

Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo

Pedro Luis Roás Martín

Magistrado

Sala de lo contencioso-administrativo de Sevilla

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. UN DEBATE DE PRINCIPIOS. II. LA SIGNIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. III. LA SUPLETORIEDAD DE LA LEC EN LOS AUTOS DE ADMISIÓN DEL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN: LAS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS CONTINÚAN VIGENTES. IV. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD NO RESPONDE A UNA REGLA EXACTA. 1. La LEC como norma procesal común. 2. La aplicación matizada de la LEC. V. LA PRUEBA SE DESARROLLARÁ CON ARREGLO A LAS NORMAS GENERALES ESTABLECIDAS PARA EL PROCESO CIVIL. VI. UN REDUCIDO CAMPO DE APLICACIÓN PARA LAS MEDIDAS CAUTELARES. VII. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. VIII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Sirve este estudio para hacer un repaso por algunas de las cuestiones que ha generado mayor controversia en la práctica jurisdiccional en relación con el alcance y significación de la cláusula de supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo. Con este análisis se pretende ilustrar acerca de la labor de ponderación entre principios y estructuras procesales diferentes que comporta la aplicación de esta cláusula y la dificultad existente a la hora de hallar criterios interpretativos claramente definidos con el fin de resolver sobre la procedencia de su uso para lograr la integración de eventuales lagunas normativas o identificar en su caso una voluntad legislativa orientada a dotar de una respuesta procesal diferente un determinado trámite o institución.

PALABRAS CLAVE: Supletoriedad. Ley de Enjuiciamiento civil. Proceso contencioso-administrativo. Prueba. Medidas cautelares. Ejecución de sentencias.

ABSTRACT: This study serves to review some of the issues that have generated most controversy in the jurisdictional practice in relation to the scope and significance of the supplementary clause of the Civil Procedure Law in the contentious-administrative order. This analysis is intended to illustrate about the work of weighting between different procedural principles and structures involved in the application of this clause and the difficulty in finding clearly defined interpretive criteria in order to decide on the appropriateness of their use for achieve the integration of possible regulatory gaps or identify, where appropriate, a legislative will aimed at providing a different procedural response to a specific procedure or institution.

KEYWORDS: Supplementary. Civil procedure law. Contentious-administrative process. Proof. precautionary measures. Execution sentences.

I. UN DEBATE DE PRINCIPIOS

La Disposición Final primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispone que en lo no previsto por esta Ley regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil. Y, el artículo 4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, bajo una mención específica a su carácter supletorio, señala que en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley.

El alcance de ambos preceptos ofrece una problemática interpretativa muy variada en el orden jurisdiccional contencioso administrativo y una significación reveladora de los principios y presupuestos fundamentales que configuran su proceso. La doctrina de nuestros tribunales insiste en rechazar la caracterización de aquella cláusula de supletoriedad como una regla automática, aplicable en cualquier caso ante situaciones de vacío regulatorio en la LJCA.

Los autos del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 26 de noviembre de 1990 ya distinguieron entre silencios de remisión que daban lugar a la plena aplicabilidad de la LEC, pero también silencios de exclusión que respondían a la inequívoca voluntad legislativa de regular una determinada figura, instituto o trámite procesal de un modo diverso¹.

¹ Razona en este mismo sentido la STC 277/2000, de 27 de noviembre, “Pues bien, la necesidad de examen de los autos en esa fase del recurso de casación no se prevé en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni en la redacción vigente en el momento de dictarse las resoluciones judiciales impugnadas (LJCA de 27 de diciembre de 1956) ni en la actual redacción de dicha LJCA mediante Ley 29/1998, de 13 de julio, que mantiene en este extremo la misma regulación del recurso de casación que existía en la antigua Ley, reproduciendo fielmente las previsiones del legislador anterior. Quiere decirse con ello que no parece tratarse de una omisión inadvertida, sino de un trámite que la Ley especialmente no prevé como necesario en tal fase del proceso. Por lo que tampoco se trata en este caso de la integración de una “laguna legal” que, según

Son múltiples los supuestos en los que el Tribunal Supremo ha venido a reconocer dicha premisa. En su sentencia de 28 de junio de 2005, rec. 6/2004, reflexiona acerca de que la supletoriedad procesal civil ha de jugar en su ámbito propio, esto es, en aquellos casos en que la LJCA no regula una cuestión, pero tácitamente tampoco se opone a ella por resultar la regla de supletoriedad incompatible con el régimen por ella diseñado. Lo hace también de un modo sumamente indicativo en su sentencia de 9 de marzo de 2012, rec. 3088/2008, ante la ausencia de un precepto en la LJCA que regule la acumulación de acciones conexas cuyo enjuiciamiento deba corresponder a órganos jurisdiccionales diferentes por razón del origen o procedencia del acto impugnado, y en la que viene a razonar que el empleo de aquel mecanismo de supletoriedad no puede realizarse de una manera acrítica y automática, debiendo coheretarse con el orden de principios que inspiran y vertebran la jurisdicción contencioso-administrativa. O, más recientemente, la sentencia de 22 de mayo de 2018, rec. 54/2017, que proclama que no cabe en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo el acogimiento sin más, de forma mecánica e irreflexiva, de las distintas fórmulas previstas por la LEC sobre la condena en costas. Pronunciamientos que ponen de manifiesto un cuerpo de doctrina unánime y consolidado, que es acogido plenamente por la jurisprudencia del resto de nuestros tribunales de justicia².

Por otra parte, la doctrina científica ha venido a posicionarse desde la misma perspectiva, considerado que la aplicación de la cláusula de supletoriedad ofrece una naturaleza residual o de segundo grado y exige el previo agotamiento de los mecanismos de auto-integración contemplados en la norma procesal propia³. No debe olvi-

lo expuesto, no es tal, mediante la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Disposición adicional sexta LJCA de 1956), que sí prevé ese trámite de examen de los autos en el art. 1705 respecto de la casación civil. No ha de confundirse, en tal sentido, la falta de previsión legal, que pudiese dar lugar, en efecto, a su necesaria integración mediante la aplicación supletoria del trámite previsto en el art. 1705 LEC para el recurso de casación en materia civil, con lo que realmente constituye previsión legal de la inexistencia de un determinado trámite procesal: el del examen de lo actuado, en tal fase del recurso que, simplemente no se regula en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como necesario respecto del recurrente y en relación con esa fase del recurso de casación”.

² A título de ejemplo, STSJC, sección 3, de 25 de abril de 2016, rec. 326/2015, STSJM, sección 3, de 28 de abril de 2016, rec. 819/2015, STSJM, sección 7, de 1 de julio de 2015, rec. 1111/2014, STSJC, sección 3, de 23 de enero de 2018, rec. 168/2017, STSJEXT, sección 1, de 15 de septiembre de 2016, rec. 487/2015 o STSJG, sección 2, de 26 de noviembre de 2015, rec. 4096/2015.

³ GALLARDO CASTILLO, M.J. (2006), *Los problemas de la aplicación supletoria de la LEC en el proceso contencioso-administrativo*, Iustel. CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M., y ZAPATA HIJAR, J.C. (2003), *La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Contencioso Administrativo*, Aranzadi. LUACES GUTIÉRREZ, A.I. (2004), *La prueba pericial en el proceso administrativo. Incidencias prácticas por la aplicación de la LEC*. Centro de Estudios Ramón Areces. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2017), “Retos de la ejecución provisional de sentencias”, *Revista de Administración Pública*, 203, 185-209. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.06>. PECES MORATE, J.E. (2000), “Supleteriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social*, Manuales de Formación Continuada. Consejo General del Poder Judicial. N° volumen: 7.

darse en este último sentido que la LJCA contempla mecanismos de auto-integración de las eventuales ausencias de regulación de determinados trámites, remitiendo a preceptos contenidos en su propio texto, como acaece en relación con el procedimiento abreviado, que remite en lo no expresamente regulado a las normas generales de la Ley (artículo 78.23 LJCA).

La aplicación de la cláusula de supletoriedad exige por lo tanto indagar en la voluntad del legislador, con el fin de identificar una mera omisión regulatoria susceptible de ser colmada mediante la toma en consideración de los preceptos correspondientes de la norma procesal civil o, en su caso, la intención específica de atender una determinada problemática procesal de un modo diferente. Para ello resulta fundamental, como se recoge en aquellas resoluciones, llevar a cabo una labor de ponderación de los principios básicos que inspiran el proceso contencioso-administrativo, caracterizado por una peculiar estructura institucional y por la especificidad de la materia que constituye su objeto⁴.

En definitiva, la amplísima problemática que suscita la aplicación supletoria de la LEC en el orden contencioso-administrativo constituye un debate de principios y obliga a considerar los parámetros fundamentales que configuran el proceso contencioso-administrativo. Exhibe de este modo un escenario adecuado para el estudio y la exposición de algunos de los presupuestos y de las dudas que suscita la significación de determinadas instituciones y trámites del proceso contencioso-administrativo, y ofrece en fin un encaje adecuado en este número extraordinario de la Revista Andaluza de Administración Pública, sobre balance y perspectivas de la LJCA tras sus primeros veinte años de vigencia.

El siguiente análisis pretende ofrecer varias consideraciones sobre algunas de las polémicas que se estiman más reveladoras desde el anterior punto de vista, pero también bajo un enfoque práctico acerca de la incidencia que en el quehacer ordinario de nuestra jurisdicción genera la aplicación de la regla de la supletoriedad de la LEC.

II. LA SIGNIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A modo de presentación de esta problemática, resulta indicativo el análisis de la aplicación en el orden contencioso-administrativo del apartado segundo del artículo

⁴ Así se expresa aquella STS de 9 de marzo de 2012, rec. 3088/2008, que añade: “*el Derecho Público, configurado según unos principios cualitativamente diferenciados del Privado, que determinan que la relación jurídico-administrativa, tanto en su vertiente sustantiva como en la procedimental, no pueda caracterizarse sin matices del mismo modo que las relaciones jurídico-privadas*”.

405 de la LEC, que recoge la posibilidad de considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado en su escrito de contestación como una admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales, e incorpora de este modo una regla de indudable trascendencia en el proceso valorativo del juez o tribunal.

El Tribunal Supremo sostuvo en su sentencia de 8 de noviembre de 2012, rec. 1359/20108, la necesidad de que las partes, a tenor del anterior precepto, introdujeran o configuraran de un modo expreso el ámbito material de la controversia; y esto a partir necesariamente de la negación de los hechos alegados en demanda⁵. Esta tesis restringe precisamente su alcance a un ámbito exclusivamente material, que lleva a excluir la necesidad de proponer y practicar prueba sobre aquellos hechos que no fueren objeto de una expresa negación en el escrito de contestación a la demanda, sin perjuicio de la interpretación o valoración de su alcance y consecuencias. Y, se ampara no solo en la aplicación supletoria del anterior precepto procesal civil, sino también en el tenor del artículo 60.3 de la LJCA⁶.

Sin embargo, no puede derivarse aquella consideración de la mera aplicación de este último precepto, único que en este caso es propio del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, e impone la exclusiva aplicación supletoria de la LEC para alcanzar la conclusión expuesta. Así, el artículo 60.3 de la LJCA señala que “3. *Se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito*”. La LJCA no contiene una norma, análoga a la del artículo 405.2 de la LEC, que lleve a considerar que la falta de una oposición o rechazo expreso a los hechos recogidos en la demanda permita concluir su admisión tácita. Solo puede alcanzarse la anterior conclusión a partir del indicado precepto de la norma procesal civil.

Otros Tribunales Superiores de Justicia han compartido el anterior razonamiento, abundando en otras razones justificativas. El TSJCV, sección 3, en su sentencia de 9 de febrero de 2012, rec. 1013/2009, pondera a los anteriores efectos el esfuerzo argumentativo y probatorio realizado por el actor frente al comportamiento procesal desplegado por la Administración, que no alegó o probó nada. La STSJCL, sección 1, de 7 de octubre de 2011, rec. 519/2011, admite la presencia de una controversia interpretativa acerca de la aplicación supletoria del anterior precepto, si bien se postula favorablemente con esta tesis que impone a la parte demandada un deber

⁵ “Es a partir de tal negación cuando se genera en el proceso la necesidad de la prueba y el juego al respecto de los preceptos rectores de la misma. Sin esa negación de partida nada impide que el Tribunal no exigiase su prueba conforme a lo dispuesto en el art. 405.2 LEC (de aplicación supletoria conforme a lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la LJCA) pudiera considerar el silencio como admisión tácita de los hechos”.

⁶ También en este sentido, la STS, sección 4, de 22 de septiembre de 2008, rec.7408/2005, la STS, sección 7, de 3 de diciembre de 2012, rec. 339/2012 o la STS, sección 6, de 6 de noviembre de 2009, rec. 6943/2005.

de explicación de su oposición frente a lo pretendido de contrario. O, la STSJPV, sección 3, de 24 de marzo de 2011, rec. 69/2011, que también concluye del mismo modo, entendiendo aplicable el anterior precepto a todo trámite de réplica.

En sentido contrario se posiciona sin embargo la más reciente STSJA (Sala de Málaga), sección 1, de 18 de septiembre de 2017, rec. 2654/2015, que considera que el anterior precepto se limita a regular los efectos de las respuestas evasivas en un interrogatorio de parte, medio probatorio diferenciado de la formalización del escrito de contestación a la demanda.

En este contexto, es preciso valorar que el artículo 405.2 de la LEC responde claramente a una rigurosa consideración del principio dispositivo, el cual despliega sin duda su máximo alcance en el proceso civil. Como señala a tal efecto la Exposición de Motivos de esta norma, a partir del citado principio se persigue la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, y son aquellos quienes con su actuación configura razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional.

Su traslación automática y aplicación acrítica, empleando expresiones del Tribunal Supremo, ofrece sin embargo alguna duda en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pudiera considerarse que la Ley 29/1998 tiene un precepto análogo en su artículo 33.1, que obliga a los órganos jurisdiccionales a juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición; sin embargo, no puede perderse de vista la conformación del objeto del recurso contencioso-administrativo como una actividad administrativa revestida de las tradicionales presunciones de legalidad y ejecutividad y en el marco de unos hechos previos que se introducen en el debate procesal a partir de la incorporación del expediente administrativo al proceso. De ahí que resulte razonable que se suscite alguna duda acerca de la mera derivación al proceso contencioso-administrativo sin más y en todo su alcance del principio dispositivo y sus consecuencias⁷.

Redunda en la anterior premisa la admisión en la LJCA de la posibilidad de que el Juez o Tribunal pueda de oficio acordar el recibimiento del pleito a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto, así como una vez finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea

⁷ No excluye este razonamiento la STS, sección 3, de 07 de marzo de 2013, rec. 6080/2009. Por otra parte, la argumentación contenida al respecto en la STS, sección 5, de 23 de febrero de 2012, rec. 2149/2008, permite identificar alguna duda en la rigurosa aplicación del precepto en el orden contencioso-administrativo, al valorar otros criterios empleados por la Sala de instancia para alcanzar con convicción sobre los hechos. La SAN 14/05/2012, rec. 6/2012, también admite que este principio rige en el proceso contencioso-administrativo, pero con matices.

declarado concluso para sentencia, acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria (arts. 61.1. y 2). Es cierto que el uso de esta posibilidad, también con toda la controversia existente en torno a su alcance, debe desenvolverse en el marco del debate material suscitado a partir de los escritos de alegaciones presentados por ambas partes, pero también lo es que exhibe y pone de manifiesto aspectos particulares del proceso contencioso-administrativo que desde luego no se corresponden con aquel principio procesal e introduce una trascendental diferencia que pudiera llevar a suscitar alguna duda en torno a la aplicación de aquella regla de valoración.

III. LA SUPLETORIDAD DE LA LEC EN LOS AUTOS DE ADMISIÓN DEL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN: LAS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS CONTINÚAN VIGENTES

El debate acerca de la supletoriedad de la LEC en el orden contencioso-administrativo ofrece una relevancia indudable y genera además una notable controversia interpretativa en la práctica jurisdiccional. Se pone de manifiesto esta circunstancia en algunos autos dictados recientemente por la Sala Tercera del Tribunal Supremo admitiendo recursos de casación por presentar las cuestiones suscitadas al respecto interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Predomina la apreciación de esta trascendencia a tenor del artículo 88.2.a) de la LJCA, esto es, ante la existencia de interpretaciones contradictorias frente a cuestiones sustancialmente iguales. Es la premisa de la que ha partido el análisis de la extensión y el alcance en el ámbito contencioso-administrativo de los preceptos de la LEC reguladores de la condena en costas, fundamentalmente tras la introducción del criterio del vencimiento objetivo en el artículo 139 de la LJCA con la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, de un modo acorde con el tratamiento que a esta materia se daba por la LEC.

Así, viene a declarar el ATS, sección 1, de 13 de marzo de 2017, rec. 54/2017, como cuestión de interés casacional si a partir de esta redacción reformada del artículo 139.1 de la LJCA resulta procedente la imposición de la condena al pago de las costas procesales en los supuestos de terminación del procedimiento por satisfacción extraprocésal. Esta cuestión ha sido resuelta por la sentencia anteriormente citada de 22 de mayo de 2018⁸, que rechaza dicha posibilidad, en una interpretación que precisamente excluye el acogimiento sin más, de forma mecánica e irreflexiva, de las distintas fórmulas previstas por la LEC sobre la condena en costas (artículos 22, 394

⁸ STS, sección 5, de 22 de mayo de 2018, rec. 54/2017.

o 395 de la LEC), al no resultar del todo coincidente la lógica de ambos procesos, civil y contencioso-administrativo.

Desde similar perspectiva, se pregunta el Tribunal Supremo en su ATS, Contencioso sección 1 del 18 de enero de 2018, rec. 5145/2017⁹, si tras la citada reforma resulta o no procedente imponer las costas procesales causadas a la Administración codemandada que se allanó a las pretensiones de la parte demandante en el plazo de contestación a la demanda. En este caso, el interés casacional concurrente responde a la misma lógica del supuesto anterior, esto es, a la necesidad de dar respuesta a resoluciones contradictorias de diversos Tribunales Superiores de Justicia sobre la cuestión. Versa así el planteamiento de dicha cuestión sobre la procedencia de aplicar el criterio del vencimiento en los allanamientos contencioso-administrativos con arreglo a la estricta aplicación de artículo 139.1 LJCA o si no deben asimilarse estos supuestos al rechazo de las pretensiones al que se refiere este precepto. Esta duda tiene su base, como admite el Tribunal Supremo, en la falta de una norma expresa sobre las costas en los casos de allanamiento en la LJCA y si ello obliga a acudir por mandato de la Disposición Final primera de la LJCA a lo previsto en la LEC y en su artículo 395.1, o si, en su caso, no procede la aplicación supletoria de la LEC al considerar que la regulación de las costas en la LJCA constituye una “*normativa cerrada y completa*” y ello sin perjuicio del alcance propio del artículo 139.1 de la LJCA tras la instauración del criterios objetivo del vencimiento (STS 29 de junio de 2015, rec. 404/2014). Cuestión de extraordinaria relevancia general, según se razona, pues afecta a una doctrina que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales, al poder dejar sin sentido o incentivo la decisión de allanarse por la Administración demandada.

También al socaire del trámite del recurso de casación tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha tenido el Tribunal Supremo la oportunidad de pronunciarse sobre la incidencia de la cláusula de supletoriedad en relación con otras figuras procesales. De muestra es interesante destacar la posición adoptada en numerosas ocasiones acerca de la consecuencia derivada de la falta de personación del recurrente en plazo ante el Tribunal Supremo tras la admisión de la preparación del recurso de casación por el órgano de instancia (artículo 89.5 LJCA).

Ha entendido el Tribunal Supremo que procede la aplicación supletoria del artículo 482 LEC, que establece que si el recurrente no comparece ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de 30 días, el Letrado de la Administración de Justicia “*de-*

⁹ También el ATS, sección 1, de 21 de marzo de 2018, rec. 6511/2017 y el ATS, sección 1, de 12 de febrero de 2018, rec. 6080/2017.

*clarará desierto del recurso y quedará firme la resolución recurrida*¹⁰. Este asunto ilustra claramente acerca del enfrentamiento entre el marco procesal común y eventualmente generalizado de la LEC y una norma procesal propia del ámbito contencioso-administrativo, reveladora de una de sus mayores singularidades, que permite la rehabilitación del trámite caducado, ante su falta de realización en plazo. ¿Qué alcance debe darse en consecuencia al silencio regulatorio del artículo 89.5 de la LJCA, sobre las consecuencias derivadas de la falta de personación de las partes ante el Tribunal Supremo tras el emplazamiento de la Sala de Instancia? El Tribunal Supremo no considera esta falta de mención legal como parte de una regulación completa y específica del trámite correspondiente al recurso de casación y colma su silencio con una supletoria aplicación de las consecuencias que para el recurso de casación en el orden civil previene el citado artículo 482 de la LEC, sin que quepa por lo tanto la rehabilitación del referido plazo en aplicación del artículo 128.1 de la LJCA.

Abunda sin duda en este caso como argumento determinante de la identificación del sentido de aquella regulación la exclusión por este último artículo de los plazos para interponer recursos. Premisa esta última discutible, pues lleva a considerar que el anterior trámite no solo se integra en el marco de las actuaciones que regula y define la LJCA para la preparación del recurso de casación, sino que constituye una parte ínsita y propia del acto de preparación del recurso de casación. De otro modo, no hallaría cabida en la salvedad o excepción a la aplicación de la regla de la rehabilitación de los trámites.

IV. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD NO RESPONDE A UNA REGLA EXACTA

Aquella última cuestión sobre las consecuencias derivadas de la falta de personación de las partes ante el Tribunal Supremo tras el emplazamiento de la Sala de Instancia en el trámite del recurso de casación es reveladora de la presencia de un criterio jurisprudencial prevalente, que se orienta a identificar silencios de exclusión o de remisión sobre trámites concretamente considerados y no como partes de una regulación más completa. El empleo de este criterio remite en la práctica a un casuismo muy variado que dificulta una definición clara de pautas interpretativas. No obstante, se ajusta en mayor medida a la necesidad de llevar a cabo una labor de ponderación más singularizada de los principios y estructuras de ambos procesos con el fin de identificar el sentido que deba darse a la ausencia de norma.

¹⁰ ATS, sección 1, de 18 de abril de 2018, rec. 4915/2017, siguiendo la doctrina recogida en otros autos de 13 de julio y 24 de noviembre de 2017, casaciones, respectivamente, 2216 y 2442/17.

Así, a diferencia del anterior supuesto que llevó a interpretar que el silencio del artículo 89.5 de la LJCA comportaba una omisión que había de ser integrada mediante la aplicación supletoria del correspondiente precepto de la LEC o silencio de remisión, no se alcanza idéntica conclusión en relación con otros trámites del recurso de casación, como aquellos que se vinculan con el cumplimiento de las exigencias legales del escrito de preparación. Sobre el requisito de indicación en este escrito de alguno o algunos de los supuestos que permitan apreciar el interés casacional objetivo, la jurisprudencia estima irrelevante la previsión contenida en el artículo 477 de la LEC, que restringiría su eficacia al ámbito exclusivamente civil, “*sin que pueda apreciarse al respecto “laguna legal”, pues el artículo 89.2 LJCA establece con toda precisión los requisitos formales que debe reunir el escrito de preparación del recurso de casación contencioso-administrativo*”¹¹.

1. La LEC como norma procesal común

En un intento de apreciar pautas de interpretación, podría estimarse la presencia en nuestra jurisprudencia de una posición proclive a la aplicación supletoria de la LEC en aspectos recogidos en su Título Preliminar, “*De las normas procesales y su aplicación*” y Libro I, “*De las disposiciones generales relativas a juicios civiles*”. Esta posición resultaría acorde y plenamente coherente con la aspiración del legislador, declarada expresamente en su Exposición de Motivos, de configurar esta norma como Ley procesal común, supliendo en dicho ámbito la labor que de modo impropio había venido realizando desde 1985 la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, tampoco responde esta última consideración a un criterio unánime.

Son numerosas las decisiones jurisdiccionales que se han pronunciado favorablemente acerca de la aplicación supletoria de estas previsiones. El Tribunal Supremo, en su auto, sección 1, de 26 de febrero de 2018, rec. 5497/2017, estima aplicable la regulación contenida en el artículo 17 de la LEC sobre la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso, si bien exige con arreglo al anterior precepto que la transmisión del derecho se haya producido pendiente el proceso. Por otra parte, se acepta mayoritariamente, si bien fue una cuestión cargada de polémica, la aplicación supletoria de las previsiones atinentes a la regulación de los diferentes modos de conferir la representación procesal, con arreglo a los artículos 23 y 24 de la LEC¹². Y, en el mismo sentido, el artículo 43 de la LEC, al no contener regulación alguna el artículo 4 de la LJCA sobre las cuestiones de naturaleza administrativa y salvo en aquellos supuestos en los que la cuestión previa a dilucidar consiste en la determi-

¹¹ En dicho sentido, ATS, sección 1, de 21 de diciembre de 2017, rec. 537/2017; ATS, sección 1, de 27 de octubre de 2016, rec. 896/2016; o, ATS, sección 1, de 21 de noviembre de 2013, rec. 2014/2013.

¹² A modo de ejemplo, STSJPV, sección 3, de 20 de marzo de 2018, rec. 126/2018.

nación sobre la legalidad o validez de una disposición de carácter general de rango reglamentario¹³.

En algunos supuestos, la aceptación de esta supletoriedad se hace de un modo natural y automático, como es el caso de la aplicación al orden contencioso-administrativo de los criterios de distribución de la carga de la prueba ex artículo 217 de la LEC¹⁴, la aplicación supletoria de las disposiciones de la LEC acerca del complemento y subsanación de resoluciones judiciales¹⁵, o la regla de la exhaustividad y congruencia de estas, que se recoge en los artículos 218.1 y 218.3 de la LEC. Si bien en este último caso parece deducirse de un modo más adecuado por su vínculo directo con las exigencias propias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y su consideración instrumental con el fin de garantizar en definitiva el ejercicio del derecho de defensa¹⁶.

Cabe asimismo destacar la particular problemática que ha generado la aplicación supletoria de los preceptos de la LEC sobre presentación de escritos. Estos ilustran de un modo manifiesto acerca de la naturaleza de la LEC como norma procesal común, según vino a señalar entre otras la ya citada STS 26 de septiembre de 2005, que recoge la doctrina incorporada en los autos de su Sección Sexta de fechas 16 de abril y 16 de mayo de 2.002, en los que se proclama la aplicación en el proceso contencioso-administrativo de lo dispuesto, en cuanto al cómputo de los plazos, por el artículo 135.1 de la ley procesal común por no existir en la LJCA precepto alguno que establezca el cómputo de los plazos de presentación de escritos. No constituye un obstáculo el artículo 128.1 de la LJCA, cuyo significado es diverso pues atiende a un supuesto de rehabilitación de plazos, y su régimen jurídico es completo, por lo que no requiere de aplicación supletoria. La incidencia propia del anterior precepto se extiende a partir de la integración del último inciso de su párrafo segundo con el citado artículo 135.1 de la LEC, admitiendo la presentación de escritos hasta las 15:00 horas del día siguiente al de la rehabilitación¹⁷. Y, predomina al respecto incluso una interpretación flexible de ambos preceptos, de los que se favorece en la práctica jurisdiccional un uso, sin restricción alguna a los escritos de interposición, extensible a cualquier escrito presentado durante el curso del proceso¹⁸. En la relación, por otro lado, de estos dos preceptos con el artículo 151.2 de la LEC, ya dijo el Tribunal Supremo en su auto de 27 de octubre de 2005, recurso de queja n.º 356/04, que el citado artículo es aplicable cuando el acto de comunicación procesal se dirija a

¹³ STSJM, sección 7, de 22 de mayo de 2015, rec. 1110/2014.

¹⁴ STSJM, sección 10, de 15 de diciembre de 2017, rec. 196/2017.

¹⁵ ATS, sección 5, de 2 de julio de 2018, rec.1768/2016.

¹⁶ STS, sección 4, de 14 de marzo de 2018, rec. 3018/2015.

¹⁷ SAN, sección 3 del 10 de noviembre de 2017, rec. 17/2017.

¹⁸ STSJC, sección 3, de 10 de febrero de 2016, rec. 212/2015.

la representación procesal de la Comunidad Autónoma o de otras Administraciones públicas (no solo a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal, así como los que se practiquen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores), debiendo pues tenerse por realizada dicha comunicación el día siguiente de la fecha que conste en la diligencia correspondiente¹⁹.

Sin embargo, en otros casos el alcance de la cláusula de supletoridad no se exhibe de un modo tan manifiesto, e incurre su uso en riesgo de ser empleada como patente de corso para justificar soluciones en principio diferentes pero cuya justicia se impone a partir de otras consideraciones de igual o mayor trascendencia.

Puede resultar indicativo de este último razonamiento el supuesto que ha llevado a imponer la interpretación jurisprudencial que admite la impugnación por vía de recurso de revisión ex artículo 102.bis de la LJCA del Decreto que fija la cuenta de los honorarios del Procurador. El artículo 34.2 in fine de la LEC excluye dicho Decreto de la posibilidad de recurso, si bien no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiera recaer en juicio ordinario ulterior. El citado artículo 102. bis de la LJCA previene que contra el Decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, si bien dicha limitación fue declarada nula por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 58/2016, de 17 de marzo, por ser contraria al artículo 24 de la Constitución. En una interpretación extensiva de esta doctrina, acorde con el espíritu del anterior derecho fundamental, el Tribunal Supremo extiende esta posibilidad de impugnación por vía de revisión al Decreto fijando la cuantía de los derechos del Procurador, circunstancia más aún que se justifica en este supuesto tomando en consideración la particular naturaleza privilegiada y ejecutiva del proceso de jura de cuentas del procurador²⁰.

2. La aplicación matizada de la LEC

La mera derivación al orden contencioso-administrativo de estas previsiones de carácter genérico no se corresponde siempre con una regla exacta. Son igualmente frecuentes los supuestos en los que la jurisprudencia excluye o hace una aplicación matizada de aquellos preceptos generales con el fin de ajustar sus caracteres y consecuencias a los principios y presupuestos propios del proceso contencioso-administrativo.

Esta tesis parece reflejada con notable pedagogía en la aplicación supletoria de la regulación que la LEC destina a la pluralidad de partes en el proceso (Capítulo II, del Título I, del Libro I). El Tribunal Supremo ha admitido la interven-

¹⁹ ATS, sección 1, de 31 de marzo de 2011, rec. 22/2010.

²⁰ ATS 14 de febrero de 2018, rec. 2277/2014.

ción de terceros en el proceso, por ejemplo en el caso de la Comisión Europea, bajo la aplicación supletoria del artículo 15.bis de la LEC (sentencia de 22 de mayo de 2015 (casación 2449/2013; ES:TS :2015:2397)²¹. Sin embargo, estos supuestos vienen determinados mayoritariamente por razón de la especificidad de la materia sobre la que versan, como en este último caso en procesos de defensa de la competencia, a partir de un precepto introducido por la Disposición Adicional segunda de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con el fin de prever expresamente la participación de los órganos nacionales y comunitarios con atribuciones en esta materia en este tipo de procedimientos.

Esta tesis no puede ser predicable sin más de cualquier otro proceso, salvo previsión expresa. No debe obviarse en el anterior sentido que la intervención de los terceros en el proceso contencioso-administrativo se articula de un modo específico a partir de la personación de los interesados tras su emplazamiento por la Administración y debe hacerse necesariamente en calidad de codemandados. Son reiterados los pronunciamientos jurisdiccionales que llevan a rechazar la aplicación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en el orden contencioso-administrativo²², si bien una interpretación alternativa del alcance de esta excepción no excluye su aplicación sino que le reconoce una naturaleza y trascendencia diferente, como sucede en el caso del recurso de lesividad ante la falta de llamamiento de alguno de los legitimados pasivamente que pudieren resultar afectados en sus derechos por la sentencia²³.

Un supuesto análogo es el que atiende a la posible personación de terceros en el proceso en calidad de codemandantes, excluida por el Tribunal Supremo, entre otros, en su auto 1590/2011²⁴. Sobre dicho extremo, reiterada jurisprudencia rechaza la adhesión al recurso contencioso-administrativo en calidad de codemandante, si

²¹ ATS, sección 2, de 25 de abril de 2018, rec. 2554/2014, que se refiere a la admisión en el proceso contencioso-administrativo de la intervención de terceros distintos a las partes, bajo la figura del *amicus curiae*.

²² Algunos ejemplos se recogen en las sentencias de la Sala de Galicia, sección 2, de 25 de febrero de 2016, rec. 4641/2013, de la Sala de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de octubre de 2016, rec. 2228/2011, que cita su precedente de 26 enero 2015, y la doctrina recogida en la STC 44/1986, de 17 de abril, al respecto, así como la STSJ Castilla y León, Sala de Burgos, de 26 abril 2013. La STC 44/1986, de 17 de abril, contiene el siguiente razonamiento: *“En cuanto a la excepción de litis consorcio pasivo necesario hay que decir que en todos los procesos en que se deciden derechos o intereses de naturaleza pública corresponde al juzgador y no a las partes convocar al pleito a todos los que puedan resultar afectados por la Sentencia. Así ocurre, por ejemplo, en los procesos regulados por la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, en los que, con arreglo al art. 28.1 b) se considera parte demandada, con independencia de la voluntad del recurrente o demandante, a las personas a cuyo favor deriven derechos del acto recurrido; o intervinientes como coadyuvantes del demandado o de la Administración -art. 30.1 y 2 de la LJ- a cualquier persona que tuviere interés directo en el mantenimiento o anulación del acto que motiva el proceso”*.

²³ STSJCLM, sección 2, de 22 de marzo de 2017, rec.173/2013.

²⁴ SAN, sección 2, de 1 de junio de 2004, rec. 931/2001.

bien ello no excluye la procedencia de la acumulación subjetiva o ejercicio acumulado de acciones por varios demandantes, siempre que la naturaleza de la misma lo permita, pero no iniciado el procedimiento²⁵. De este modo, es tajante nuestra jurisprudencia al afirmar que el artículo 13 de la LEC no es aplicable supletoriamente al proceso contencioso-administrativo, premisa que ha alcanzado otras consecuencias, como la vinculada con la imposibilidad de adherirse a un recurso de casación o revisión a quienes no fueron parte durante la instancia²⁶.

En otros aspectos, se ha rechazado la aplicación supletoria de la LEC, como en el caso de la prohibición de acumulación de procesos de dos pretensiones cuyo enjuiciamiento corresponde *ratione materiae* por razón del origen o procedencia del acto administrativo a órganos jurisdiccionales distintos, que se recoge en el artículo 73.1 de la LEC, en atención a la conexión existente entre los recursos²⁷.

Más allá de estas disposiciones pero también con un marcado carácter general, se ha excluido la aplicación supletoria de algunas excepciones procesales, como el defecto legal en el modo de proponer la demanda²⁸, o la eventual aplicación de las disposiciones reguladoras de la diligencias preliminares, que puede chocar en la práctica con el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa y la inexistencia de actividad previa ante la Administración²⁹.

V. LA PRUEBA SE DESARROLLARÁ CON ARREGLO A LAS NORMAS GENERALES ESTABLECIDAS PARA EL PROCESO CIVIL

La problemática que se suscita en torno a la proposición y práctica de las pruebas en el proceso contencioso-administrativo y su relación con las disposiciones aplicables de la LEC no se incardina propiamente en el escenario de la cláusula de supletoriedad, sino que atiende al alcance y verdadera extensión de la remisión expresa que la LJCA hace a aquella norma procesal común para el desarrollo de la prueba.

²⁵ STS, sección 5, de 25 de enero de 2013, rec. 4335/2009, con cita de la doctrina recogida en la STS, sección 5, de 15 de febrero de 2012, rec. 1214/2009: “*La intervención en el proceso contencioso debe verificarse exclusivamente en calidad de actor o demandado, figura ésta a la cual cabe adherirse en la exclusiva posición de codemandado corroborando así la absoluta improcedencia de comparecer y ser tenido por parte con la exclusiva condición de interesado en el procedimiento, sin adscribirse a una de las dos únicas posturas admisibles*”.

²⁶ ATS, sección 1, de 17 de septiembre de 2015, rec. 71/2013; STS, sección 4, de 22 de marzo de 2018, rec. 3238/2015; y, ATS, sección 3, de 31 de mayo de 2017, rec. 313/2016.

²⁷ STS, sección 1, de 27 de junio de 2013, rec. 36/2013.

²⁸ STSJA, sección 1, de 29 de mayo de 2015, rec. 84/2011.

²⁹ YURREBASO SANTAMARÍA, A. (2018), “El difícil encaje de las diligencias preliminares previstas en la LEC, para preparar un proceso contencioso administrativo”. *Boletín Oficial Contencioso Asociación Francisco de Vitoria*. Número 22.

En cualquier caso, la significación práctica de esta problemática es muy similar a la que suscita la aplicación supletoria de la LEC.

Al igual que en los restantes supuestos en los que la LJCA contiene una remisión explícita a los preceptos reguladores de la LEC, se muestra aquella excesivamente genérica y ambigua, que en el caso de la prueba resulta además confusa y de difícil encaje en numerosas ocasiones atendiendo a la diferente estructura de ambos procesos.

¿A qué se refiere el legislador cuando se remite a las disposiciones de la LEC para la regulación del desarrollo de la prueba o cuando restringe esta previsión a las normas generales? El Tribunal Supremo ha indicado que el alcance de esta remisión se extiende a la admisión como prueba de cualquiera que pudiera proponerse³⁰. Son múltiples los pronunciamientos que tienden a aceptar la aplicación supletoria de esta regulación, como en lo relativo a las reglas de valoración de las pruebas³¹ o a la impugnación de la autenticidad de los documentos³², si bien no puede obviarse que asimismo se ha apreciado que el alcance de aquella cláusula remisoria no se extiende a la integridad de los preceptos de la LEC, pues conserva la norma procesal contencioso-administrativa ciertas especialidades³³. Algunos autores han sostenido que para el procedimiento ordinario se aplicarán la reglas procedimentales que rigen para cada medio probatorio, pero no el procedimiento probatorio en su conjunto, por ejemplo el orden en la práctica de las pruebas del artículo 300 de la LEC y fuera de esta regla serían de aplicación al resto de las normas sobre la prueba se contienen en la LEC, incluida la posibilidad de prueba anticipada y aseguramiento de la prueba³⁴.

El caso de la prueba pericial resulta paradigmático. La pericial de parte debe en principio acompañarse a la demanda o contestación, como documento fundamental de la pretensión que se deduce. Sin embargo, es frecuente en el ámbito contencioso-administrativo que no resulta posible aportar el dictamen en aquel tiempo dada la brevedad y perentoriedad de los plazos de interposición del recurso contencioso-administrativo, ¿se aplica entonces supletoriamente el art. 337 LEC, en cuyo caso deben anunciarse y presentarse con posterioridad? Sobre dicha cuestión se suscitó una notable divergencia interpretativa en nuestra jurisprudencia, que se

³⁰ STS, sección 2, de 24 de febrero de 2016, rec. 4134/2014.

³¹ STS, sección 2, de 24 de febrero de 2016, rec. 948/2014.

³² STSJ, sección 1, de 29 de septiembre de 2017, rec. 454/2015.

³³ STSJA, sección 1, de 30 de diciembre de 2015, rec. 374/2014. Se refiere esta sentencia a la posibilidad de que la Sala delegue en uno de sus Magistrados o en un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo la práctica de todas o algunas de las diligencias probatorias, incluyendo la prueba testifical con la consiguiente excepción que ello comporta al régimen general de práctica de dicho medio probatorio bajo la intermediación del Tribunal que ha de dictar sentencia.

³⁴ ROJAS POZO, C. (2013), *El objeto del recurso contencioso-administrativo. El proceso contencioso-administrativo en sus distintas fases. En especial el procedimiento abreviado vs. el ordinario. La prueba. La supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Cuadernos Digitales de Formación. Consejo General del Poder Judicial. N° volumen: 19

vinculaba precisamente con el significado que debiere darse a la expresión “*La prueba se desarrollará*”, recogida en el artículo 60.4 de la LJCA. La STS de 15 de febrero de 2011, rec. 1229/2007, vino a rechazar aquella posibilidad sobre la base de que la remisión a la LEC se hacía exclusivamente en lo atinente al desarrollo de la prueba y no al momento de su petición o proposición. En cambio, en una línea interpretativa más favorable al derecho de defensa, prevaleció el reconocimiento pleno de dicha posibilidad³⁵.

Una problemática de similar alcance que no obtiene una respuesta unánime en la práctica es la que se plantea acerca de la aplicación supletoria del anterior precepto en el procedimiento abreviado; esto es, si se permite a la Administración demandada o codemandados aportar en el acto del juicio el dictamen pericial de parte y pedir en ese mismo momento la comparecencia en juicio del perito para la realización de aclaraciones. Los límites y restricciones en cualquier caso a la aplicación supletoria de estas previsiones deberán orientarse a la proscripción de situaciones de indefensión.

Sobre la aportación de los documentos, la LJCA contiene una regulación específica atinente al tiempo en que deben aportarse al proceso por las partes, que remite necesariamente a la LEC. En este sentido, los apartados tercero y cuarto del artículo 56 de la LJCA aparecen como exigencias equivalentes a las del artículo 265.1 y 2 de la LEC³⁶. En relación con estos preceptos, el auxilio jurisdiccional a las partes para la aportación de documentos al proceso exige que se justifique el presupuesto que lo permite, esto es, la imposibilidad de llevarlo a cabo por sí mismas. No se trata sólo del requisito relativo a la aportación por cada una de las partes de los documentos en que fundan sus respectivas posiciones y que se hallen a su disposición, según exige aquel artículo en relación con el artículo 56.4 de la LJCA, sino de la carga -evidente, por otra parte, en orden a comprobar que se cumplen tales requisitos cuando de documentación que obra en archivo o registros de naturaleza pública se trata- de justificar la imposibilidad de obtener dicha documentación. Si lo que pretende aportarse al proceso se encontrare en archivo, protocolo, expediente o registro de los que se puedan pedir y obtener copias fehacientes, se entenderá que el actor dispone de ellos y debe acompañarlo a la demanda, sin que pueda limitarse a efectuar la designación³⁷, ni siquiera la alegación de la imposibilidad de aportarlos, sino también la justificación de esta circunstancia.

Sobre el momento preclusivo para la presentación de los documentos, se ha planteado recientemente el Tribunal Supremo como cuestión que presenta interés

³⁵ STS, sección 3, de 29 de mayo de 2013, rec. 45/2012; STS, sección 6, de 16 de septiembre de 2013, rec. 4428/2010; STS, sección 6, de 24 de junio de 2013, rec. 5225/2010, entre otras.

³⁶ RQJAS POZO, C. (2013).

³⁷ STS, sección 3, de 7 de junio de 2011, rec. 622/2009.

casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, la viabilidad a tenor de los artículos 65.1 LJCA y 271.2 LEC, del escrito de conclusiones para vehicular argumentaciones que, sin haber sido planteadas en el escrito de demanda, sin embargo no suponen nuevas pretensiones, sino una nueva razón o argumento legal en que sostener la pretensión inicialmente ejercitada, cuando además, ese nuevo argumento es una sentencia que declara nula una disposición de carácter general, y que afecta directamente al acto administrativo recurrido³⁸.

Se ha suscitado también alguna controversia acerca de la medida en que resulta compatible la posibilidad contemplada en la LEC de acordar la práctica de pruebas en calidad de diligencias finales y el tenor de los artículos 61.1 y 2 de la LJCA. Sobre estos últimos preceptos, la jurisprudencia, que inicialmente se mostró dubitativa sobre su significado, ha venido a concluir de manera contundente que a su amparo no puede el juez suplir la inactividad probatoria de las partes, sino que exclusivamente habilita un instrumento para que pueda solventar o resolver las dudas interpretativas surgidas a partir de la prueba ya practicada, lo que se corresponde con el denominado principio de neutralidad procesal³⁹. Resulta relevante destacar una diferencia fundamental entre estos preceptos y los que regulan en la LEC las diligencias finales, pues la negativa del juez a la práctica de alguna prueba al amparo de aquellos precepto regulados en la LJCA no puede llevar a apreciar una infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a diferencia de la negativa a la práctica de pruebas en calidad de diligencias finales cuando concurren los presupuestos y requisitos legalmente establecidos⁴⁰. De ahí, que la conclusión definitiva imponga una interpretación compatible con el uso de ambas posibilidades; esto es, el Tribunal Supremo admite la compatibilidad entre las pruebas acordadas de oficio, al amparo del artículo 61 de la LJCA y hasta que el pleito sea declarado concluso para dictar sentencia, y de pruebas practicadas en calidad de diligencias finales hasta el momento del dictado de la sentencia y cuando concurren alguno de los presupuestos que habilitan dicha posibilidad⁴¹.

VI. UN REDUCIDO CAMPO DE APLICACIÓN PARA LAS MEDIDAS CAUTELARES

El mayor detalle en la regulación de las medidas cautelares por parte de la LJCA (artículos 129 a 136) determina que el ámbito de aplicación de la cláusula de supletoriedad resulte mucho más limitado. La jurisprudencia se ha encargado de

³⁸ ATS, sección 1, de 23 de octubre de 2017, rec. 3654/2017.

³⁹ STS, sección 5, de 20 de septiembre de 2012, rec. 6279/2010.

⁴⁰ ROJAS POZO, C. (2013).

⁴¹ STS, sección 4, de 17 de abril de 2012, rec. 829/2011.

destacar la naturaleza de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo, a diferencia del orden civil, como con una suerte de compensación frente al privilegio de autotutela ejecutiva. No responde por lo tanto al esquema del conflicto entre particulares propio de la jurisdicción ordinaria.

Este particular carácter es probablemente el que justifica una regulación más detallada y completa de su régimen jurídico en la LJCA, que pretende su ajuste a las singularidades propias del proceso contencioso-administrativo y de la materia que constituye su objeto; y, permite identificar un criterio interpretativo tendente a reducir el campo de aplicación supletoria de las previsiones contenidas al respecto en la LEC.

De modo acorde con esta posición, algunos autores han descartado directamente la aplicación supletoria de algunos de estos preceptos que estiman incompatibles con la regulación propia de la LJCA o apuntan a la presencia de notables contradicciones⁴².

La jurisprudencia se muestra consciente de esta premisa y se ha encargado de rechazar la admisión genérica y automática de gran parte de las previsiones que la LEC destina a la regulación de esta materia. No obstante y siguiendo la práctica jurisdiccional habitual en la interpretación del alcance de la cláusula de supletoriedad, será preciso desarrollar esta labor de ponderación en relación con preceptos y trámites concretos, sin que sea posible rechazar -o, aceptar- la regulación conjunta o global de una determinada materia en su integridad.

Desde la anterior perspectiva, destaca el rechazo a la vigencia del presupuesto de la apariencia de buen derecho con fundamento en el apartado segundo del artículo 728 de la LEC. Este precepto impone al solicitante de las medidas cautelares el deber de presentar junto con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. No aparece dicho presupuesto expresamente recogido en la LJCA, cuyo criterio determinante para resolver sobre las medidas cautelares, como señala en su Exposición de Motivos, atiende a que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder la finalidad del recurso, y siempre

⁴² ROJAS POZO, C. (2013: 96 y 97), siguiendo en esta tesis a CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M. y ZAPATA HÍJAR, J.C. (2003), señala entre otras la contradicción entre el artículo 730.1 LEC, que dispone que las medidas cautelares se solicitan con la demanda, y el artículo 129.1 LJCA, que dice que pueden solicitarse en cualquier estado del proceso, a salvo la excepción del art 129.2; la que refleja el artículo 730.2 LEC en el que se regulan las medidas cautelares solicitadas antes de la demanda, con la regulación de la LJCA, que solo lo admite en el caso del artículo 136; la regulación de la vista en el artículo 734 de la LEC, a diferencia del trámite escrito que recoge la LJCA; o, la modificación de las medidas cautelares y el inmediato alzamiento de la medida tras la sentencia en primera instancia que se recogen en la LEC.

sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. Sin embargo, tampoco puede conducir este silencio regulatorio a la identificación de una voluntad del legislador ajena o contraria a la eventual consideración de la apariencia inicial de la pretensión deducida en la resolución de las medidas cautelares.

El fundamento por lo tanto de este presupuesto en el orden contencioso-administrativo atiende a una construcción de naturaleza jurisprudencial, que no entiende que se desenvuelva en el marco de un silencio de exclusión⁴³. Sin embargo, ofrecen nuestros tribunales una aplicación matizada del indicado presupuesto que, más allá de la aparente razonabilidad y fundamento inicial de la pretensión deducida, ilustre acerca de la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho sobre el acto impugnado. Se razona de este modo que la apariencia de buen derecho se configura como un factor coadyuvante a la adopción de medida cautelar, pero que por sí solo, únicamente podría justificar la adopción de la medida cautelar, cuando de modo claro y flagrante se pudiera apreciar la existencia de una causa de nulidad o un vicio de legalidad frente al cual existiera un criterio jurisprudencial consolidado, que permitiera apreciar la ilegalidad del acto sin necesidad de un análisis pormenorizado del fondo del asunto⁴⁴.

En el marco de estas consideraciones sobre la verdadera significación de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo⁴⁵, se ha suscitado asimismo alguna polémica sobre el régimen aplicable en materia de costas procesales. En concreto, sobre la aplicación del criterio del vencimiento en los incidentes de justicia cautelar que en atención a sus circunstancias peculiares debería ser excluido, rechazando asimismo la aplicación supletoria de las disposiciones de la LEC⁴⁶. Frente a esta, la tesis -quizás predominante en la práctica jurisdiccional- que lleva a conside-

⁴³ Se pregunta la STS, sección 7, de 5 de noviembre de 2014, rec. 3019/2013, “*si ante la falta del criterio explícito que nos ocupa en la LJCA, puede darse por sentada la existencia de una laguna en ésta, que por vía de supletoriedad determine la aplicabilidad del criterio deducible del art. 728.2 LEC. Cuestión sumamente problemática habida cuenta de la diferencia de regulación de las medidas cautelares en uno y otro texto legal*”.

⁴⁴ ATS, sección 6, de 6 de noviembre de 2017, rec. 479/2017.

⁴⁵ STSJICAN, sección 1, de 23 de enero de 2015, rec. 292/2014, que parte en sus razonamientos de la naturaleza propia y singular de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo, no solo configurada como mecanismo de contrapartida, inherente al principio de tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la Constitución, de la potestad de autotutela de la Administración, sino también a partir de la limitación y provisionalidad del enjuiciamiento que conlleva esta primigenia fase del proceso que dificulta la aplicación de la cláusula de “serias dudas de hecho o de derecho”, que existirán siempre en esta inicial fase del proceso.

⁴⁶ STSJICAN, sección 1, de 23 de enero de 2015, rec. 292/2014: “*El artículo 139 ha de ser objeto de una interpretación integradora que permita valorar distintos elementos que han de ser tomados en consideración: la situación de partida de las partes y la concreta tutela cautelar pretendida, los intereses implicados, las dudas y la dificultad que presenta el caso, así como la temeridad o mala fe de la actuación procesal*”.

rar al amparo de la previsión específica del apartado primero del artículo 139 de la LJCA, tras la reforma introducida por la Ley 37/2011, la aplicación del criterio del vencimiento, pues este precepto no excluye dicha regla general en ningún supuesto⁴⁷.

Otra cuestión de interés atiende a la incidencia de la ejecución provisional de sentencias en las medidas cautelares previamente adoptadas, en el marco de las previsiones contenidas en los artículos 91 y 132.1 de la LJCA. Se ha pronunciado al respecto el Tribunal Supremo en términos que resultan compatibles con el artículo 731.2 de la LEC: “, *dictada la sentencia, y aunque no sea firme, los problemas de la ejecución del acto (y, por lo tanto, las medidas cautelares) quedan anulados y sustituidos por los de la ejecución de la sentencia*”. Y, ello a pesar del artículo 132 de la LJCA, que no puede constituirse en un obstáculo que impida la ejecución provisional de las sentencias en el orden contencioso-administrativo. La firmeza de la sentencia, como término de la eficacia y virtualidad de las medidas cautelares, cede ante la existencia de una sentencia que resuelve el recurso contencioso-administrativo aunque no sea de manera definitiva⁴⁸.

Acerca de la exigencia de caución, se ha suscitado con notable frecuencia la duda acerca del alcance del artículo 728.3 de la LEC en el orden contencioso-administrativo, que previene que la caución podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529⁴⁹, que dispone que “*La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate*”. Este precepto restringiría por lo tanto las posibilidades de caución o garantía a medios o instrumentos adecuados y suficientes para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado, cerrando mediante su aplicación supletoria las más amplias posibilidades que se derivan del artículo 133.2 de la Ley jurisdiccional, que admite que la caución o garantía pueda constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho⁵⁰. No debiere sin embargo perderse de vista el ya citado prisma que ofrece en el marco de esta controversia la naturaleza de las medidas cautelares en el ámbito contencioso-administrativo como instrumento

⁴⁷ STSJCA, sección 1, de 4 de marzo de 2016, rec., 215/2015.

⁴⁸ STS, sección 5, de 9 de febrero de 2009, rec. 2462/2007, y la abundante jurisprudencia en ella recogida, con concluyéndose que: “*Cuando se insta dicha ejecución provisional, su régimen normativo se superpone, desplazándolo, al propio de las medidas cautelares, pudiendo así acordarse en ejecución provisional una situación, un estado de cosas distinto e incluso contrario al que en su día se acordó en el incidente cautelar*”.

⁴⁹ Ha sido frecuente durante la crisis económica el ofrecimiento de garantías hipotecaria u otras similares que no garantizaban su inmediata disponibilidad, generándose con ello un debate acerca de la aplicación supletoria de la LEC en este ámbito o, en su defecto, el consiguiente gravamen que comportaba para la Administración el tener que realizar su derecho a través de la ejecución de una hipoteca.

⁵⁰ STSJCV, sección 1, de 3 de mayo de 2018, rec. 289/2017.

de compensación frente a las prerrogativas administrativas y la fundamental labor que debe desempeñar ante esta tesitura la ponderación de los intereses en presencia, que impone la necesidad de que la finalidad que se persigue con el sistema de justicia cautelar sea observada desde los diversos puntos de vista o posiciones que concurren en cada caso y que puede incluso llevar a la adopción de la medida cautelar sin caución⁵¹. Con el fin de atender estas singularidades, la LJCA ha pretendido ofrecer una regulación actualizada y detallada de las medidas cautelares, superadora de su precedente normativo a partir de la fundamental tarea llevada a cabo por la jurisprudencia, ampliando sus posibilidades sobre la base de que forma parte del derecho a la tutela efectiva. Como se dice en la Exposición de Motivos de la LJCA, la adopción de las medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario. Y, en este contexto, lo cierto es que el artículo 133.2 de la Ley jurisdiccional admite que la caución o garantía pueda constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho, de modo que su restricción a partir de la aplicación supletoria de un precepto que además se pronuncia en términos potestativos (*“La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse...”*) y remite a un supuesto de ejecución provisional de sentencia de condena no dineraria cuando se hubiere alegado una determinada causa de oposición, no parece ajustada a los principios propios del proceso contencioso-administrativo en esta materia⁵².

VII. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La previsión del artículo 104.2 de la LJCA ha sido interpretada como una llamada en bloque al Libro III de la LEC⁵³, lo cual ha suscitado numerosas cuestiones.

⁵¹ STS, sección 2, de 15 de enero de 2013, rec. 2223/2012.

⁵² La STS, sección 3, de 12 de diciembre de 2012, rec. 4812/2011, parece posicionarse de un modo compatible con esta tesis al afirmar: *“Hay que hacer hincapié en que de acuerdo con el artículo 133.2 de la Ley Jurisdiccional, “la caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho”. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no limita la tipología de medidas contracautelares. Cuando se trata de asegurar el abono de cantidades de dinero la regla general, de acuerdo con el artículo 728 en relación con el artículo 529.3 segundo párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los artículos 224 y 233 de la Ley General Tributaria, es, aparte del depósito de dinero efectivo, el aval bancario solidario pagadero a primer requerimiento, pero no se excluyen otras formas de garantía. Por ello, atendiendo a las circunstancias del caso, no se exigió en el Auto recurrido la aportación de aval bancario hablándose de “garantía suficiente”. Y por la importancia de la deuda, una garantía hipotecaria pudiera ser idónea”*.

⁵³ ROJAS POZO, C. (2013), siguiendo la tesis recogida en la obra HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, J. (2000), *“Actuaciones judiciales”, Influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social*. Manuales de Formación. Consejo General del Poder Judicial. N.º volumen: 7.

Algunas han perdido parte de su virtualidad, como la relativa al plazo de caducidad para instar la ejecución de sentencias a tenor del artículo 518 de la LEC⁵⁴, tras la reforma operada en el artículo 1964.2 del Código Civil por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Queda así fijado el plazo para instar la ejecución de las sentencias en el orden contencioso-administrativo en los mismos términos que en el ámbito procesal civil, a pesar de que el Tribunal Supremo ya había denunciado, con ocasión del análisis de esta polémica, que repugnaría a los principios que definen a la Administración que la inactividad en cumplir una sentencia durante cinco años quedase premiada con el mantenimiento de la eficacia de un acto declarado ilegal por sentencia firme⁵⁵. Su régimen transitorio de aplicación para los plazos comenzados con anterioridad a su vigencia se ha observado, al amparo del artículo 1929 del Código Civil (al que se remite la Disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015), que se mantienen en su cómputo anterior⁵⁶, premisa que pudiera plantear empero alguna divergencia con el alcance de la previsión de aquel precepto relativa a que “*si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo*”.

Por otra parte, la STS de 12 de mayo de 2009, rec. 5101/2007, ya excluyó la procedencia de la aplicación supletoria del artículo 393 de la LEC para las cuestiones incidentales en los supuestos de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia, pues los artículos 104, 105 y 109 de la LJCA ya recogen el trámite oportuno de audiencia a los interesados, sin que se aprecie laguna normativa en la regulación de tal extremo. Si bien debería resultar extensible idéntico razonamiento en lo relativo a los trámites del incidente de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas, el Tribunal Supremo ha admitido su aplicación supletoria en algunos aspectos, como el de la conformidad del deudor con los daños y perjuicios del artículo 714.2 de la LEC⁵⁷.

Asimismo y en orden precisamente al pretendido resarcimiento de daños y perjuicios y la proscripción de sentencias con reserva de liquidación, existen pronunciamientos coincidentes en la necesidad de cohonstar el artículo 71.1.d) de la LJCA y los artículos 209.4, último inciso, y 219.3 de la LEC, pues estos últimos vendrían a clarificar el alcance del anterior, resultando aplicables supletoriamente⁵⁸.

⁵⁴ STS, sección 5, de 25 de noviembre de 2009, rec. 6237/2007.

⁵⁵ SSTS de 25 de noviembre de 2009 y de 27 de enero de 2010.

⁵⁶ STSJCV, sección 1, de 10 de enero de 2018, rec. 69/2017.

⁵⁷ STS, sección 5, de 25 de enero de 2018, rec. 3/2017.

⁵⁸ STSJA, sección 1, de 16 de octubre de 2017, rec. 1955/2017, STSJC, sección 5, de 7 de enero de 2016, rec. 72/2013, STSJCL, sección 2, de 26 de octubre de 2012, rec. 95/2012.

Sí se ha descartado la aplicación supletoria del artículo 716 de la LEC en lo relativo a la apelación del auto que fije la cuantía en concepto de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas en el caso de la revocación de condenas al pago de cantidad de dinero en el régimen de ejecución provisional que se contiene en el artículo 533 de la LEC, debiendo estarse a las reglas generales sobre apelación de autos que se recogen en la LJCA⁵⁹.

Sobre la ejecución provisional de sentencias en el orden contencioso-administrativo, cabe reseñar la escasa regulación que contiene la LJCA, que la convierte por lo tanto en una materia muy permeable a la recepción por vía supletoria de los preceptos de la LEC. En cualquier caso, las eventuales dudas interpretativas que pudieren suscitarse al respecto deberán ser ponderadas bajo un criterio favorable a la misma, que ha sido potenciado también a partir de la propia LEC, la cual viene a recoger una apuesta decidida del legislador por su empleo a partir de la presunción de veracidad y acierto que ha de atribuirse a las resoluciones judiciales en la instancia y la conveniencia de evitar que los recursos sean utilizados al margen de su finalidad objetiva de medios de impugnación para convertirse en una táctica dilatoria que aprovecha los retrasos que provoca todo proceso⁶⁰. Proclama, en este contexto, nuestra jurisprudencia un principio favorable a la ejecución provisional que se halla en congruencia perfecta con la presunción de veracidad y acierto que ha de atribuirse a las resoluciones judiciales en la instancia (STS de 9 de febrero de 2010, rec. 2843/2008).

En términos coherentes con esta última consideración, no es dable a tenor de los artículos 84 y 91.1 de la LJCA aplicar sobre las medidas para reponer los efectos derivados de la ejecución provisional las restricciones que a tal efecto pudieren derivarse los preceptos de la LEC. Esta conclusión se impone de un modo manifiesto, pues añaden los primeros no solo una referencia a la caución o garantía, en los términos que aparecen recogidos en el artículo 133.2 de la LJCA para las medidas cautelares, sino que además autorizan al órgano judicial a adoptar cualquier otra medida que resulte adecuada para evitar o paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la ejecución provisional (STS de 9 de febrero de 2010, rec. 2843/2008)⁶¹. La norma contenida así en el artículo 84.1 de la LJCA no es

⁵⁹ STS, sección 7, de 18 de enero de 2012, rec. 11/2010.

⁶⁰ SAN, sección 8, de 21 de febrero de 2006, rec. 47/2005: "Cualquier desviación de este criterio ha de reputarse desafortunada, no pudiendo en caso alguno pretender obstaculizar esa ejecución provisional con el pretexto de que la sentencia de instancia no es todavía firme, puesto que precisamente la falta de firmeza de la misma es la que puede dar lugar al incidente de ejecución provisional que se deriva de la permisividad de los preceptos relacionados con anterioridad".

⁶¹ STSJM, sección 1, de 5 de abril de 2017, rec. 1666/2016.

desplazada por el artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al existir previsión específica al respecto⁶².

VIII. CONCLUSIONES

La práctica jurisdiccional pone de manifiesto el extraordinario nivel de litigiosidad que ha generado la extensión y los efectos de la cláusula de supletoriedad de la LEC en el orden contencioso-administrativo. Los principios del proceso contencioso-administrativo, sus propios mecanismos de auto-integración, la singularidad de la materia que constituye su objeto y la condición de las partes que intervienen en el mismo imponen la necesidad de excluir o matizar la rigurosa aplicación de las disposiciones contenidas en la norma procesal civil. Se muestra en este sentido contundente la doctrina de nuestros tribunales, que excluye la aplicación generalizada y automática de las disposiciones contenidas en la LEC en el orden contencioso-administrativo, aun de las previsiones contenidas en su Título Preliminar o Título I, que son las que presentan una mayor justificación en el anterior sentido, pues vienen a recoger en definitiva disposiciones generales y preparatorias de los juicios civiles y responden a la aspiración de configurar esta norma como Ley procesal común.

Asimismo, la supletoriedad de la LEC no sólo se plantea en términos genéricos a partir de su artículo 4 o de la disposición final primera de la LJCA, sino también por las numerosas remisiones expresas que se hacen a aquella norma procesal, como en el caso de la prueba, cuyo problemática viene no obstante a reproducirse en términos muy similares a los que plantea la aplicación supletoria de la LEC.

Sin duda, el nivel de desarrollo que contiene la LJCA en la regulación de una materia incide en el alcance de la supletoriedad; así, instituciones y figuras procesales con una mayor especificidad en el ámbito contencioso-administrativo, como en el caso de las medidas cautelares, son menos susceptibles ante los efectos derivados de la aplicación de aquella cláusula. Esta circunstancia permite decantar un criterio interpretativo orientado a una mayor restricción de su campo de aplicación.

Es igualmente relevante destacar que la prudencia en la labor interpretativa de los tribunales de justicia ha impuesto un deber de ponderación de los principios, características y diferentes estructuras procesales que se enfrentan a tenor de la aplicación de esta cláusula, de un modo particularizado en relación con los diferentes trámites, instituciones y figuras procesales, desechando como parámetro de interpretación la posibilidad de trasladar con carácter global y en su conjunto la regulación de una determinada materia al ámbito contencioso-administrativo.

⁶² STSJCV, sección 5, de 27 de enero de 2016, rec. 554/2014.

En fin, el debate que ofrece la supletoriedad de la LEC no se encuentra definitivamente zanjado y aun refleja una permanente actualidad, como ponen de manifiesto los recientes autos dictados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo admitiendo recursos de casación sobre cuestiones vinculadas con el alcance de la cláusula de supletoriedad.

IX. BIBLIOGRAFÍA

CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M, y ZAPATA HIJAR, J.C. (2003), *La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Contencioso Administrativo*, Aranzadi.

GALLARDO CASTILLO, M.J. (2006), *Los problemas de la aplicación supletoria de la LEC en el proceso contencioso-administrativo*. Iustel.

GIMENO GRACIA, C. (2009), *Problemática de la prueba: aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Colección: Conclusiones de Seminarios. N° volumen: 6.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2017), “Retos de la ejecución provisional de sentencias”. *Revista de Administración Pública*, 203, 185-209. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.06>.

HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, J. (2000), “Actuaciones judiciales”, *Influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social*. Manuales de Formación. Consejo General del Poder Judicial. N° volumen: 7.

LUACES GUTIÉRREZ, A.I., (2004), *La prueba pericial en el proceso administrativo*. *Incidencias prácticas por la aplicación de la LEC*. Centro de Estudios Ramón Areces.

PECES MORATE, J.E. (2000). “Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social*. Manuales de Formación. Consejo General del Poder Judicial. N° volumen: 7.

REQUERO IBÁÑEZ, J.L. (2000), “Puntos críticos en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Especial referencia al procedimiento abreviado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*. N° volumen: 2. Año: 2000.

ROJAS POZO, C. (2013), *El objeto del recurso contencioso-administrativo. El proceso contencioso-administrativo en sus distintas fases. En especial el procedimiento abreviado vs. el ordinario. La prueba. La supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Colección: Cuadernos Digitales de Formación. N° volumen: 19.

YURREBASO SANTAMARÍA, A. (2018), “El difícil encaje de las diligencias preliminares previstas en la LEC, para preparar un proceso contencioso administrativo”, *Boletín Oficial Contencioso Asociación Francisco de Vitoria*. Número 22.