcance», en *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 6, pp. 730-748.
- González Rivas, J. J. (2005): «El recurso de casación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas», en *Revista Española de Control Externo*, núm. 2, pp. 11-32.
- Huerta Garicano, I. (2018): «Los criterios de la Sección de Admisión en orden a la admisión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 207, pp. 61-93.
- Muñoz Álvarez, G. (1996): «El recurso de casación Contencioso-contable», en *Seminarios 1994-1995*, Madrid, Tribunal de Cuentas, pp. 133-140.
- Núñez Jiménez, J. M. y Pérez García, M. L. (2018): *Estudio sobre el recurso de casación contencioso-administrativo*, Madrid, Ministerio de Justicia.
- Pendás Prieto, P. J. y García Blanco, M.^a J. (2018): «Tribunal de Cuentas: “los números son apolíticos”», en *España constitucional (1978-2018): Trayectorias y perspectivas*, vol. IV, Benigno Pendás García (dir.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 3453-3468.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2018): «Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110, pp. 239-282.

¹⁶ Sentencia núm. 16/2018, de 12 de noviembre de 2018 (Departamento 2.º de la Sección de Enjuiciamiento del TCu), en el procedimiento de reintegro por alcance n.º B-215/17 (consulta ilegal 9-N).

¹⁷ En el marco del grupo de trabajo: «Valores y ventajas de las Entidades Fiscalizadoras Superiores», de la Organización internacional de las entidades fiscalizadoras superiores (INTOSAI), las Entidades Fiscalizadoras Superiores con funciones jurisdiccionales elaboraron la Declaración de París de 13 de noviembre de 2015.

- Ruiz López, M. A. (2015): «El recurso de casación contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable: un repaso de la jurisprudencia reciente», en *Revista Española de Control Externo*, núm. 49, pp. 139-154.
- Sala Sánchez, P. (2018): «Artículo 136», en *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz (dirs.), vol. 2, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1883-1896.
- Tolosa Tribiño, C. (2018): «Nuevas perspectivas del enjuiciamiento contable: el control casacional», en *Revista Española de Control Externo*, núm. 58, pp. 33-55.
- Vacas García-Alós, L. (1990): «La casación en lo contencioso-administrativo y su atinencia con la jurisdicción contable», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4, pp. 31-46.
- (2009): *La responsabilidad contable de los gestores públicos y de los perceptores de subvenciones en la jurisprudencia*, Madrid, Editorial Reus.

RELACIÓN DE SÍNTESIS

LA JUSTICIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN PERSPECTIVA COMPARADA

Susana de la Sierra

La historia de la jurisdicción contencioso-administrativa en España y su estudio doctrinal no se comprenden sin el método comparado. Así, desde los orígenes de la disciplina, la referencia a otros ordenamientos jurídicos —de forma singular, el francés— ha sido una constante, a fin de avanzar en el desarrollo del control judicial de las Administraciones Públicas y en las garantías de la ciudadanía. En España, además, el actual modelo plasmado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa bebe de la extensión que por vía judicial y académica se realizó de su predecesora, la Ley de 1956, una extensión que tuvo lugar justamente de manera destacada acudiendo a fuentes extranjeras que sirvieran de inspiración para la aplicación de una norma, que aun avanzada desde el punto de vista técnico, había sido gestada en un Estado no democrático trufado, en consecuencia, de inmunidades respecto del ejercicio del poder.

En otro orden de cosas, la historia de la jurisdicción contencioso-administrativa es, como es conocido, la historia de una lucha, la lucha contra las inmunidades del poder, tal y como de forma acertada articulara Eduardo García de Enterría en su señera conferencia en la Universidad de Barcelona en 1962. Y ello ha sido de esta manera no sólo en España, sino también en otras latitudes. Este sentir se deduce de las ponencias que fueron dictadas en la cuarta y última sesión del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: «La justicia administrativa en Latinoamérica», pronunciada por el Catedrático venezolano Allan R. Brewer-Carías, y «La justicia administrativa en España», del Catedrático de Derecho Constitucional y Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Luis María Díez-Picazo. En ambos casos se argumentó que el Derecho administrativo francés y, en particu-

lar, su contencioso-administrativo se erigieron desde un inicio en faro guía de múltiples ordenamientos jurídicos tanto en el continente europeo como en Iberoamérica. La excepción la constituyen países de la órbita anglosajona, comenzando por el Reino Unido en Europa, pero incluyendo en Iberoamérica a Estados como Argentina o Brasil, con un modelo de justicia administrativa que se inspira en la justicia estadounidense. Con ello, no tienen cabida ahí las reflexiones sobre la existencia de un orden contencioso-administrativo distinto y separado del orden jurisdiccional civil o común. Y también se han de subrayar en esas coordenadas geográficas las especificidades respecto del control de constitucionalidad, que es un modelo de control difuso y que se aparta, por tanto, del modelo kelseniano que ha hecho fortuna entre nosotros, así como en otros países del entorno europeo e iberoamericano.

De ambas ponencias se extrae la conclusión de que el modelo francés inspiró durante largo tiempo, pero que de forma paulatina sus emuladores profundizaron y avanzaron partiendo del mismo. Es decir, se fue superando el corsé de algunas categorías jurídicas y en cada Estado, conforme a su contexto y a su propia cultura jurídica, se evolucionó hasta el punto de consolidar un modelo de control más ambicioso y acorde con las exigencias de un Estado Constitucional que garantiza no sólo la tutela judicial efectiva, sino la protección del resto de derechos, incluidos aquellos que derivan de la cláusula del Estado Social. Todo ello en perfecta ejecución del paradigma del desarrollo gradual de los textos gracias al Derecho Comparado, que en su día teorizara Peter Häberle.

En este marco, cabe estructurar el contenido de la sesión y, en general, del Congreso en torno a tres cuestiones: 1) La óptica de análisis de la jurisdicción contencioso-administrativa continúa siendo a día de hoy la propia de la lucha contra las inmunidades del poder; 2) Siendo esto así, conviene completar dicho análisis con reflexiones sobre la organización y el gobierno de los órganos jurisdiccionales, así como sobre el perfil de quienes desempeñan ahí sus funciones; y 3) Estos ejes habrían de complementarse con una reflexión en torno a la argumentación jurídica, a la forma de razonar y de construir el pensamiento jurídico tanto en la jurisdicción como en quienes la estudian, es decir, en la Academia.

El abordaje del estudio del contencioso-administrativo, en primer lugar, continúa realizándose desde la óptica de la lucha contra las inmunidades del poder. En general, en todos los ordenamientos jurídicos se ha producido una ampliación paulatina del ámbito de cognición de la jurisdicción contencioso-administrativa, esencialmente atendiendo la evolución de los marcos constitucionales. Así, no cabe entender el Derecho Administrativo sin la perspectiva de sus bases constitucionales, partiendo de la libertad y la igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico. Sin embargo, el modelo clásico de Derecho Administrativo gestado en un determinado tipo de sociedad y de

organización política requiere ser repensado no sólo desde el prisma constitucional, sino también desde nuevos «sectores de referencia» (*apud* Eberhard Schmidt-Assmann), que plantean otros desafíos al conocimiento y, en consecuencia, lanzan interrogantes que requieren respuestas jurídicas adecuadas. En este sentido, Jesús Jordano Fraga abogó en su ponencia por partir del Derecho ambiental como «punta de lanza» para repensar las categorías fundamentales del contencioso-administrativo.

En segundo lugar, cabe plantearse quién compone la jurisdicción y, en consecuencia, quién se ocupa de su día a día. La ponencia de Luis María Díez-Picazo abundó en el sistema de «reclutamiento» de jueces especialistas, poniendo el acento justamente en la especialización. Más allá de esta circunstancia, quizás convendría reflexionar —desde una óptica que trascienda lo jurídico— algo que desde luego excede de las presentes líneas, esto es, si el tipo de pruebas de acceso a la judicatura (y quizás por extensión también a otros Cuerpos funcionariales) son las adecuadas en una realidad compleja en la que no solamente se han de manejar conocimientos técnico-jurídicos, sino también en ocasiones económicos o incluso tecnológicos. Así, y entre otras propuestas metodológicas, el análisis económico del Derecho —estudiado entre nosotros fundamentalmente por Gabriel Doménech, a cuya comunicación en este Congreso aprovecho para remitirme— es un instrumento de creciente importancia en determinados sectores y, en general, lo es para introducir un elemento adicional a tener en consideración en la toma de decisiones. Precisamente el dato de la complejidad llevó a que María Jesús Montoro, Eduardo Gamero o Rubén Álvarez, entre otros, plantearan la conveniencia de incorporar profesionales distintos de los jueces —ingenieros, informáticos— para juzgar asuntos en los que sus conocimientos puedan arrojar luz sobre aspectos oscuros en la interpretación de la norma jurídica correspondiente. Más allá de esto, y concluyendo con cuestiones metajurídicas, la incorporación de personas a la judicatura que procedan de distintos ámbitos sociales requeriría la existencia de mecanismos de apoyo para afrontar económicamente los años necesarios para la preparación de las pruebas.

Continuando con la propia organización de la jurisdicción, una nota a tener en consideración —relacionada con la complejidad mencionada— es la especialización. A la especialización tradicional, que es la propia de la jurisdicción contencioso-administrativa, se ha de añadir algún dato. Por un lado, el objeto siempre creciente del Derecho Administrativo y la necesidad de buscar vías alternativas de resolución de conflictos ante la saturación judicial, entre otras razones, ha llevado a la proliferación de órganos administrativos que ejercen el control de sectores concretos (contratos públicos o transparencia, entre otros). Por otro lado, los órganos judiciales colegiados se estructuran internamente en secciones, conforme a sus reglas de reparto. La importancia de dichas reglas en la calidad de la justicia y desde la óptica iusfundamental —derecho al juez predeterminado por la ley— fue puesta de manifiesto por Alba Noguei-

ra en su comunicación sobre las normas de reparto en la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al hilo de la inexistente competencia en materia de vivienda.

Por último, cabría quizás llamar la atención sobre la necesidad de aproximarse al estudio de la jurisdicción contencioso-administrativa también desde métodos distintos del método jurídico tradicional. Se han citado algunos métodos complementarios y no excluyentes: el método comparado, que puede considerarse se encuentra en la génesis y el desarrollo del modelo de justicia administrativa en España y en otros países; y el análisis económico del Derecho, no sólo en la toma de decisiones en materias de naturaleza neta y primordialmente económica.

En los años que han transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se ha consolidado una línea de pensamiento dirigida a completar el modelo clásico de subsunción. Así, desde la Teoría y la Filosofía del Derecho se ha abundado en la argumentación jurídica en torno a conceptos como principios, ponderación o neoconstitucionalismo. Cabría introducir, de este modo, un nuevo elemento en la agenda de investigación de la jurisdicción contencioso-administrativa, cual es el impacto de estas teorías —si es que ha existido alguno— en las resoluciones de los órganos judiciales, fundamentalmente los órganos superiores. En este sentido, la consolidación de recursos con sistemas de admisión basados en decisiones discrecionales (recurso de amparo y recurso de casación contencioso-administrativo, en lo que ahora interesa) habría de ser conectado con esa cuestión, dado el carácter discursivo de las resoluciones.

Por último, en diversas sesiones se hizo referencia al uso de *big data* y de jurimetría en la producción de resoluciones jurídicas y en el control de las mismas. Y este debate ha de relacionarse también con el correspondiente a los sesgos de quien produce, aplica, interpreta o cuestiona el Derecho (por todos me remito a Silvia Díez en su obra *La formación de conceptos en el Derecho Público*), así como, con carácter más extenso, con la subjetividad, que entre nosotros no se ha problematizado lo suficiente, tal y como ha denunciado Carlos Amoedo en sus acertados trabajos sobre Derecho Administrativo y neurociencias.

Todas estas cuestiones nos conciernen también como juristas y permiten ofrecer un panorama, si no completo sí aproximado de los debates que tuvieron lugar en el XIV Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo.

**ACTAS DEL XIV CONGRESO DE LA
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
PROFESORES DE DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**MURCIA
8-9 DE FEBRERO DE 2019**



INAP

ISBN 978-84-7351-680-8

