

NÚMERO 100

MONOGRÁFICO CONMEMORATIVO DEL NÚMERO CIEN DE LA REVISTA

VEINTE AÑOS DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: BALANCE Y PERSPECTIVAS

ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 100

Número Monográfico Conmemorativo

**“Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la
Jurisdicción Contencioso-administrativa: Balance y perspectivas”**

Revista cuatrimestral, esencialmente jurídica, cuyo objeto es la investigación, análisis y divulgación de las fuentes y actividades jurídicas relativas a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, ello sin exclusión de estudios o documentaciones referidas a otros poderes, instituciones o problemas de la propia Comunidad Autónoma u otras Administraciones Públicas por su incidencia en el ámbito de intereses de la Junta de Andalucía.

La Revista carece de adscripción ideológica o política determinada persiguiendo exclusivamente poner sus contenidos científicos, de modo objetivo e imparcial, al servicio de los intereses generales de Andalucía, respondiendo a su esencial caracterización de Revista científica, universitaria, libre y pluralista.



UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO. *Catedrático de Derecho Administrativo. (Presidente)*
Becerra Bermejo, María Concepción, *Directora General de Recursos Humanos y Función Pública. Junta de Andalucía.*
Cámara Villar, Gregorio. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.*
Carretero Guerra, Rafael. *Director General de Planificación y Evaluación. Junta de Andalucía.*
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Fernández Ortega, Juan Manuel. *Director General de Administración Local. Junta de Andalucía*
Flores Domínguez, Luis Enrique. *Secretario del Ayuntamiento de Sevilla.*
Gutiérrez Colomina, Venancio. *Secretario del Ayuntamiento de Málaga.*
Horgué Baena, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla*
Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Politécnica de Madrid.*
Jiménez López, Jesús. *Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.*
López Menudo, Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Martínez Fernández, Julián. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*
Moreno Andrade, Antonio. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Ortiz Mallol, José, *Letrado de la Junta de Andalucía*
Pardo Falcón, Javier. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*
Pérez Andrés, Antonio Alfonso. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Pérez Moreno, Alfonso. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Puya Jiménez, Rafael. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Sánchez Bursón, José María. *Director del Instituto Andaluz de Administración Pública.*
Valles Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*

Director:

JESÚS JORDANO FRAGA. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Secretaria:

MARIA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva.*

Consejo de Redacción:

Arana García, Estanislao. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Barrero Rodríguez, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Carbonell Porras, Eloisa. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Jaén.*
Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Catedrático (acreditado) de Derecho Administrativo. Universidad Loyola Andalucía.*
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Escribano López, Francisco. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Sevilla.*
Fernández Ramos, Severiano. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.*
Gamero Casado, Eduardo. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
González Ríos, Isabel. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*
Guichot Reina, Emilio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Millán Moro, Lucía. *Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide.*
Pérez Gálvez, Juan Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería.*
Rebollo Puig, Manuel. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba.*
Rivero Ysern, José Luis. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Vázquez Alonso, Víctor J. *Profesor Ayudante Doctor. Universidad de Sevilla.*
Vera Jurado, Diego. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*

Consejo Científico.

Alenza García, José Francisco. *Universidad de Navarra*
Amado Gomes, Carla. *Universidad de Lisboa*
Cano Campos, Tomas. *Universidad Complutense de Madrid*
Casado Casado, Lucia. *Universidad Rovira Virgili*
Civitaresse Matteucci, Stefano. *Universidad "G. d'Annunzio" Chieti - Pescara*
Domenech Pascual, Gabriel. *Universidad de Valencia*
Fernández Torres, Juan Ramón. *Universidad Complutense de Madrid*
Galán Galán, Alfredo. *Universidad de Barcelona*
Gómez Puente, Marcos. *Universidad de Cantabria*
Hernández González Francisco Lorenzo. *Universidad de La Laguna*
López Ramón, Femando. *Universidad de Zaragoza*
Lozano Cutanda, Blanca. *Universidad Nacional de Educación a Distancia.*
Mir Puigpelat, Oriol. *Universidad de Barcelona*
Montoya Martín, Encarnación. *Universidad de Sevilla*
Nogueira López, Alba. *Universidad de Santiago de Compostela.*
Parejo Alfonso, Luciano. *Universidad Carlos III.*
Piñar Mañas, José Luis. *Universidad San Pablo –CEU de Madrid.*
Rodríguez Arana, Jaime. *Universidad de la Coruña.*
Santamaría Pastor, Alfonso. *Universidad Complutense de Madrid*
Sanz Rubiales, Iñigo. *Universidad de Valladolid.*
Soro Mateo, Blanca. *Universidad de Murcia.*
Tavares da Silva, Suzana. *Universidad de Coimbra.*
Tolivar Alas, Leopoldo. *Universidad de Oviedo.*
Valcárcel Fernández, Patricia. *Universidad de Vigo.*
Valencia Martín, Germán. *Universidad de Alicante.*

Secretaría de Redacción:

Facultad de Derecho. Campus Ramón y Cajal C/ Enramadilla, 18 -20. 41018 Sevilla
Tlf.: (95) 455 12 26. Fax: (95) 4557899

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de publicaciones en materias
de Administración Públicas

ecoedición			
Tinta sin metales pesados y papeles procedentes de una gestión forestal sostenible			
Impacte ambiental	Agotamiento de recursos fósiles	Huella de CO ₂ carbono	
por producto impreso	0,46 kg petróleo eq	1,62 kg CO ₂ eq	JUNTA DE ANDALUCÍA CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA reg. n.º 2017/136
por 100 g de producto	0,07 kg petróleo eq	0,16 kg CO ₂ eq	
% medio de un producto europeo por día	10,26 %	5,26 %	Más información en www.ecoedicion.es

ISSN: 1130-376X- Depósito Legal: SE-812-1990

Talleres: Servicio de Publicaciones y BOJA

Suscripción anual (3 números): 36 euros. (IVA incluido)

Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Calle Torneo nº 26

41002 SEVILLA

Tlf.: 95 504 24 00 - Fax: 95 504 24 17

www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es





SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Alfonso Pérez Moreno <i>Una propuesta de Anteproyecto de reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa por la que se regula la conciliación y el arbitraje intraprocesal</i>	19
Estanislao Arana García <i>“La “pretensión accesoria” de indemnización por daños y perjuicios en el proceso Contencioso-administrativo”</i>	25
Eloísa Carbonell Porras <i>“La capacidad y la representación de las partes en la jurisdicción contencioso-administrativa”</i>	47
Federico Castillo Blanco <i>“La ejecución propia e impropia de sentencias en el ámbito contencioso-administrativo”</i>	87
Gabriel Doménech Pascual <i>“Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa”</i>	131
Juan Ramón Fernández Torres <i>“La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”</i>	165
Venancio Gutiérrez Colomina <i>“La ejecución de las sentencias urbanísticas con especial referencia a la imposibilidad legal y material”</i>	191
Antonio Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz <i>“La Ley de lo Contencioso de 1998 y los arbitrajes internacionales contra España: la necesidad de una reforma”</i>	249
Jesús Jordano Fraga <i>“El contencioso ambiental”</i>	265

Fernando López Ramón <i>“Hacia un modelo europeo de control jurídico del poder ejecutivo”</i>	299
Luciano Parejo Alfonso <i>“Algunas reflexiones sobre la novedad del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo”</i>	339
Juan Francisco Pérez Gálvez <i>“La justicia cautelar en el ámbito de la salud: valoración y ponderación circunstanciada de los intereses concurrentes”</i>	357
Javier E. Quesada Lumbreras <i>“La ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas”</i>	433
Manuel Rebollo Puig <i>“Efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos, en especial, su retroactividad”</i>	469
Pedro Luis Roas Martín <i>“Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”</i>	527
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz <i>“Nuevas tendencias en materia de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo (especial referencia al derecho español)”</i>	553
Aritz Romeo Ruiz <i>“El interés casacional objetivo en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo: En especial el caso de jurisprudencia contradictoria”</i>	589
Blanca Soro Mateo <i>“Responsabilidad del Estado Juez por extravío de expedientes judiciales sobre atentados terroristas -pérdida de oportunidad, prescripción y pervivencia de acciones civiles-”</i>	621
Rafael Toledano Cantero <i>“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”</i>	655

Presentación

Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública cumple con éste su número 100. Es obligado, en primer lugar, reconocer la labor realizada en estos años por sus anteriores Directores, los profesores Pedro ESCRIBANO COLLADO, Alfonso PÉREZ MORENO, y en la última etapa, Francisco LÓPEZ MENUDO –que fue antes de Director su primer Secretario-. Quiero expresar públicamente nuestro agradecimiento a todos ellos. También a sus anteriores Secretarios (F. López Menudo, C. Barrero Rodríguez y R. Galán Vioque) y a todos los miembros del *Consejo Asesor, del Consejo Científico y del Consejo de Redacción* que desinteresadamente trabajan en este proyecto. Mi agradecimiento también al personal de apoyo administrativo, María de los Ángeles Fernández Corbacho, por su probada capacidad de trabajo y profesionalidad.

Es también obligado agradecer al IAAP y a la Universidad de Sevilla el apoyo recibido, pues sin él la Revista, sencillamente, no hubiera existido. Hoy debe personalizarse dicho apoyo institucional en el Director del Instituto Andaluz de Administración Pública, D. José María SÁNCHEZ BURSÓN, el Rector de la Universidad de Sevilla, D. Miguel Ángel CASTRO ARROYO y el Vicerrector de Investigación, D. Julián MARTÍNEZ FERNÁNDEZ.

Cien números suponen el análisis, la crítica y la propuesta de los acontecimientos normativos y su impacto sobre la sociedad. La Revista ha constituido un punto de encuentro y reflexión en Derecho de docentes, investigadores y juristas sobre cuestiones de interés para nuestra Comunidad Autónoma. Ha sido puente entre los distintos mundos del Derecho (Universidad, Administración, Judicatura) en Andalucía. Debe levantarse acta de la absoluta libertad con la que ha operado la Revista, sin recibir instrucción alguna y guiándose siempre por criterios científicos desde la absoluta independencia. Este es un valor que ha sido y debe ser su sello de identidad. Alcanzar el número 100 para una revista supone, en los tiempos actuales, un verdadero desafío y punto de consolidación que hace mirar con vértigo al futuro y anima a perseguir el objetivo de llegar al siguiente hito de los 150 números.

Para celebrar los primeros 100 números de la Revista hemos preparado este número extraordinario, con firmas de relevancia en la doctrina *ius publicista* y en la judicatura, dedicado a “Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: Balance y perspectivas”. Se agrupan así estudios que recorren problemas y cuestiones

nucleares de eterna actualidad en la justicia administrativa (arbitraje, legitimación, recursos, medidas cautelares, ejecución de sentencias, pretensiones de indemnización y responsabilidad), precedidos de una propuesta de anteproyecto de reforma de la Ley, centrada en la conciliación y en el arbitraje intraprocesal, cuya autoría corresponde al Prof. PÉREZ MORENO y que fue presentada al Ministerio de Justicia en 2017. Vaya por delante nuestro agradecimiento a todos lo que han hecho posible este número, así como nuestro compromiso de continuar enriqueciendo la amplia herencia recibida, profundizando en la digitalización y en el alto impacto que posee la Revista, poniéndonos disposición de todos con el objetivo de mantener e intentar mejorar el testigo recibido.

Jesús Jordano Fraga

Director

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. TEMAS DE INTERÉS PARA LA REVISTA

La *Revista Andaluza de Administración Pública* publica trabajos originales sobre Derecho Administrativo y Administración Pública, dispensando especial atención a los que puedan resultar de interés para el conocimiento del Derecho y de las instituciones autonómicas.

2. ENVÍO DE ORIGINALES

Los trabajos deberán ser originales e inéditos. Se enviarán por correo electrónico a las direcciones raap@us.es o maria.lozano@dpub.uhu.es o en papel, acompañados, en todo caso, de soporte electrónico a la Secretaría de la Revista, Facultad de Derecho, Avda. Enramadilla, 18-20, 41018. Sevilla.

3. NORMAS DE EDICIÓN

a) Formato. Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, normal, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie de página. Su extensión total no deberá superar las 40 páginas.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica o profesional, direcciones de correo electrónico y ordinario y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, uno en español y otro en inglés, de unas 120 palabras cada uno. Igualmente deberá contener palabras claves –de 3 a 5– en cada idioma.

Los originales deberán incluir al principio un Sumario según el siguiente modelo que es el que ha de seguirse, además, en los distintos epígrafes del texto:

I. EPÍGRAFE DE PRIMER NIVEL. MAYÚSCULAS PRECEDIDAS DE NÚMERO ROMANO

1. Epígrafe de segundo nivel, en negrillas.

B. Epígrafe de tercer nivel, en letra normal.

a). *Epígrafe de cuarto nivel. Cursivas.*

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, a espacio sencillo. Serán numeradas mediante caracteres arábigos, en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se redactarán de forma abreviada. Ejemplo: MORELL OCAÑA, L. (2003): 87.

c) Bibliografía. Las referencias bibliográficas irán al final y se limitarán a las obras citadas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido del autor, en mayúsculas, bajo el título “Bibliografía”.

4. PROCESO DE PUBLICACIÓN

La Revista Andaluza de Administración Pública decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos, una vez que hayan sido informados por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, aplicándose el método ciego.

Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 8 días. En caso contrario podrá determinarse su publicación sin más, o la no publicación. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando limitados a la corrección de errores.

5. COPYRIGHT

El autor o los autores ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.

ESTUDIOS



Una propuesta de Anteproyecto de reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa por la que se regula la conciliación y el arbitraje intraprocesal

Alfonso Pérez Moreno

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

Texto definitivo de la propuesta que fue presentado al Ministerio de Justicia en 2017

EXPOSICION DE MOTIVOS

1.- La tendencia favorable a la implantación de fórmulas alternativas a la vía jurisdiccional para la solución de conflictos no ha alcanzado aun una realidad efectiva en la materia jurídico-administrativa. Aunque el art. 107 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común permitió sustituir los recursos administrativos ordinarios por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, aun no se ha realizado el desarrollo legislativo necesario.

Asimismo puede considerarse sin implantación el art. 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente sobre la conciliación dada la escasa aplicación del precepto debido a su limitada potencialidad.

El incesante incremento de los procesos contencioso-administrativos y la acelerada evolución de la complejidad de amplios sectores del ordenamiento jurídico acentúan la conveniencia de avanzar en la incorporación a la Ley de esta Jurisdicción de nuevos instrumentos de técnica jurídica más eficaces para agilizar los procesos como se está experimentando también en otros Estados.

2.- En la presente reforma se introduce en el art. 77 como posibles no sólo la conciliación sino también el arbitraje. Por medio de la ley y dentro de los límites constitucionales establecidos en los arts. 24.1, 106.1 y 117 de la Constitución se acogen dichas técnicas no sólo con el carácter extrajudicial con que las incorporó el referido art. 107 de la Ley 30/92, sino como posibles formas de terminación del proceso.

Aunque se puedan desarrollar legalmente esos instrumentos sólo como alternativos a los recursos administrativos —y así se han regulado parcialmente en algunos casos a niveles autonómicos y estatal— en esta ley se prolonga su efecto como finalizadores del proceso, aunque siempre bajo el control de la potestad jurisdiccional exclusiva de los jueces y tribunales. Todos los límites constitucionales son respetados incluso en la institución arbitral. Siempre se ha encontrado en la imprescindible apertura y preeminencia de la vía judicial el impedimento para la aceptación del arbitraje en el Derecho Administrativo. En la fórmula que ahora aplica esta ley el arbitraje intraprocesal es un instrumento respetuoso con la Constitución y muy útil para aumentar la garantía jurisdiccional en el control de las actuaciones administrativas. Estos efectos los aspira a obtener la ley, de una parte, determinando las materias a las que es posible aplicar el arbitraje, y de otra, configurando los árbitros “ad hoc” caracterizados por su especialización y su experiencia.

3.- En cuanto a las materias a las que puedan aplicarse las fórmulas alternativas la ley las delimita con referencias genéricas que deberán interpretar los jueces y tribunales a los que, en todo caso, corresponderá la decisión en cada supuesto de la procedencia de su aplicación reconociéndoles tanto la facultad de denegarlas como la de avocar la competencia cuando el desarrollo del asunto presentara nuevas circunstancias que lo hicieran conveniente. Las referencias genéricas delimitadoras de las materias giran en torno a la determinación de conceptos fácticos legalmente indeterminados; concreción de magnitudes, parámetros o estándares de aplicación de la legislación sobre urbanismo, medio ambiente, ordenación del territorio y, en general, en todas las modalidades de planificación general o sectorial; fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates; interpretación de reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales; y cualquier otra que establezcan normas legales.

Las materias expresamente excluidas son las infracciones de derechos fundamentales; las que se refieran a determinación y ejercicio de potestades administrativas o funciones de autoridad; y las relativas al ejercicio de la potestad sancionadora salvo los casos en que procedan las terminaciones convencionales de los procedimientos.

4.- Los árbitros “ad hoc” que introduce esta ley como colaboradores de los órganos jurisdiccionales parten de la figura histórica de los Relatores que existieron en España hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial, regulados por las Ordenanzas para todas las Audiencias de la Península e Islas adyacentes (Real Decreto de 19 de diciembre de 1835). Se introducen importantes innovaciones entre las que destacan las siguientes:

A) Pueden ser Relatores los funcionarios en situación de jubilados o excedentes procedentes de los Cuerpos de Magistrados, Catedráticos o Profesores Titulares de

Derecho Administrativo, Abogados del Estado, Letrados de Comunidades Autónomas, Secretarios de Ayuntamiento, Letrados del Consejo de Estado y Abogados no ejercientes especializados en Derecho Administrativo.

B) Los Relatores serán seleccionados por concurso y estarán sometidos a una relación de inamovilidad otorgada anualmente.

C) Como colaboradores de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos sus funciones pueden ser de Relatores ponentes o de Relatores árbitros bajo el control del órgano jurisdiccional que los requiera y designe mediante insaculación con participación de las partes litigantes.

A la regulación de los Relatores dedica esta Ley la Disposición Adicional.

5.- El procedimiento es especial integrado por los trámites necesarios para garantizar el consentimiento y participación de las partes y el control del órgano jurisdiccional tanto en el impulso de la colaboración del Relator como en la depuración de causas de nulidad.

6.- La Ley contiene una Disposición Transitoria sobre su posible aplicación a los procesos pendientes.

.....

Art. 1. Se modifica el art. 77 que quedará redactado en los siguientes términos:

Art. 77.- Conciliación.

El párrafo 1 quedará redactado en los siguientes términos:

1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre las materias susceptibles de arbitraje intraprocésal regulado en el artículo siguiente.

Art. 77 bis.- Arbitraje intraprocésal.

1.- En los procesos contenciosos-administrativos podrá aplicarse el arbitraje intraprocésal siguiendo el procedimiento especial del presente artículo siempre que versen sobre las siguientes materias:

a) Las susceptibles de transacción.

- b) La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.
- c) La determinación de conceptos fácticos legalmente indeterminados.
- d) La interpretación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales.
- e) La concreción de magnitudes, parámetros, estándares en la aplicación de la legislación sobre urbanismo, protección del medio ambiente, ordenación del territorio, y, en general, en todas las modalidades de planificación sectorial.
- f) Las demás que se establezcan en normas legales.

Quedan en todo caso excluidas del procedimiento de arbitraje intraprocesal:

- a) Infracciones de derechos fundamentales.
- b) Reconocimiento, modificación o extinción de la titularidad o del ejercicio de potestades administrativas.
- c) Control de las decisiones administrativas unilaterales sobre valoración directa del interés general.
- d) Ejercicio de la potestad sancionadora cuando legalmente se permita la terminación convencional.
- e) Ejercicio directo de funciones de autoridad.

2.- El procedimiento arbitral podrá iniciarse por petición de una o ambas partes o de oficio por decisión del Juez o de la Sala con competencia en primera o única instancia. Las Salas podrán asignar la competencia para resolver estos procedimientos a los Magistrados que la integren, sin perjuicio de poder avocarla en cualquier momento.

3.- Si el procedimiento lo iniciara el recurrente mediante interposición del recurso con o sin petición de medidas cautelares, el órgano jurisdiccional dará audiencia a la parte que no haya iniciado el procedimiento, por término de diez días para que alegue tanto sobre la procedencia del arbitraje como sobre las medidas cautelares que se hayan solicitado. Se exceptúa el caso de que el procedimiento se haya iniciado conjuntamente por ambas partes. Si en el curso de un proceso el órgano jurisdiccional hubiera planteado de oficio a las partes la propuesta de someter a arbitraje sus diferencias, les dará audiencia por término de cinco días. En todo caso, el órgano jurisdiccional actuante podrá citar a las partes a una comparecencia en término de tres días.

Si alguna de las partes se opusiera deberá continuar la tramitación del proceso ordinario en la fase en que se encuentre.

4.- El órgano jurisdiccional dictará Auto en el que se apruebe la procedencia del arbitraje, se concreten los términos del conflicto, se nombre Relator árbitro mediante insaculación entre los homologados conforme a la Disposición Final de esta ley y se fije plazo para la emisión del laudo. Contra este Auto sólo se podrá interponer en el plazo de cinco días recurso de queja basado en vicios de nulidad por infracciones de normas de procedimiento determinantes de indefensión.

5.- El Relator árbitro colaborará con el órgano jurisdiccional durante los trámites de demanda y contestación a la demanda, si estuvieran pendientes, así como en la proposición y práctica de las pruebas, pudiendo comunicarse con los representantes y Abogados de las partes para aclaraciones e impulso de los trámites. Asimismo podrá proponer la adopción de diligencias para mejor proveer, que acordará el órgano jurisdiccional.

6.- Recibido el laudo el órgano jurisdiccional dictará Auto dando por terminado el procedimiento, si aquel no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros, y ordenará a las partes su cumplimiento en un plazo determinado. En todo caso, será aplicable el art. 113 de la Ley 29/98, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

7.- Contra dicho Auto se podrá interponer recurso de súplica ante el órgano jurisdiccional basado en vicios de nulidad, en el plazo de cinco días. Contra la desestimación del recurso de súplica podrá interponerse recurso de queja ante el Tribunal Supremo. Si el recurso fuera estimado, el órgano jurisdiccional sin más trámite que el que convenga para la subsanación de las indefensiones producidas, señalará día para dictar Sentencia, contra la que sólo podrá interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina.

Disposición Transitoria.-

Los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo podrán aplicar, de oficio o de acuerdo con las partes, el procedimiento especial para la aplicación del arbitraje alternativo, en todos los procesos en que en la fecha de su entrada en vigor no exista señalamiento para dictar Sentencia. En estos supuestos, una vez designado Relator árbitro le será entregada copia de los autos para que sin más trámite dicte el laudo en el plazo que señale el órgano judicial. Si no se hubiera formulado la demanda se seguirá el procedimiento arbitral conforme al artículo 77 bis.

Disposición Adicional.- Relatores.-

1.- Para la colaboración con los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos en el procedimiento especial de arbitraje intraprocesal se crean los Relatores

que serán seleccionados por concurso entre los funcionarios en situación de jubilados o excedentes procedentes de los Cuerpos de Magistrados, Catedráticos y Profesores Titulares de Derecho Administrativo, Abogados del Estado, Letrados de Comunidades Autónomas, Secretarios de Ayuntamientos, Letrados del Consejo de Estado y Abogados no ejercientes especializados en Derecho Administrativo.

2.- La Comisión para la resolución del concurso de designación de Relatores estará integrada por representantes del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia. Los seleccionados quedarán a disposición de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos que los designen por insaculación, en una situación de inamovilidad otorgada anualmente.

Sus retribuciones serán de un complemento equivalente al cien por cien de la pensión que perciban o les correspondiera percibir por su jubilación.

3.- En ningún caso se podrán compatibilizar las funciones de Relator con el ejercicio de la Abogacía.

4.- En los casos en que en el desarrollo del procedimiento especial de arbitraje intraprocesal el Relator árbitro elegido no terminara su función podrá mantener su colaboración con el órgano jurisdiccional como Relator ponente en el mismo proceso.

5.- Se autoriza al Ministerio de Justicia para el desarrollo reglamentario del estatuto de los Relatores.

.....

La “pretensión accesoria” de indemnización por daños y perjuicios en el proceso contencioso-administrativo

Estanislao Arana García

Catedrático de Derecho administrativo

Universidad de Granada

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. III. LA CONFIGURACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE UNA PRETENSIÓN DE CONDENA A LA ADMINISTRACIÓN A INDEMNIZAR POR DAÑOS Y PERJUICIOS. 1. La indemnización por daños y perjuicios como “cuestión nueva” en el recurso contencioso-administrativo. 2. La indemnización por daños y perjuicios en recursos de plena jurisdicción. 3. La indemnización por daños y perjuicios no pretendida inicialmente en el recurso contencioso administrativo. 4. La indemnización por daños y perjuicios como pretensión principal del proceso contencioso-administrativo. IV. CONCLUSIONES: UN PASO MÁS HACIA LA DEFINITIVA SUPERACIÓN DEL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

RESUMEN: El trabajo que presento analiza el contenido y alcance del Art. 31.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en la medida en que permite adicionar como pretensión accesoria a la pretensión principal del demandante la de indemnización por daños y perjuicios en un único proceso. Planteo las consecuencias y particularidades de la admisión de esta pretensión frente al sostenimiento de la postura tradicional que mantenía la necesidad de ejercitar previamente en vía administrativa una reclamación de responsabilidad patrimonial.

Con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia delimitados y sistematizados en este trabajo, confirmo la posibilidad de solicitar en un mismo proceso y como pretensión accesoria, la indemnización de daños y perjuicios junto a otra pretensión principal.

PALABRAS CLAVE: Indemnización por daños y perjuicios. Pretensión accesoria. Pretensión principal. Pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada. Responsabilidad patrimonial.

ABSTRACT: This paper analyzes the scope of Article 31.2 of the Spanish Administrative Procedure Act which leads to lodge, as an accessory claim linked to the main plaintiff, the compensation for damages in a unique process. As a result we discuss the consequences and particularities of admitting this type of secondary claim versus the more heterodox and traditional position that it forces to exercise a previous action in the administrative procedure through the action of public liability.

Based on arguments reached by jurisprudence as they are presented in this paper, I establish that it is possible to request the compensation of damages by using this accessory action as a part of the main claim.

KEY WORDS: Compensation of damages. Accessory/secondary claim. Main claim. Fully redress of rights. Public liability.

I. PLANTEAMIENTO

Desde la aceptación de la teoría que identifica el objeto del proceso contencioso-administrativo con la pretensión formulada y no con el acto administrativo¹, se ha podido entender abierta una brecha en la rígida y tradicional concepción de la Jurisdicción Contencioso-administrativa como una jurisdicción meramente revisora de los actos previamente adoptados por la Administración pública. El entendimiento de esta Jurisdicción desde esta óptica inicial parecía llevar más a considerar a la Jurisdicción Contencioso-administrativa como una segunda instancia a la vía administrativa que como un proceso, desarrollado por un verdadero “Poder” alternativo al ejecutivo en la tradicional tripartición de los poderes del Estado, ligado a la idea de hacer justicia.

Y, precisamente, de entre todas las muestras de cambio que las diferentes aportaciones y novedades que la legislación reguladora de esta Jurisdicción ha ido introduciendo, sin duda, merece la pena destacar la que ofrece el artículo 31 de la actual Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA, en adelante) que, tras aclarar que la declaración de no ser conformes a Derecho y la anulación de los actos y disposiciones administrativas son las pretensiones principales del demandante en el recurso contencioso-administrativo, abre la posibilidad de adicionar a dichas pretensiones la de solicitar la indemnización de daños y perjuicios. Literalmente, señala que el demandante “*También podrá pretender el reconocimiento*

¹ Ilustrativa es, en este sentido, la doctrina del Tribunal Supremo, sobre todo a partir de su Sentencia de 23-10-1989, RJ 1989/7198. A partir de este momento, las Sentencias del Tribunal Supremo serán citadas con la abreviatura “STS”.

de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda".

Este es, precisamente, el objeto de este trabajo, valorar la posibilidad y sistematizar los criterios y requisitos para solicitar en el mismo proceso contencioso-administrativo iniciado para lograr la anulación de un acto administrativo una condena a la Administración por los daños y perjuicios derivados de dicho acto, cuya anulación se pretende, como medida adecuada para el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada. Lógicamente, a la par de la ampliación del objeto del recurso contencioso-administrativo que hace el apartado 2 del artículo 25 de esta LJCA, hemos de entender que estas consideraciones han de extenderse también a los supuestos en los que la pretensión principal del demandante en el recurso contencioso-administrativo no sea la anulación del acto sino, también, a los casos en que se condena a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos establecidos por una concreta normativa (inactividad administrativa) o la declaración de ser contraria a Derecho y el cese de la actuación administrativa que sea constitutiva de vía de hecho.

Partiremos de la clásica distinción jurisprudencial entre "recurso de anulación" y "recurso de plena jurisdicción", entendiendo por el primero aquél en el que la pretensión consiste, únicamente, en obtener la declaración de nulidad del acto o disposición impugnada que se entiende contraria a derecho, y por el de plena jurisdicción aquél recurso en el que, junto a la anulación, se pretende adicionalmente el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento, normalmente la indemnización de daños y perjuicios².

Por otro lado, abordaremos el estudio de esta indemnización de daños y perjuicios en el proceso contencioso-administrativo desde diversas perspectivas: por un lado como medida de concreción de la pretensión de restablecimiento de una situación jurídica individualizada perturbada; por otro, como posible pretensión accesoria a la principal de anulación del acto, de condena al cumplimiento de la actividad no realizada o de declaración de la vía de hecho ilícita; finalmente, como pretensión principal, autónoma o independiente de otras pretensiones en el proceso contencioso-administrativo.

En cualquiera de los casos, intentaremos plantear las consecuencias y particularidades de la admisión de esta pretensión frente al sostenimiento de la postura tradicional que mantenía la necesidad de haber ejercitado previamente ante la Admi-

² STS 14-12-1989 (RJ 1989/9130): "La pretensión procesal llamada de "plena jurisdicción" es aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional no sólo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda ... por lo que viene condicionada a que se obtenga esa declaración de no conformidad a derecho de los actos administrativos de que se trate".

nistración la conocida acción de responsabilidad patrimonial, actualmente regulada en el Capítulo IV de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (art. 32 a 37; en adelante LRJSP), y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que regula el procedimiento y las especialidades en de los procedimientos de responsabilidad patrimonial (arts. 65, 67, 81, 92; en adelante LPACAP).

II. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La tarea encomendada a la Administración de lograr la satisfacción del interés general justifica que se le otorguen algunos privilegios. Entre ellos, el de la necesidad de someter a su consideración previa sus posibles ilegalidades como condición para poder acudir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Como manifestación de ello se reguló, por ejemplo, la institución de la responsabilidad patrimonial que, desde un punto de vista procedimental, exige que con carácter previo a reclamar en vía judicial la indemnización por los daños o perjuicios que el funcionamiento de la Administración genera en los particulares, se tramite el correspondiente procedimiento administrativo frente a la propia Administración autora del daño.

Predicar rigurosamente el carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa supondría, en consecuencia, el que en ningún caso pudiera plantearse judicialmente una *cuestión nueva* no suscitada y resuelta previamente en la vía administrativa. Sin embargo, la jurisprudencia ya había entendido que era posible pedir directamente en vía judicial contencioso-administrativa una indemnización, sin necesidad de ejercer previamente la acción de reclamación patrimonial, cuando el daño derivase directamente de actos administrativos impugnados en dicho orden jurisdiccional³ (aunque sin olvidar que la regla general seguía siendo la de agotar antes la vía administrativa).

Parece asumir así la legislación de procedimiento administrativo, en relación con las disposiciones de la LJCA, la teoría del carácter obligatorio de la reclamación administrativa previa de la indemnización por daños causados por la actividad de la Administración. En concreto, dispone el artículo 114.1 e) LPACAP que pone fin a la vía administrativa la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive. Y son precisamente los actos que ponen fin a la vía administrativa aquéllos contra los que es admisible, según dispone el artículo 25.1 de la LJCA, el recurso contencioso-administrativo.

³ STS de 23 de enero de 1991, RJ 1991/595 y de 25 de febrero de 1991, RJ 1991/1534, entre otras.

En este sentido, el artículo 67.1 LPACAP establece que en los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.

Por otra parte, se insiste en esta idea cuando el artículo 32 LRJSP en sus apartados 4 y 5 prevé la procedencia de la indemnización: de un lado, si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, cuando el particular haya obtenido en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño y hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada; y, de otro lado, si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, cuando el particular hubiera obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada, debiéndose cumplir determinados requisitos, tales como que la norma tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que el incumplimiento esté suficientemente caracterizado y que exista un relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración y el daño. En estos dos supuestos, 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 (art. 34 LRJSP). En estos casos, el derecho a reclamar prescribe al año de la publicación en el BOE o en el DOUE, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.

En tal sentido, la inadmisión de la pretensión accesoria de condena por daños y perjuicios a la Administración por considerar que se trata de una cuestión nueva que requería haber agotado la vía administrativa o que mereciera su consideración como responsabilidad patrimonial es una interpretación, sin duda, anclada en la tradicional concepción de la naturaleza revisora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Esta interpretación ha ejercido su influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que en las respectivas sentencias de instancia, se debió declarar inadmisibile el recurso respecto a la indemnización porque se trataba de una pretensión nueva respecto de la que la Administración no tuvo oportunidad de decidir. En este sentido, resultan de interés Sentencias como la del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2009 (RJ 2009/2488), en la que, existiendo una vía de hecho en la ocupación de una parcela por parte del Ayuntamiento, al haber sido reclamada la indemnización por primera vez en la demanda al impugnar la resolución valo-

rativa del Jurado de Expropiación, el Tribunal entiende procedente desestimar la petición de indemnización por daños y perjuicios argumentando que se debió instar la oportuna reclamación por cauce administrativo al constituir ello una cuestión nueva sobre la que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse y al entender que el no incluir en la hoja de aprecio cantidad alguna en concepto de ocupación de la parcela constituye una manifestación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su propio y específico procedimiento en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC. En semejante sentido, la STS de 10 de junio de 2011 (RJ 2011/7032), en la que la Sala de instancia se abstiene de analizar aspectos que pudieran guardar relación con la pretensión indemnizatoria alegando que se trata de una cuestión que no había sido planteada ante la Administración ni ésta había tenido ocasión de pronunciarse sobre ella, desestimando, en consecuencia, el recurso de casación interpuesto. O, finalmente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, núm. 857/2012, de 22 junio (JUR 2012\307062), en la que se entendió que la pretensión que formulaba la parte recurrente constituye una manifestación de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por lo tanto, el cauce oportuno para sustanciarla habría de ser la vía administrativa.

Entendemos, sin embargo, que en estos supuestos se interpreta la pretensión de indemnización de daños y perjuicios ante el tribunal como cuestión principal o pretensión autónoma, sin ningún vínculo directo con la actuación impugnada ni derivadas de la anulación del acto o disposición impugnados. La cuestión que se plantea entonces y que pretendemos resolver a continuación es cuál sería el planteamiento más correcto en el caso de que la pretensión de indemnización de daños y perjuicios se anude o se vea supeditada a la obtención de una sentencia favorable respecto a la declaración de nulidad de un determinado acto administrativo impugnado, a la condena al cumplimiento de una obligación incumplida o a la declaración de una vía de hecho. Es decir, vamos a analizar el supuesto en que la solicitud de indemnización por daños y perjuicios en los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo tiene carácter accesorio y no principal.

III. LA CONFIGURACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE UNA PRETENSIÓN DE CONDENA A LA ADMINISTRACIÓN A INDEMNIZAR POR DAÑOS Y PERJUICIOS

1. La indemnización por daños y perjuicios como “cuestión nueva” en el recurso contencioso-administrativo

Sobre la base del entendimiento de que en la pretensión podemos diferenciar entre la petición y la *causa petendi* (la pretensión se integraría así tanto por lo que se

pide como por el conjunto de razones por las cuales se realiza esa petición y en las cuales se fundamenta)⁴, podríamos plantearnos si las pretensiones de las partes en el proceso contencioso administrativo acotan o delimitan el contenido del proceso y las posibilidades de decisión del órgano jurisdiccional desde ambas perspectivas; es decir, si no puede dilucidarse en vía jurisdiccional más pretensión que la formulada por las partes y conforme a los argumentos que las amparan en las correspondientes actuaciones de éstas. Y, aún más allá, si la pretensión en vía jurisdiccional queda o no delimitada por el requisito de la existencia de un acto previo de la Administración pública de tal manera que la Jurisdicción contencioso-administrativa no debería admitir la formulación de pretensiones que no hubieran sido objeto de resolución administrativa y respecto de las que, por lo tanto, la Administración no tuvo oportunidad de pronunciarse en el correspondiente procedimiento administrativo en cuanto a los dos ámbitos que la integran (la petición y los motivos fundamentadores de la misma).

En tal sentido, la jurisprudencia había realizado una interpretación de la causa de inadmisión del recurso contencioso administrativo prevista en el apartado c) del artículo 69 de la LJCA que permitía englobar en dicha causa genérica la desviación procesal, entendida ésta como la formulación en la vía jurisdiccional de pretensiones que no fueron objeto de tratamiento previo en la vía administrativa, incluso referidas al mismo acto administrativo impugnado. Así, en la STS de 15 de junio de 1992, por ejemplo, se dice que el planteamiento ante la Jurisdicción contencioso-administrativa de pretensiones no deducidas previamente en la vía administrativa (lo que ha venido denominándose "cuestión nueva") supondría desvirtuar el carácter revisor de ésta cuya finalidad es la de conocer de las cuestiones que previamente hubieran sido planteadas ante la Administración para valorar su ajuste o no al derecho⁵.

De este modo, la primera cuestión a la que debemos referirnos es la de si sería posible admitir en la vía contenciosa una pretensión referida a la indemnización de daños y perjuicios como cuestión nueva que no hubiera sido planteada con anterioridad ante la Administración mediante el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad patrimonial.

El Tribunal Supremo, en alguna sentencia posterior a la anteriormente comentada, como la de 18 de febrero de 1999, relajó un poco esta exigencia al permitir al demandante aducir nuevas razones o argumentaciones de las peticiones, pero sin alterar tales peticiones, postura que asienta el Tribunal Constitucional en la Sentencia

⁴ "Objeto del recurso contencioso-administrativo. Capítulo II: Pretensiones de las partes", en *Procedimiento y proceso administrativo práctico. Procedimiento contencioso-administrativo*, Ed. La Ley, Dir. MORENO MOLINA, MASSÓ GARROTE Y PLEITE GUADAMILLAS, 2006, pág. 279.

⁵ Véase CUADRADO ZULOAGA, "La desviación procesal como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo", *Actualidad Administrativa* núm. 4, 2009, pág. 472.

de 5 de julio de 2001 al considerar que, para que no exista desviación procesal, lo relevante es que no resulte alterada la *causa petendi*, lo cual no impediría, por lo tanto, que pudiera fundamentarse dicha causa en diferentes razones.

En esta línea, además, y sin olvidar lo comentado anteriormente respecto a la jurisprudencia previa a la Ley 30/1992 que justificaba la posibilidad de formular la pretensión accesoria de indemnización, la LJCA, en su Exposición de motivos, manifestó la voluntad de “*superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de los actos administrativos previos y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración*”. El artículo 31.2 de esta Ley, como decíamos, estableció así que el demandante pudiera pretender, junto al reconocimiento de una situación jurídica individualizada, la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de dicha situación. De este modo, este apartado parece así excepcionar la regla de inalterabilidad de las pretensiones e incluso el principio del carácter revisor del proceso, pues de su tenor se puede interpretar que dicha pretensión de resarcimiento no tendría que haber sido formulada obligatoriamente en la vía administrativa previa para poder ser ahora formulada en vía contenciosa como cuestión nueva o que las argumentaciones del demandante para acreditar los daños y perjuicios ocasionados por la Administración no hubieran tenido que ser previamente valoradas por la Administración.

Sin embargo, del literal de este precepto se nos plantearía una segunda cuestión de gran importancia en esta materia, en relación con el carácter o naturaleza autónoma o accesoria de la pretensión nueva de indemnización de los daños y perjuicios, pues, en atención al mismo, tendría que supeditarse la formulación de dicha pretensión (que tendría así carácter accesorio) a la formulación de otra (que sería la pretensión principal). La cuestión, por lo tanto, se centraría en dilucidar si, conforme a lo que establece la LJCA, sólo es viable la pretensión de indemnización como accesoria a otra principal o es posible su formulación como pretensión principal o autónoma.

Pero, efectivamente, de la lectura de este precepto podríamos plantearnos otras cuestiones adicionales al carácter o naturaleza accesoria de la pretensión de indemnización; es decir:

- si dicha pretensión es accesoria de la pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, como medida adecuada para su pleno restablecimiento.

- si es simplemente una medida o forma de lograr el restablecimiento y, por lo tanto, un mero aspecto de dicha pretensión de reconocimiento de la situación jurídica individualizada, pretensión, ésta sí, que podríamos calificar como accesoria a la pretensión principal a que se refiere el apartado 1 (la declaración de no ser conformes a Derecho y la anulación de los actos y disposiciones administrativas).

- o bien, finalmente, si dicha pretensión accesoria de indemnización lo sería respecto a las principales de anulación de actos o disposiciones administrativas (artículo 31.1), condena al cumplimiento de las obligaciones en casos de inactividad (artículo 32.1) o declaración de disconformidad a Derecho de la vía de hecho (artículo 32.2).

La jurisprudencia ha tratado esta cuestión acotando las posibilidades de introducción de esta "nueva pretensión" distinguiendo aquellos supuestos en los que la pretensión indemnizatoria (arts. 32 y ss. LRJSP) es la principal del proceso con objeto de obtener directamente el resarcimiento de daños y perjuicios causados por una actividad administrativa sin pasar, digámoslo así, por la vía administrativa, de aquéllos otros casos en los que la pretensión principal en el proceso sea alguna de las referidas en los artículos 31.1 ó 32 LJCA que, además, hubieran conllevado la causación de daños como consecuencia de su eficacia inmediata o ejecución.

Conforme a este planteamiento, creemos conveniente distinguir y sistematizar tres posibles situaciones que podríamos encontrar en relación con la cuestión nueva que supone la petición de indemnización de daños y perjuicios en el proceso contencioso administrativo:

- a) la formulación de la pretensión de indemnización por daños y perjuicios en recursos de plena jurisdicción,
- b) la posibilidad de resolver sobre la indemnización por daños y perjuicios en recursos en los que el demandante inicialmente sólo haya formulado la pretensión de anulación de actos administrativos, de condena al cumplimiento de sus obligaciones o de la declaración de disconformidad a Derecho de la vía de hecho, y
- c) la formulación de la pretensión de indemnización por daños y perjuicios como pretensión principal o autónoma del proceso contencioso-administrativo.

2. La indemnización por daños y perjuicios en recursos de plena jurisdicción

En este primer supuesto nos referimos a la cuestión de si es viable la solicitud de indemnización por daños y perjuicios en el recurso contencioso-administrativo, como contenido de la pretensión de restablecimiento de una situación jurídica individualizada cuando dicha indemnización sea la forma o medida adecuada para dicho restablecimiento, con carácter accesorio a otra pretensión principal de anulación del acto administrativo disconforme a Derecho, de condena a realizar la actuación debida o de declaración de nulidad y cese de la vía de hecho, sin tener que acudir para ello previamente al procedimiento de responsabilidad patrimonial. Entraríamos de lleno, por lo tanto, en el supuesto al que, en principio, parece referirse el apartado 2

del artículo 31 de la LJCA comentado, si bien dicho precepto merece algún comentario.

En este caso podríamos calificar a la petición de indemnización bien como una simple medida de las que refiere el precepto para lograr el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, siendo pues el restablecimiento uno de los dos aspectos (el segundo) de una única pretensión de reconocimiento y restablecimiento de la situación jurídica individualizada, o bien calificarla como una pretensión adicional a otra de reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

Desde este punto de vista, y atendiendo a los estrictos términos utilizados por el artículo 31.2, podríamos plantear la negación del carácter de pretensión a la indemnización de daños y perjuicios y entenderla únicamente como la forma práctica de dar satisfacción a la pretensión de reconocimiento y/o restablecimiento de una situación jurídica individualizada. De la lectura detenida del precepto entendemos, por lo tanto, que la pretensión (o más bien las dos pretensiones de ejercicio conjunto y consecuente), obviamente, serían el reconocimiento y restablecimiento de la situación jurídica individualizada que se hubiera visto vulnerada o lesionada de alguna de las siguientes maneras: por un acto administrativo, por la inactividad administrativa o por la actuación administrativa constitutiva de la vía de hecho. Otra cuestión sería dilucidar si esta pretensión de reconocimiento y restablecimiento de la situación jurídica individualizada es asimismo una pretensión principal o es accesoria a otra que podría consistir en la petición de la anulación del acto administrativo que afecta a la situación jurídica del demandante, en la petición de condena a la Administración a actuar en el sentido debido conforme a la normativa cuando no lo hubiera hecho (supuestos de inactividad: pasividad o inejecución de actos administrativos firmes) o en la petición de una declaración de la vía de hecho y la disposición de su cese.

Cuando la actuación administrativa (el acto administrativo o la disposición susceptible de impugnación) o la vía de hecho tengan como consecuencia la perturbación de una situación jurídica individualizada, los artículos 31.2 y 32.2 de la LJCA establecen expresamente la posibilidad de pretender “también” (dice el precepto) el pleno restablecimiento de dicha situación, expresión que tanto podría interpretarse en el sentido de considerar tal pretensión como adicional o anudada a la anterior, pero condicionada a la formulación de ésta, como en el sentido de considerarla simplemente una pretensión autónoma de formulación optativa. No hace alusión a esta posibilidad, sin embargo, el artículo 32.1 en relación con el recurso dirigido contra la inactividad de la Administración, que únicamente indica la posibilidad de pretender del órgano jurisdiccional una condena al cumplimiento de las obligaciones de la Administración, lo cual hemos de entender simplemente como un olvido normativo y no

como un impedimento para el demandante en el caso de que la inactividad administrativa suponga también una alteración de una situación jurídica individualizada⁶.

Tal actuación o inactividad administrativa o la vía de hecho pueden ocasionar daños indemnizables, colocando pues al sujeto en una situación jurídica peor a la que tenía anteriormente. En tales casos, es obvio que una pretensión de restablecimiento de tal situación anterior debe comprender la compensación por la disminución patrimonial ocasionada por dicha actividad o inactividad dañosa. Incluso puede ser que la indemnización por daños y perjuicios sea la única medida posible para poder lograr el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada por la actuación administrativa⁷, como pudiera ser, por ejemplo, el caso de que se declare improcedente la demolición de un inmueble que ya haya sido ejecutada, o el supuesto de que el reconocimiento de un derecho no sea suficiente para el pleno restablecimiento, como ocurre cuando se reconoce el derecho de un funcionario a obtener una plaza o a continuar en el servicio activo pero no se le pagan los salarios dejados de percibir durante el tiempo transcurrido en la situación generada por la actividad ilícita o nula; o cuando se reconoce el derecho a la devolución de un dinero y se justifica que el haberlo entregado antes a la Administración ha impedido obtenerle una rentabilidad e incluso derecho a unos intereses por la devaluación natural del dinero.

La situación que se plantea en estos supuestos es una cuestión resuelta jurisprudencialmente desde hace tiempo, sobre todo respecto a los casos de reclamación de indemnización como medio de restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas perturbadas por la actuación material de la Administración constitutiva de vía de hecho (entre otras, la STS de 22 de marzo de 1999, RJ 1999/3159), si bien podemos considerar que la sentencia que marca claramente el sentido de la jurisprudencia en este supuesto es la STS de 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6433, Rec. Casación 8039/1999)⁸. Esta sentencia parte de la diferenciación entre indemnización de

⁶ En contra de esta teoría, la STS de 22 de septiembre de 2003, en su FJ 2º no hace alusión a esta posibilidad de pretender la indemnización en casos de inactividad administrativa al mencionar expresamente que "la solicitud de indemnización de los daños y perjuicios puede también acumularse en la vía jurisdiccional tanto a una pretensión de anulación de un acto administrativo como a una pretensión de cese de una actuación administrativa material constitutiva de vía de hecho". Sin embargo, una reciente sentencia, la STS 03/01/2013 (rec. 5273/2011), apoya nuestra interpretación, pues ha admitido también esta posibilidad en supuestos de inactividad. Así se desprende también del penúltimo párrafo del apartado V de la Exposición de Motivos de la LJCA.

⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 6ª Edición, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011, pág. 457. También STS 22/09/2000 y 6/07/2001: Cuando la satisfacción del derecho no sea posible, "se impone poner en juego el mecanismo de la indemnización de daños y perjuicios como remedio legal subsidiario para lograr la restauración del derecho perturbado.

⁸ Otras Sentencias en este sentido son la de 23 de octubre de 2000, la de 7 de julio de 2003, la de 19 de abril de 2007 (RJ 2007/3294, casación 7241/02, FJ 4º), o la de 16 de marzo de 2009 (RJ 2009/2488, recurso 7679/2005).

daños y perjuicios como pretensión principal y como medida adecuada para obtener la plena indemnidad y sostiene que la pretensión de indemnización puede hacerse directamente ante el órgano contencioso en aquellos casos en que dicha indemnización sea el único medio de restablecimiento de la situación jurídica que la actuación material constitutiva de la vía de hecho, perturbó.

La conclusión que se obtiene de la doctrina jurisprudencial en este supuesto es que no es necesario haber solicitado la indemnización en la vía administrativa previa para poder plantear la solicitud de indemnización de daños y perjuicios como forma de restituir la situación jurídica individualizada, sobre la base del artículo 31.2 de la LJCA, formulándose dicha pretensión por primera vez en sede jurisdiccional.

En este caso, aunque no se hubiera pedido la indemnización en vía administrativa, podría formularse como cuestión nueva, no sólo en la demanda sino también, incluso, en la vista o en el trámite de conclusiones, según se desprende de lo indicado en el apartado 3 del artículo 65 LJCA, que señala que *“en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones el demandante podrá solicitar que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constasen ya probados en autos”*. Lo lógico, no obstante, es que la pretensión indemnizatoria se introduzca en la demanda pues difícilmente se esperará en la práctica al último momento procesal, salvo en casos específicos en los que haya clara notoriedad del daño, para probar la concurrencia de los daños y su evaluación.

Corroborando lo expuesto, la mencionada STS de 22 de septiembre de 2003, en su FJ 2º, indicaba que *“la solicitud de indemnización de los daños y perjuicios constituye una pretensión singularizada en la LJCA por un régimen especial, conforme al cual puede interesarse, desde el principio, en vía administrativa, o puede también acumularse en la vía jurisdiccional tanto a una pretensión de anulación de un acto administrativo como a una pretensión de cese de una actuación administrativa material constitutiva de vía de hecho. Y ello no sólo en la demanda, como medida adecuada para el restablecimiento de una situación jurídica individualizada. ..., sino incluso incorporando la petición en el momento de la vista o de las conclusiones, según el artículo 79.3 LJ/1956 (art. 65.3 LJCA de 1998). Posibilidad esta que responde a la concepción que tiene la Ley de la petición de indemnización de daños y perjuicios como una petición adicional de la pretensión de anulación del acto o de cese de la actuación constitutiva de vía de hecho, siempre claro está que los daños consten probados en autos”*.

Por otro lado, el olvido del artículo 32.2 nos impulsa a citar también un ejemplo en nuestra jurisprudencia en el que se señala la posibilidad de *“deducirse sin que sea necesaria una previa reclamación a la Administración una pretensión por inactividad y una acceso-ria de indemnización”*. Es el caso de la STS de 3 de enero de 2013 (rec. 5273/2011). En dicha sentencia, la Universidad Complutense de Madrid solicitaba la ejecución del Plan de Inversiones en las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid para

el ejercicio 2007-2011 y previsto para el 2010 y al mismo tiempo una indemnización por daños y perjuicios que se le ocasionaba a la propia Universidad como consecuencia de la inactividad de la Administración por la falta de ejecución de dicho plan. En síntesis, el Alto Tribunal lleva a cabo una interpretación del art. 32.1 LJCA según la Exposición de Motivos de la propia ley y estima el recurso de casación interpuesto por la Universidad, pues la LJCA no impide deducir esa pretensión accesoria de indemnización "porque esa configuración legal no es otra o distinta cuando la modalidad de la actividad administrativa impugnada lo es la nueva que introduce la LJCA y que denomina "inactividad de la Administración". Cierta es que la dicción literal del art. 32.1, y su puesta en relación con la de los artículos 31.2 y 32.2, todos de la LJCA, podría favorecer la interpretación de que cuando es esa la modalidad impugnada, sólo le cabría al demandante pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de su obligación en los concretos términos en que esté establecida, sin poder añadir como accesoria una de condena a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Pero no es así. De un lado, porque aquel párrafo de la Exposición de Motivos de la LJCA antes transcrito⁹, avisa que la nueva acción que deriva de esa modalidad no se atiene al tradicional carácter revisor del recurso contencioso-administrativo. Y, de otro, porque la indemnización de los daños y perjuicios causados forma parte del contenido mismo de la obligación, al establecer el art. 1101 del Código Civil¹⁰ que quedan sujetos a ella los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla. O dicho en otras palabras, el cumplimiento de las obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas, al que ciñe la pretensión el art. 32.1, comporta también, como inherente a él, la indemnización de los daños y perjuicios causados por dolo, negligencia o morosidad en dicho cumplimiento". En conclusión, al impugnar la inactividad de la Administración es posible pretender accesoriamente el restablecimiento de la situación jurídica individualizada a través de la medida de indemnización de daños y perjuicios como cuestión nueva en vía judicial.

⁹ Se refiere al penúltimo párrafo del apartado V de la Exposición de Motivos de la LJCA, en el que se lee: "En el caso del recurso contra la inactividad de la Administración, la Ley establece una reclamación previa en sede administrativa; en el del recurso contra la vía de hecho, un requerimiento previo de carácter potestativo, asimismo en sede administrativa. Pero eso no convierte a estos recursos en procesos contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos. Ni, como se ha dicho, estas nuevas acciones se atienen al tradicional carácter revisor del recurso contencioso-administrativo, ni puede considerarse que la falta de estimación, total o parcial, de la reclamación o el requerimiento constituyan auténticos actos administrativos, expresos o presuntos. Lo que se persigue es sencillamente dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial. En caso contrario, lo que se impugna sin más trámites es, directamente, la inactividad o actuación material correspondiente, cuyas circunstancias delimitan el objeto material del proceso".

¹⁰ Art. 1101 CC: Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

En este mismo sentido el caso resuelto en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Soria, de 31 de julio de 2017, que contempla un caso de inactividad del Ayuntamiento durante años, ante las molestias causadas a los vecinos por la instalación de una cancha deportiva abierta todos los días del año y sin ningún tipo de control, vulnerando los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio. Ante la petición en la demanda de una indemnización por daños y perjuicios y la oposición del Ayuntamiento por desviación procesal al no haberse efectuado esta petición en vía administrativa, el Juez, con apoyo en la Jurisprudencia (SSTS de 2 de julio de 2014, 3 de enero de 2013, entre otras), admite el recurso toda vez que la LJCA permite que una pretensión indemnizatoria se incorpore como complementaria o accesoria de la principal de anulación, sin necesidad de previa reclamación a la Administración causante del daño que directamente deriva de la actuación impugnada.

Es interesante también la Sentencia de 27 de marzo de 2014, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Murcia (RJCA\2014\469), en la que se impugna la desestimación por silencio administrativo de la solicitud formulada por la recurrente del abono de la prestación económica como cuidadora no profesional, así como, su alta en la Seguridad Social en el régimen correspondiente, pese al tiempo transcurrido desde el reconocimiento de la situación de dependencia de su progenitor a la fecha de su fallecimiento. Se trata de una desestimación presunta que es firme en vía administrativa, y las prestaciones solicitadas no fueron reconocidas en el procedimiento administrativo correspondiente ante el fallecimiento de la dependiente. Lo que lleva a la Administración demandada a entender que la reclamación de existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración al haber fallecido la dependiente en el curso de la prolongada y morosa tramitación del procedimiento de reconocimiento del derecho a las prestaciones del Sistema de Atención a la Dependencia, es una acción de naturaleza extracontractual y fuera del procedimiento administrativo formalizado, consistiendo en una pretensión de indemnización por responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento del servicio público, que ejerce la recurrente, por vez primera, en la demanda, no habiéndose formulado tal solicitud en vía administrativa, incurriendo en plus petición. El Juez resuelve, sobre la base de la STS de 15 de abril de 2008, que, aún cuando se plantea por vez primera en este recurso contencioso-administrativo la existencia de responsabilidad patrimonial, ello no supone ni plus petición, ni existencia de desviación procesal, toda vez que el artículo 31.2 LJCA permite su formulación en la demanda anudada a la declaración de nulidad de la actuación impugnada, sin necesidad de ese previo planteamiento ante la Administración.

Junto a ello, conviene precisar que no todo incumplimiento de plazos lleva consigo una responsabilidad patrimonial de forma automática. En este sentido, el Con-

sejo de Estado indica que para que sean imputables a la Administración los daños producidos en la tramitación de un procedimiento, es preciso que este exceda de un período de tiempo razonable en atención criterios tales como la complejidad del asunto, la duración normal de procedimientos similares, etc. (Dictamen 449/2012, de 21 de junio).

3. La indemnización por daños y perjuicios no pretendida inicialmente en el recurso contencioso administrativo

Aclarada la cuestión de si se puede acumular accesoriamente a la pretensión de anulación de un acto administrativo la de que se condene a la Administración por los daños y perjuicios causados por la efectividad o ejecución de dicho acto cuya anulación se pretende, en el sentido de entenderla resuelta afirmativamente si el acto administrativo supuso la necesidad de restablecer la situación jurídica individualizada, procedería ahora plantearse el supuesto de que por la demandante se solicite la anulación del acto, condena a actuar o declaración y cese de la vía de hecho pero no se haya formulado inicialmente en la demanda la pretensión de indemnización de los daños y perjuicios.

Puede ocurrir que se haya formulado, en todo caso, la pretensión de restablecimiento de la situación jurídica individualizada, pero no se haya indicado que la forma de lograrla sea la indemnización por los daños y perjuicios o, incluso, que ni siquiera se haya hecho uso de la posibilidad que ofrece el artículo 31.2 y no se haya formulado la petición de restablecimiento de la situación jurídica individualizada. Pero, en cualquiera de estos casos, que de la tramitación del proceso se deduzca que el acto o la inactividad administrativa o la vía de hecho generaron unos daños al demandante que no ha reclamado previamente en la vía administrativa ni en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

En el ámbito privado, el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a las partes a acumular en un solo proceso cuantas pretensiones puedan deducirse al tiempo de formularse la demanda, al establecer que habrán de aducirse en ella cuantos hechos y fundamentos o títulos jurídicos resulten conocidos o puedan invocarse al interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso posterior. Partiendo de ello, la correspondiente sentencia que resuelva el proceso no podrá, por motivos de congruencia, pronunciarse sobre cuestiones no controvertidas en el proceso, por lo que, de no solicitarse la correspondiente indemnización, la sentencia no resolvería al respecto de la misma. La congruencia es, en definitiva, un requisito de la sentencia, especialmente de su parte dispositiva, que "*comporta la adecuación del fallo a las pretensiones formuladas por las partes y a los motivos aducidos por éstas*"¹¹.

¹¹ STS 23 junio de 2008, recurso 1523/2003.

Sin embargo, la Jurisdicción Contencioso-administrativa deja al arbitrio del actor la acumulación de las pretensiones, lo cual puede deducirse de la redacción (podrá) de los artículos 31.2 y 35.1 de la LJCA. Concretamente, el artículo 35, tras exponer el 34 la posibilidad de acumulación de pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto, disposición o actuación, ofrece al actor la “posibilidad” (no obligación) de acumular en su demanda dichas pretensiones. En conclusión, la Jurisdicción contenciosa es más flexible que la civil en este extremo, por lo que habríamos de entender que la interposición de un recurso contencioso-administrativo cuyo objeto sea un acto administrativo, inactividad o vía de hecho y respecto al que se haya ejercido una determinada pretensión no excluiría la posibilidad, en su caso, de reclamar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios en un momento posterior (siempre que no hayan transcurrido los plazos de prescripción) y en un procedimiento administrativo o, en su caso, en un proceso contencioso-administrativo diferente.

Sin embargo, una vez interpuesto un recurso contra un acto, inactividad o vía de hecho en el que no se haya formulado la pretensión de restablecimiento de la situación jurídica individualizada, habría que valorar si el juez o tribunal, a la vista de las actuaciones, podría dictar una sentencia declarando la procedencia de la adopción de medidas de restablecimiento y, entre éstas, la indemnización por los daños y perjuicios que se hubieran acreditado en el proceso, si tal indemnización no se solicitó en la demanda.

El principio de congruencia de la sentencia también es reconocido en la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Así, el artículo 67 de la LJCA exige la decisión de todas las cuestiones controvertidas en el proceso. La cuestión sería si es necesario entender que dicho principio de congruencia exigiría también que no se resuelvan otras que no sean las controvertidas en el proceso, como la lógica parece imponer y así ha sido interpretado por parte de la jurisprudencia. Precisamente la jurisprudencia considera que una sentencia incurrirá en incongruencia *extra petitem* si “*concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión o una causa de pedir que no fue oportunamente deducida*”¹². Y, la congruencia se resuelve en una valoración de la adecuación entre las pretensiones de las partes y la resolución del juzgador. Desde este punto de vista, y sin perjuicio de las valoraciones subjetivas que pudiéramos hacer al respecto, la interpretación jurisprudencial impediría inicialmente un reconocimiento judicial de la indemnización si ésta no ha sido una cuestión controvertida en el proceso.

No obstante, habría que valorar la posibilidad de distinguir dos situaciones, el que la indemnización haya sido expresamente solicitada en el recurso y el que se haya producido un debate sobre la existencia de daños y su valoración, como cuestión controvertida durante el proceso, sobre todo desde el entendimiento de la indemnización

¹² STC 86/2000, 182/2000, 227/2000 y STS 22 de noviembre de 2001, de 15 de octubre de 2005 y 31 de enero y 11 de mayo de 2006.

de daños y perjuicios como una simple medida adecuada para lograr el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, especialmente en los supuestos en que se haya formulado la pretensión de reconocimiento y restablecimiento de la misma sin indicar en la petición la forma concreta de lograrlo. En tal caso creemos que el juzgador sí podría sentenciar la indemnización de daños y perjuicios como forma de dar satisfacción a dicha pretensión de restablecimiento formulada cuando de la tramitación del procedimiento se deduzca que es la forma adecuada para ello y que se han acreditado los daños, su valoración y los requisitos legalmente establecidos para ello. En este sentido, puede resultar interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2011 (RJ 2011/4448).

En caso de que no se hubieran acreditado y demostrado dichos daños, el actor tendría que acudir a la vía administrativa posteriormente para ello. No sería preciso, sin embargo, acudir a la vía administrativa si los daños han quedado demostrados en el proceso pero no ha sido cuantificada la indemnización, pues el artículo 71.1.d) de la LJCA permitiría declarar simplemente el derecho a la indemnización y el obligado a pagarla estableciendo las bases para la determinación de la cuantía concreta en el periodo de ejecución de sentencia.

En el otro supuesto, el de que no se haya formulado la pretensión de restablecimiento, entendemos que la sentencia deberá limitarse a declarar la anulación del acto, a condenar a la Administración al cumplimiento de las obligaciones debidas o a declarar el cese de la vía de hecho y no entrar a resolver las cuestiones atinentes a otras posibles pretensiones que el actor podría formular nuevamente, como decimos, en un procedimiento administrativo de reclamación patrimonial y/o en un posterior proceso contencioso-administrativo, habida cuenta del carácter potestativo con que la LJCA parece configurar dicha pretensión de restablecimiento y en aras a evitar la merma de garantías del lesionado que pudiera hacer valer en el momento oportuno. En tal caso, el reclamante dispondría nuevamente de un plazo de un año a contar, conforme al artículo 67.1 LPACAP, desde la notificación de la sentencia definitiva.

En este punto cabría plantearse también, sobre todo a la vista de lo dispuesto en el artículo 65.3 LJCA, si el hecho de que la pretensión de restablecimiento a través de la medida indemnizatoria no se haya formulado en la demanda pero sí posteriormente en el escrito de conclusiones o en la vista. Esta posibilidad abierta por el artículo 65.3 permitiría reconsiderar el concepto de "cuestión nueva" en el proceso contencioso-administrativo y flexibilizar las exigencias del principio de congruencia de la sentencia. En tal sentido, entendemos que no podría tacharse de incongruente una sentencia que declarase el reconocimiento de la situación jurídica individualizada y determinara las medidas de restablecimiento de la misma, aunque no se hubieran formulado tales pretensiones en la demanda, si se formulan posteriormente en la vista

o en el escrito de conclusiones y siempre que los daños por los que se deba indemnizar constaran y quedaran demostrados en los autos.

A partir de aquí, y teniendo en cuenta esta “disponibilidad” del legislador contencioso-administrativo, podríamos aventurarnos también a valorar la posibilidad de admitir el debate jurisdiccional sobre la indemnización por daños y perjuicios no ya sólo como una cuestión nueva respecto a la vía administrativa, sino también como una cuestión nueva en relación con la primera instancia procesal, partiendo de la perspectiva de considerar dicha indemnización no ya como una pretensión sino como una medida que es necesario adoptar para lograr el restablecimiento de la situación jurídica individualizada en aras de lograr una resolución más justa, en el caso de que en la primera instancia no hubiera sido admitida la pretensión principal del recurrente y ésta sí hubiera sido reconocida posteriormente en el recurso.

Finalmente, podríamos hacer referencia en este apartado a dos cuestiones más. Una de ellas es la de si, por efecto de la cosa juzgada, en el caso de que se formule la pretensión de restablecimiento de la situación jurídica individual que conlleve la indemnización como pretensión adicional a la principal, por ejemplo, de anulación de un acto administrativo, y la resolución judicial contiene un pronunciamiento sobre dicha indemnización, el hecho de que se haya producido tal resolución judicial impediría volver a reclamar indemnización, e incluso una posible ampliación de la misma cuando se entienda que concurren circunstancias o daños respecto de los que no haya habido pronunciamiento judicial, en vía administrativa por daños que, pudiendo haberse reclamado, no fueron incluidos en la pretensión indemnizatoria anudada a la de anulación del acto causante de los perjuicios o que no resultaron debidamente acreditados en el proceso. Al respecto, creemos que, si los daños derivan directamente de la declaración de nulidad, ya no sería posible formular posteriormente la petición en la vía administrativa, pues la cosa juzgada supondría dar por sentado que habría quedado agotada la posibilidad de su planteamiento. Sin embargo, en el caso de que no exista una directa relación entre los perjuicios y la pretensión principal del proceso o en el caso de que no se hubiera formulado esta pretensión por parte del demandante, deberíamos entender viable el ejercicio posterior de la acción de responsabilidad patrimonial. De este modo surge la segunda cuestión, derivada de ésta, sobre los efectos de la tramitación del proceso. Si se anula el acto en vía administrativa o judicial el plazo es de un año desde la notificación de la resolución o sentencia definitiva: art. 67.1 LPACAP.

4. La indemnización por daños y perjuicios como pretensión principal del proceso contencioso-administrativo

Por último, creemos procedente también valorar la opción hipotética de que el recurrente en el proceso contencioso-administrativo formule exclusivamente o como

pretensión principal la de indemnización por daños y perjuicios derivados de un acto o disposición administrativa contrarios a Derecho, de una inactividad administrativa o de una actuación constitutiva de vía de hecho, pero sin formular las pretensiones que los artículos 31 y 32 señalan en relación con tales objetos del recurso.

Tanto de la legislación comentada hasta ahora como de la jurisprudencia estudiada parece que debemos entender que, en este caso, es necesario plantear previamente la solicitud de indemnización en vía administrativa. Diáfana resulta, sobre todo, la dicción de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2003, al decir que *"la pretensión de indemnización de daños y perjuicios puede hacerse directamente ante el tribunal de lo contencioso-administrativo en aquellos casos en que sea el único medio de restablecer plenamente la situación jurídica que el acto administrativo o la vía de hecho perturbaron, pero cuando se articula como cuestión principal, sin ningún vínculo directo con la actuación impugnada, resulta necesaria la previa formulación de la petición en vía administrativa"*. También se han pronunciado en este sentido otras sentencias, como la del TSJ de Andalucía de 22 de junio de 2012.

Sin embargo, si tenemos en cuenta cuanto se ha argumentado hasta ahora respecto a la admisibilidad como cuestión nueva de la indemnización de daños como la principal medida para lograr el restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas, obviando la tradicional teoría del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y realizamos una interpretación del texto del artículo 31.2 en el sentido de entender que la pretensión a que alude no hay que considerarla exclusivamente como accesoria a la del 31.1 sino como una pretensión más, alternativa, que puede formular el demandante en el recurso contencioso-administrativo, incluso de forma independiente, podría plantearse, de *lege ferenda*, un cambio que acoja esta interpretación para terminar convirtiendo la acción de responsabilidad patrimonial en la vía administrativa en una acción de carácter meramente voluntaria.

En la Sentencia del TSJ de Murcia de 18 de mayo de 2017 (JUR\2017\187405), son dos las peticiones principales y no subordinadas, una consistente en que se iniciara expediente de expropiación y otra consistente en la retirada de escombros como pretensión de restablecimiento. De modo que "el restablecimiento o indemnización sustitutoria no se plantea como subordinada de la primera y debía haberse admitido a trámite. Como quiera que la Administración ha podido hacer alegaciones en el proceso y ha practicado prueba, no es aconsejable seguir una vía previa cuando existen datos y elementos en autos para considerar probada la existencia de tales residuos o vertidos".

Así también, Sentencia el TSJ de La Rioja, de 5 de octubre de 2017 (JUR\2017\293504), en relación al caso de quien fue perjudicado como consecuencia de no ser llamado a una interinidad, y en su lugar la ocupó otra persona que debió

tener asignada menor puntuación; se desconoce el importe del daño, pero ello “no impide fijar las bases para que en ejecución de sentencia se reconozcan los efectos económicos y administrativos procedentes, abonándose al recurrente el importe de las retribuciones que debió percibir por el desempeño de la interinidad desarrollada...”.

IV. CONCLUSIONES: HACIA LA DEFINITIVA RECONSIDERACIÓN DEL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El análisis llevado a cabo en este trabajo nos permite afirmar categóricamente la posibilidad de solicitar la indemnización de daños y perjuicios directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa en aquellos casos en que ésta sea la fórmula o medio de restablecer plenamente la situación jurídica que la actividad o inactividad administrativa o la vía de hecho perturbaron.

Sin embargo, cuando se articula como cuestión principal, sin vínculo directo con la actuación impugnada, es rechazada esta posibilidad y se entiende que resulta necesaria la previa formulación de la petición en vía administrativa a través del oportuno ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial y la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo.

De la normativa y jurisprudencia estudiada podríamos deducir, por lo tanto, una serie de requisitos que actualmente configuran la viabilidad de esta pretensión ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a saber:

- Que la indemnización de los daños y perjuicios sea el medio para lograr el restablecimiento pleno de la situación jurídica individualizada perturbada. Además, es especialmente receptiva la Jurisdicción a esta posibilidad cuando resulta imposible ya la restitución in natura como forma de restablecimiento de la situación jurídica.
- Que la indemnización ha de ser la consecuencia directa y natural de la anulación del acto, condena a actuación o declaración de la vía de hecho y de su cese, de manera que si el daño deriva de otros factores que no sean los determinantes de la sentencia, la pretensión de indemnización se ha de ejercitar de forma autónoma.
- Que dicha cuestión, aunque no haya sido tratada previamente en la vía administrativa, se haya planteado a lo largo del proceso y tanto los daños como los elementos determinantes de su evaluación (entendiendo que han de haberse justificado todos los requisitos establecidos en la legislación de régimen jurídico del sector público para la exigencia de responsabilidad

patrimonial, según nos recuerda muy claramente la STS de 18 de mayo de 2011) consten probados en autos. Respecto a la determinación del *quantum* indemnizatorio, cabría la posibilidad de postergarla a la fase de ejecución de la sentencia por virtud de lo dispuesto en el art. 71.1.d) LJCA.

- Que, por exigencia del principio de congruencia, la indemnización de los daños haya sido solicitada, bien en la demanda, bien en el escrito de conclusiones o en la vista. La sentencia contenciosa incurriría en incongruencia *extra petitum* si concediera la indemnización o se pronunciara sobre ella sin haber sido *oportunamente deducida*.

En todo caso, la formulación de la referida pretensión ha de entenderse de carácter potestativo, pues ni el artículo 31.2 ni el 35 obligan a la acumulación de pretensiones en el proceso contencioso-administrativo, al contrario de lo que ocurre en el proceso regulado por la LEC. Por lo tanto, si es la voluntad del demandante, permanece abierta la vía de la reclamación patrimonial administrativa para satisfacer esta pretensión tras la resolución del primer proceso contencioso-administrativo.

Asimismo, hemos de entender interrumpido el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 67.1 LPACAP en el supuesto de que se haya desarrollado un proceso contencioso-administrativo sobre la pretensión principal consistente en la anulación del acto administrativo, la condena de la Administración a cumplir sus obligaciones o al cese de la vía de hecho y no se haya anudado a tal pretensión la adicional de restablecimiento a que se refiere el artículo 31.2 o bien no se haya podido disponer durante el proceso de los elementos necesarios para su sustanciación. En caso contrario, la resolución judicial tendría efectos de cosa juzgada e impediría al reclamante un nuevo acceso a la vía ordinaria o a la jurisdicción en pretensión de la oportuna indemnización.

Por otro lado, la previsión del artículo 31.2 en la LJCA, apoyada por la propia Exposición de Motivos de dicha Ley y por una interpretación "*pro actione*" del precepto, parecen llevarnos a la conclusión de que esta posibilidad de formular la referida pretensión en el recurso contencioso-administrativo como accesoria a la principal que constituye el objeto inicial del recurso se constituye en una muestra fehaciente de la evolución de la naturaleza de la Jurisdicción contencioso-administrativa hacia la idea de unos juzgados y tribunales como órganos de tutela y no como meros revisores de la actividad administrativa a modo de segunda instancia administrativa. Junto a ésta, otras razones nos impulsan a pensar que ciertamente se está produciendo este cambio en la naturaleza de la Jurisdicción contencioso-administrativa:

- El hecho de que, según la Exposición de Motivos de la LJCA, la agilización de la tramitación de las causas es una de las preocupaciones dominantes en esta Jurisdicción.

- La escasa posibilidad de justificación en una sociedad moderna del sometimiento de los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno sólo, sobre todo a la luz del Principio de economía procesal.
- El derecho a la tutela judicial efectiva, que impone la interpretación más favorable al ejercicio de la acción contenciosa por parte de los órganos jurisdiccionales, traducida en que ha de evitarse la denegación de justicia efectiva por interpretaciones formales rigoristas (STC 224/2001 o 252/2000). Especial relevancia cobra este derecho en el caso de la solicitud de indemnización en el recurso contencioso contra la vía de hecho¹³.

Por lo tanto, una vez abierta la puerta a la posibilidad del ciudadano de obtener la tutela judicial efectiva en cuanto a sus pretensiones de restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas que deben alcanzarse mediante la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, cabría concluir si tiene sentido mantener el carácter obligatorio de la previa reclamación patrimonial en vía administrativa para poder acudir a la Jurisdicción contenciosa. Se trata, somos conscientes, de una afirmación muy atrevida y que supone la alteración de uno de los paradigmas y postulados fundamentales sobre los que se asienta el Derecho administrativo de nuestro tiempo. Sin embargo, la pérdida del tradicional privilegio para la Administración de la necesidad de agotar la vía administrativa en favor de una tutela judicial más completa y eficaz para el ciudadano, pudiera merecer la pena.

En todo caso son cuestiones que no muestran más que la realidad de la evolución de esta joven Jurisdicción que, a través de previsiones normativas como la ahora estudiada, va adquiriendo cada vez mayor autonomía y madurez y una vocación más garantista en aras de lograr la tutela efectiva del ciudadano.

¹³ Así lo reconoce la citada STS 22/09/2003, al decir que “si fuera preciso formular la reclamación previa ante la Administración para solicitar procesalmente la indemnización de los daños y perjuicios, se verían sustancialmente mermadas las posibilidades de la impugnación jurisdiccional directa de las vías de hechos ya que sólo sería posible solicitar el cese de las vías de hecho con lo que no se lograría el pleno restablecimiento de la situación jurídica anterior a la producción de tales vías, y así dicha impugnación jurisdiccional directa sería imperfecta y consustancialmente insatisfactoria para cumplir con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

La capacidad y la representación de las partes en la jurisdicción contencioso-administrativa*

Eloísa Carbonell Porras

Catedrática de Derecho Administrativo

Universidad de Jaén

SUMARIO: I. PERSONALIDAD, CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN: CONSIDERACIONES PREVIAS Y GENERALES: 1. Introducción; 2. La confusión entre legitimación y capacidad: un problema heredado de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil; 3. Capacidad de obrar y legitimación en la legislación de procedimiento administrativo: el rechazo de la doctrina que vincula a los Tribunales con lo apreciado por la Administración. II. CAPACIDAD, LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. III. LA CAPACIDAD PARA SER PARTE Y PARA COMPARECER EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 1. Los artículos 18 LJCA y 6 LEC, en general; 2. Las personas físicas; 3. Las personas jurídicas; 4. La capacidad de los órganos constitucionales y estatutarios; 5. Los grupos de afectados, las uniones sin personalidad, los patrimonios independientes o autónomos: A. La confusión entre su capacidad y su legitimación en el orden contencioso-administrativo; B. Los patrimonios independientes o autónomos; C. Las «entidades» sin personalidad; D. Los grupos de afectados: a) *Los grupos de consumidores y usuarios en la LEC y la distinción entre intereses colectivos y difusos*; b) *Los grupos de afectados en el proceso contencioso-administrativo y el reconocimiento de su capacidad*; c) *La capacidad de los grupos políticos parlamentarios*. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Constituye el objeto de este estudio el análisis de las condiciones para constituirse en parte en el proceso contencioso-administrativo, es decir, la ca-

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional, Las Entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea, (DER2016-74843-C3-1-R), del que soy Investigadora Principal, que se desarrolla en el Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI) SEJ-317, «El Derecho Público y la crisis institucional y económica». También deben tenerse en cuenta el Grupo de Excelencia de la Universidad Rey Juan Carlos, «Derecho y política económica» (GEDPE), y el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid 931089, «Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa», en los que colaboro como miembro externo.

pacidad para ser parte y para comparecer en juicio, que son presupuesto necesario y previo a la legitimación. Para ello, se tiene en cuenta la regulación general que realiza la LEC, que reconoce la capacidad de las personas física y jurídicas, y de otras estructuras no personificadas, y determina a quién le corresponde en cada caso la comparecencia en juicio, y sus consecuencias para el orden contencioso-administrativo.

PALABRAS CLAVE: las partes del proceso contencioso-administrativo, interposición del recurso contencioso-administrativo, capacidad y comparecencia en juicio, las personas y las organizaciones no personificadas, la legitimación.

ABSTRACT: The object of this study is the analysis of the conditions to be part of the administrative process, that is, the capacity to be a party and to appear in court, which are necessary and prior to legitimization. To this end, the general regulation carried out by the LEC is taken into account, which recognizes the capacity of physical and legal persons, and other non-personified structures, and determines to whom corresponds in each case the appearance in court, and its consequences for the contentious-administrative order.

KEY WORDS: the parties in the administrative process, administrative appeal, capacity and appearance in court, legal persons and non-personified organizations, legitimization.

I. PERSONALIDAD, CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN: CONSIDERACIONES PREVIAS Y GENERALES

1. Introducción

El Título II de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) está dedicado a «las partes», y, según confiesa su preámbulo, se limita a recoger las modificaciones introducidas por el legislador o la jurisprudencia, a clarificar algunos puntos oscuros y sistematizar los preceptos de la manera más sencilla posible, para «que nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, concepto comprensivo de los derechos subjetivos pero más amplio, pueda verse privado del acceso a la justicia». Esta declaración de principios debe tenerse en todo caso presente pues conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva constitucionalmente garantizado. En este título II se tratan la capacidad procesal, la legitimación y la representación y defensa de las partes, que son los nombres de los tres capítulos lo integran. En principio son cuestiones diversas: la capacidad hace referencia a la aptitud para ser parte, la legitimación a la relación con el objeto del proceso de quién puede ser parte, y la representación y defensa en juicio a la intervención de los profesionales del Derecho que son el procurador y el abogado. Sin

perjuicio de ulteriores precisiones, son nociones generales que también están regulada en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) que le dedica el Capítulo I del Título I, titulado precisamente «De la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación. Como es sabido, la LEC es de aplicación supletoria en el proceso contencioso-administrativo (Disposición final primera de la LJCA y artículo 4 de la LEC). No obstante, la LJCA fue aprobado año y medio antes, y, por tanto, no tuvo en cuenta las novedades de la LEC que, en este punto, son sumamente relevantes dada la escasa atención que a estos temas generales prestaba la anterior Ley¹. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1981 carecía de una regulación específica de la legitimación y sus diferencias con la capacidad, lo que ha originado confusión en doctrina y jurisprudencia sobre el alcance y significado de estos conceptos. Al análisis de estas cuestiones generales y previas se dedica este estudio centrado en el proceso contencioso-administrativo, pero sobre la base de la regulación actual del proceso civil.

2. La confusión entre legitimación y capacidad: un problema heredado de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil

En Teoría General del Derecho la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y de deberes, que se vincula con la personalidad y, en consecuencia, se reconoce a las personas físicas y jurídicas; y la capacidad de obrar es la aptitud para ejercer esos derechos y deberes, que puede ser plena o limitada, necesitando en este último supuesto la intervención de otro sujeto que complete la capacidad como sucede con carácter general con los menores de edad. Esta distinción es equivalente a la que establece el Derecho Procesal entre la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal. La capacidad para ser parte o personalidad procesal es la idoneidad para ser titular de los derechos procesales, destinatario de los deberes y sujeto a las cargas y responsabilidades inherentes al proceso civil; y la capacidad procesal es la capacidad para obrar válidamente en el proceso, que se reconoce a quienes no tienen limitado el ejercicio de estos derechos, pues, si lo estuvieren, necesitaran completar su capacidad con la representación o con la asistencia, la autorización, o defensa que en cada caso proceda². La capacidad está relacionada con la cualidad del sujeto o

¹ El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil fue presentado por el Gobierno el 30 de octubre y calificado el 10 de noviembre de 1998. Sobre esta tema pueden verse con carácter general las monografías de BUSTILLO BOLADO, R.O., *La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Contencioso-Administrativo*, 2005; y de GALLARDO CASTILLO, M^a J., *Los problemas de la aplicación supletoria de la LEC en el proceso contencioso-administrativo*, 2006.

² Sobre esta distinción puede verse, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2001, pp. 81 ss; ASECIO MELLADO, J. M^a. (coord.), *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, 2013, pp. 79 ss; o, ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, 2017, pp. 75 ss.

entidad, al margen de los litigios específicos, del concreto objeto de un proceso. Por el contrario, la legitimación hace referencia a la concreta relación entre un sujeto y el objeto de un determinado proceso, que es la que le permite ejercer la acción e intervenir en ese proceso. Pero la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no regulaba detenidamente estas cuestiones; su Título primero, dedicado a la comparecencia en juicio, se limitaba a indicar que podrían comparecer en juicio quienes se encontraban en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y, de no estarlo, comparecerían los representantes legítimos, o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a Derecho; que por las corporaciones, sociedades y demás entidades jurídicas comparecerían las personas que legalmente las representen (art. 2); que la comparecencia se realizaría por medio de Procurador legalmente habilitado (art. 3); y no se refería expresamente a la legitimación lo que provocó que esta expresión se empleará con fines diversos³. Como ha señalado Montero Aroca cuando doctrina y jurisprudencia hablaban de *legitimatio personae*, aludían a la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal; de *legitimatio ad processum*, a los supuestos de la representación legal de personas físicas que no están en pleno ejercicio de sus derechos civiles y de la representación necesaria de las personas jurídicas; y de *legitimatio ad causam*, a la sucesión procesal⁴. Vigente la nueva LEC esta terminología sólo genera confusión pues existe una regulación general de la capacidad para ser parte en el artículo 6, de la comparecencia en juicio en el artículo 7, y de la legitimación en los artículos 9 a 11 bis, entre otras cuestiones generales⁵. Naturalmente un análisis detenido de estos preceptos excede de los objetivos de este estudio, centrado en la jurisdicción contencioso-administrativa y sus particularidades; pero, para hacerlo, hay que partir de diferenciar tres requisitos de aptitud de las partes en el proceso: primero, la capacidad para ser parte, que se vincula con la personalidad; segundo, la capacidad de actuación procesal, o capacidad para comparecer en juicio o capacidad procesal, que permite realizar eficazmente

³ Véase MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él)*, 1994. Todo esto explica la conocida frase de GÓMEZ-ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, I, 1976, p. 135: «el concepto de legitimación es uno de los más debatidos y, al mismo tiempo, más confusos del derecho procesal».

⁴ Vid. MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, 2007, p. 29 ss. De estas cuestiones en general y en el orden contencioso-administrativo se ha ocupado con detalle GÓMEZ DÍAZ, A.B., *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, 2014.

⁵ No obstante, la jurisprudencia continúa refiriéndose a la *legitimatio personae*, a la *legitimatio ad processum*, y a la *legitimatio ad causam*, con frecuencia en un sentido distinto del originario. Puede verse, en el orden contencioso-administrativo, SSTs de 3 de marzo de 2014 (recurso de casación 4453/2012); o de 1 octubre de 2011 (recurso de casación 3512/2009), y por el Tribunal Constitucional, STC 27/2016, de 18 de febrero o 124/2009, de 18 de mayo, entre otras muchas. A la falsa erudición de estas sentencias se refiere MONTERO AROCA, J. (2007: 38).

actos procesales; y tercero, la capacidad de postulación, requisito de aptitud técnico-jurídica⁶.

A efectos de este trabajo, se recurre a un concepto amplio de capacidad que hace referencia a la posibilidad en abstracto y con carácter general de ser parte (generalmente como demandante) en cualquier proceso contencioso-administrativo; mientras que la legitimación es la relación que se mantiene con el objeto de un concreto proceso que permite sostener la pretensión en el mismo⁷. La primera se regula en el artículo 18 y la segunda en el artículo 19, ambos de la LJCA. Pero también la legislación sobre procedimiento administrativo diferencia ambos conceptos.

3. Capacidad de obrar y legitimación en la legislación de procedimiento administrativo: el rechazo de la doctrina que vincula a los Tribunales a lo apreciado por la Administración

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) también diferencia entre quienes pueden relacionarse en abstracto con la Administración y quienes lo hacen en un procedimiento administrativo concreto. El artículo 3 reconoce la capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas a las personas físicas o jurídicas que la ostenten con arreglo a las normas civiles. También tienen capacidad de obrar los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, salvo que se trate de menores incapacitados cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate⁸. La principal novedad es que la LPAC también reconoce capacidad de obrar «cuando la Ley así lo declare expresamente» a «los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos»⁹. No se han producido cambios relevantes en la noción de interesado en

⁶ Vid. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, 2010, p. 117; y, BANACLOCHE PALAO, J. y CUBILLO LÓPEZ, I. J., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal civil*, 2016, pp. 219-221.

⁷ Sobre la distinción entre capacidad y legitimación en el orden contencioso-administrativo, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de junio)*, 2011, en particular, pp. 272 y 282-283.

⁸ La legislación administrativa siempre ha ampliado la capacidad de obrar respecto de las normas civiles. Lo hacían los artículos 30 de la Ley 30/1992 y 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Este último también se refería a la mujer casada que, como es sabido, tuvo limitada su capacidad hasta la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

⁹ La LPAC asume así el reconocimiento de la capacidad para relacionarse con la Administración que ya estaba en diversas leyes. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «El procedimiento administrativo», en *Derecho administrativo II. Régimen jurídico básico y control de la Administración*, 2018, pp.33-38.

el procedimiento administrativo, que serán quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos; los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva (art. 4 LPAC).

Con carácter general, y sin perjuicio de posteriores consideraciones al respecto, ahora interesa poner de manifiesto que la LPAC no está reconociendo directamente la capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas a los grupos de afectados, a las uniones y entidades sin personalidad o a los patrimonios independientes, pues tal capacidad requiere que una «Ley así lo declare expresamente» según dispone la letra c) del artículo 3. También el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) establece que podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa, además de las personas físicas y jurídicas, «cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa». Por tanto, ni la LPAC ni la LRJSP han reconocido directamente la capacidad de obrar al margen de las estructuras personificadas, pero asumen que existen leyes que así lo disponen. Este es el criterio que también se emplea en el artículo 4. 2 LPAC (como el art. 31 Ley 30/1992) en relación con los intereses colectivos, cuya titularidad corresponde a las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales «en los términos que la Ley reconozca». La remisión a otras leyes para reconocer la capacidad y la titularidad de intereses colectivos se repite en el artículo 18 LJCA, respecto de la capacidad procesal en el orden contencioso-administrativo, y en los artículos 7. 3 LOPJ y 19. 1. b) LJCA, que se refieren a la legitimación para la defensa de los intereses colectivos por quienes «estén legalmente habilitados para su ejercicio». De esta forma, para relacionarse con las Administraciones Públicas por tener capacidad de obrar o representar intereses colectivos se estaría empleando el mismo criterio que exige el proceso contencioso-administrativo para ser parte o estar legitimado en defensa de los intereses colectivos: que la Ley declare o reconozca la capacidad de obrar o habilite para la defensa de intereses colectivos. No se diferencia, como en mi opinión procede, la participación en los procedimientos administrativos y en el proceso contencioso-administrativo, que responden a fines diferentes. La participación en los procedimientos administrativos debe ser lo más amplia posible, comprendiendo a personas pero también a estructuras no personificadas siempre que afecte a sus situaciones jurídico activas o incluso sin esa afectación en un trámite de información pública; del mismo modo, la habilitación legal para defender intereses colectivos sólo debe exigirse para interponer un recurso

contencioso-administrativo. En la adopción de las decisiones administrativas debería posibilitarse la más amplia participación y colaboración de cualquier organización no personificada ni habilitada para la defensa de intereses colectivos sin necesidad de expresas previsiones legales, requisitos que sí son exigibles cuando se trata de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁰.

Sin embargo, como es sabido, la práctica jurisprudencial que rechaza que la Administración cuestione la legitimación procesal de quién participó en el procedimiento administrativo dificulta esta distinción, al defender que la Administración no puede negar en vía judicial la legitimación ni la capacidad a quienes participaron en el procedimiento administrativo previo¹¹. Esta doctrina jurisprudencial estaba plenamente justificada cuando, vigente la LJCA 1956, se exigía un interés directo para interponer recurso contencioso-administrativo pues permitió ampliar significativamente el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativo. Pero, superadas todas las limitaciones al respecto, con un amplísimo reconocimiento de la legitimación en el orden contencioso-administrativo, no hay razones que justifiquen la aplicación de los mismos criterios en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso-administrativo. Los Tribunales Contencioso-administrativos deben analizar los presupuestos del recurso contencioso-administrativo con sujeción a las reglas que lo rigen, sin ningún tipo de vinculación con lo que haya podido considerar la Administración que, en consecuencia, podrá alegar en el proceso contencioso-administrativo lo que considere oportuno en aplicación de esas mismas reglas procesales. La propia legislación de procedimiento administrativo admite incluso la intervención en un procedimiento de interesados plurales: cuando una pluralidad de personas tengan unas pretensiones con contenido y fundamento similar podrán formularlas en una única solicitud (art. 66 LPAC) y las actuaciones se entenderán con el representante o el interesado que expresamente hayan señalado y, en su defecto, con el que figure en primer término (art. 7 LPAC). En mi opinión, un «grupo de afectados» son una pluralidad de interesados que no requieren ningún tipo de previsión legal para iniciar un procedimiento administrativo en nombre de todos ellos como se deduce de

¹⁰ Respecto de la exigencia de una habilitación legal para defender intereses colectivos en el orden contencioso-administrativo que no debería exigirse para participar en el procedimiento administrativo, CARBONELL PORRAS, E., «Los intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa» en *Intereses colectivos y legitimación activa*, 2014, pp. 50-51.

¹¹ En apoyo de esta posición jurisprudencial se ha invocado la doctrina del acto propio. Así afirma CIERCO SIEIRA, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, 2002, pp. 188-189 que «esta regla encuentra su fundamento en el conocido brocardo *venire contra factum proprium non valet* —con el que se resume la «doctrina de los actos propios»—, el cuál entronca a su vez directamente con los principios de buena fe y confianza legítima hoy proclamados en el art. 3. 1 de la LAP». También GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2011: 273) o MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Capacidad procesal y legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa» en *Por el Derecho y la Libertad*, 2014, p. 781.

estos artículos de la LPAC. Otro tema es cómo podrán actuar colectivamente en el proceso contencioso-administrativo al carecer de personalidad jurídica. Por todo esto, coincido con quienes afirman que la jurisprudencia que niega que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar la capacidad procesal o la legitimación de quién fue interesado en el procedimiento administrativo, carece de fundamento técnico-jurídico y es contraria a la plena competencia de los Tribunales para decidir sobre ambas cuestiones sin vinculación alguna con el criterio previamente adoptado por la Administración¹². También se ha pronunciado en tal sentido el Tribunal Supremo en alguna ocasión¹³. Otra cosa es que los Tribunales, en aplicación de las reglas procesales correspondientes, concluyan aceptando la capacidad o la legitimación como con anterioridad haya hecho la Administración, o con apoyo en el expediente administrativo aportado en el proceso contencioso-administrativo como tendremos ocasión de señalar.

II. CAPACIDAD, LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La LJCA parece diferenciar con claridad la capacidad de la legitimación, regulando cada una de ellas en un capítulo diferente de su Título II, que es el que dedica a las partes, prestando mayor atención a la legitimación. Frente a un único precepto, el artículo 18, relativo a la capacidad procesal, se dedican cuatro a la legitimación: el artículo 19, que relaciona los diferentes sujetos legitimados, así como los distintos criterios de legitimación; el artículo 20, que establece las prohibiciones de recurrir; el artículo 21, relativo a la parte demandada; y el artículo 22, sobre la sucesión procesal. Sin duda el artículo 19 es el más relevante y el que históricamente ha suscitado mayores problemas pues determina quienes pueden acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa en defensa de sus pretensiones, que también son diferentes según quién sea el sujeto actor. A efectos de este estudio las cuestiones relativas a la legitimación nos interesan en cuanto están relacionadas con quienes pueden ser parte

¹² Vid CORDÓN MORENO, F., *El proceso contencioso-administrativo*, 1999, p. 94; o GIMENO SENDRA, V. y otros, *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, 1999, p. 216.

¹³ La STS de 17 de noviembre de 2009 señala que: «En cualquier caso, lo que en principio se aprecia es que en los casos de que ese anterior reconocimiento en fase administrativa, haya sido efectuado por la Administración, lo razonable es sostener, que entonces lo que no será posible es que la Administración cambie de postura en fase judicial, y oponga la falta de legitimación. Pero eso no es el caso que ahora se plantea en que según lo antes expuesto al resolver los anteriores motivos, ha sido el Tribunal de la anterior instancia quien en uso de las potestades del art. 33.2 y correlativos de la LJ, ha suscitado el motivo relativo a la falta de legitimación para actuar en la vía judicial. Y ello porque ha apreciado que con los argumentos sobre los que se fundaba el litigio, resultaba posible plantear a las partes la posible concurrencia de la falta de legitimación». También pueden verse las SSTS de 31 de mayo de 2010 y de 22 de mayo de 2008.

en el proceso y quienes carecen de esta posibilidad con carácter previo y general, es decir, con independencia de que, en su caso, pudieran ostentar una situación jurídico activa legitimante. Por tanto, no se pretende realizar un análisis de la legitimación, entendida como la relación concreta que el recurrente mantiene con el objeto del proceso que le permite defender sus pretensiones, sino reflexionar sobre la capacidad que constituye un requisito previo a la legitimación.

Desde esta perspectiva y sin perjuicio de ulteriores precisiones, el artículo 18 LJCA se refiere a la capacidad procesal de «los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones, al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas»; y la legitimación se reconoce en el artículo 19. 1. b) LJCA a «las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos»; y, como es sabido, en la letra a), a las «personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo». La idea de la afectación no parece que materialmente tenga un significado diferente de lo que hoy día la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha incluido en la noción de interés legítimo: quién «resulta afectado» es titular de un interés legítimo que, por la relación con el objeto del proceso, permite acudir a los Tribunales sin necesidad de más precisiones. Cualquier intento de diferenciar materialmente a los que «resulten afectados» de los que «ostentan un derecho subjetivo o un interés legítimo» creo que está abocado al fracaso. La relación entre el sujeto y el objeto del proceso es similar en las letras a) y b) del artículo 19. 1, salvo en lo relativo a la defensa de los intereses colectivos por quienes estén legalmente habilitados para ello¹⁴. Esta legitimación, que puede reconocerse a ciertas personas jurídicas como son las corporaciones, asociaciones o sindicatos, es diferente del problema de la capacidad procesal de los grupos y entidades carentes de personalidad como tendremos ocasión de comprobar.

Las partes deben además actuar bajo la representación y defensa de los profesionales del Derecho en los términos previstos en los artículos 23 y 24 LJCA. Corresponde a los Procuradores la representación de las partes y a los Abogados la asistencia jurídica, si bien en los órganos unipersonales los abogados también podrán asumir la representación¹⁵. La representación y defensa de las Administraciones públicas corresponde generalmente a los Abogados del Estado respecto de la Administración

¹⁴ Véase CARBONELL PORRAS, E. (2014: 76 ss.).

¹⁵ Sobre la discutible distinción entre la representación en los órganos unipersonales o colegiados, puede verse CANO CAMPOS, T., «Representación y defensa de las partes», en *REDA* núm. 100, 1998, p. 247 ss. Por otra parte, recuérdese que la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha modificado el artículo 23 LJCA para recuperar la regla que permite a los funcionarios públicos comparecer por sí mismos en defensa de

General del Estado, de sus organismos públicos y de sus sociedades mercantiles previo convenio, así como a los cuerpos equivalentes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales¹⁶. El artículo 24 LEC dispone que el poder otorgando la representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o conferirse *apud acta* por comparecencia personal ante el Letrado de la Administración de Justicia o por comparecencia electrónica¹⁷. Como es sabido, el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompaña de los documentos que relaciona el artículo 45 LJCA. Ahora nos interesan los previstos en las letras a), el documento que acredita la representación del compareciente, y d), el documento o documentos relativos al cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean aplicables. Esa exigencia comprende a todas las personas jurídicas, ampliándose así respecto de lo previsto en el artículo 57. 2. d) de la anterior LJCA, que sólo aludía a las Corporaciones e Instituciones. En principio, los documentos exigidos en las letras a) y d) del artículo 45 son diferentes; el primero se refiere al poder de representación procesal y debe de aportarse en todo caso sea quién sea el sujeto recurrente mientras que el segundo sólo se exige a las personas jurídicas para que efectivamente pueda comprobarse que sostiene la pretensión¹⁸. No obstante, pueden integrarse ambos tipos de documentos en el poder que acredita la representación procesal según dispone el propio artículo 45. 2. d); en tal caso, el poder otorgado para la comparecencia en el proceso contencioso-administrativo podrá incluir no sólo los datos necesarios para acreditar que quién

sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen la separación de los empleados públicos inamovibles.

¹⁶ Así, corresponde a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social la representación y defensa de las entidades gestoras, servicios comunes y otros organismos que integran la Administración de la Seguridad Social (art. 551 LOPJ). En relación con la representación y defensa de las distintas Administraciones públicas, con especial referencia a las andaluzas, véase LÓPEZ BENÍTEZ, M., «La jurisdicción contencioso-administrativa», en *Derecho administrativo II. Régimen jurídico básico y control de la Administración*, 2018. pp. 365-366.

¹⁷ En la Administración de Justicia también se ha potenciado el empleo de las nuevas tecnologías desde la Ley 18/2011, de 5 de julio. De acuerdo con el artículo 273. 3 de la LEC, reformado mediante Ley 42/2015, de 5 de octubre, están en todo caso obligados a intervenir a través de medios electrónicos con la Administración de Justicia las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica.

¹⁸ La jurisprudencia ha puesto de relieve que una cosa es el poder de representación, que sólo acredita que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente. Pueden verse, entre otras, las SSTs 990/2017 de 5 junio (recurso de casación 2620/2016) o 1894/2016 de 20 julio (recurso de casación 2596/2013).

recurre es la persona jurídica, sino también los que sean precisos en cada supuesto para salvar las dudas sobre la capacidad del sujeto recurrente¹⁹.

En todo caso, cualquier duda sobre la capacidad constituye un defecto subsanable. Con esta finalidad, el artículo 45. 3 LJCA dispone que el Letrado de la Administración de Justicia examina de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y, si estima que no se acompaña con los documentos exigidos, los presentados son incompletos o considera que no concurren los requisitos para la validez de la comparecencia, requiere inmediatamente la subsanación, señalando un plazo de diez días para ello. Si el recurrente no realiza la subsanación, el Juez o Tribunal se pronuncia sobre el archivo de las actuaciones. Después de la interposición del recurso habrá que estar a lo previsto en el artículo 138 LJCA, que diferencia el régimen de subsanación de los actos procesales según el defecto se alegue por las partes o se aprecie de oficio, estableciendo un plazo de diez días desde que se notifique el escrito con la alegación en el primer caso o se dicte por el Letrado de la Administración de Justicia la diligencia de ordenación que lo reseñe. La jurisprudencia ha considerado que, cuando el defecto procesal ha sido alegado por la contraparte, no resulta exigible que el Tribunal requiera la subsanación. Esta interpretación ha sido matizada con posterioridad por Tribunal Supremo exigiendo el requerimiento de oficio también si el defecto en la comparecencia fue alegado por la contraparte cuando esta alegación no fue clara, o fue rechazada y la ausencia de requerimiento pueda generar indefensión²⁰. Esta es

¹⁹ Vid. STS de 16 de febrero de 2015 (recurso de casación 3882/2013). No obstante, la STS de 8 de septiembre de 2011 (recurso de casación 2314/2008) establece que «los juicios de valor del Notario sobre la suficiencia de las facultades de representación, tanto si el fedatario es español como extranjero, al no ser hechos de los que se pueda dar fe, no tienen valor vinculante en el proceso contencioso-administrativo ni para los terceros que no intervinieron en su otorgamiento, pudiendo por ello ser cuestionados y desvirtuados tales juicios de valor».

²⁰ La doctrina inicial, que rechaza el requerimiento de subsanación cuando el defecto ha sido alegado por las partes, se sienta en la STS de 5 de noviembre de 2008 (recurso de casación 4755/2005) que se invoca con posterioridad en numerosas ocasiones. No obstante, con anterioridad la STS de 2 de julio de 2008 (recurso de casación 4029/2004) ya había matizado esa conclusión por exigencias del artículo 24 de la Constitución de modo que, «alegado el defecto por las partes, será exigible el requerimiento de subsanación por el órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse una situación de indefensión lo que ocurre si la alegación no fue clara, o si fue combatida y no se comparten los argumentos opuestos. En tales casos, resulta exigible una advertencia implícita, a través del previo requerimiento, de lo infundado de esos argumentos y de la confianza nacida de ellos de obtener una sentencia que, como demanda aquel contenido normal, se pronuncie sobre el fondo de la cuestión litigiosa». Este planteamiento se repite en otras sentencias como la de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 3743/ 2013), o de 12 de abril de 2013 (recurso de casación 1543/2011), entre otras muchas. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha estimado los recursos de amparo interpuestos contra las sentencias que no ofrecieron la posibilidad de subsanación. De este tema se ha ocupado con detalle ALONSO MAS, M^a J., «La inadmisión del recurso contencioso administrativo por la falta de aportación del acuerdo para el ejercicio de acciones: el caso de las sociedades con administrador único», en *RGDA* núm. 45, 2017, con amplias referencias jurisprudenciales y doctrinales.

la doctrina a mi juicio correcta teniendo en cuenta que lo que está en juego es el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción²¹. Por eso, la jurisprudencia ha admitido la subsanación realizada en cualquier fase del proceso²².

III. LA CAPACIDAD PARA SER PARTE Y PARA COMPARECER EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Los artículos 18 LJCA y 6 LEC, en general

El artículo 18 LJCA contempla la capacidad procesal en el orden contencioso-administrativo y la reconoce, en el apartado 1, a quienes la ostenten con arreglo a la legislación procesal general. También se afirma que cuentan con capacidad los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Además, el apartado 2 de este artículo 18 dispone que:

«Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones, al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente».

Lo primero que debe notarse es que este precepto se refiere a la capacidad procesal en un sentido amplio, sin diferenciar la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer o de actuación procesal en los términos antes indicados. Además se hace eco de la superación del criterio de la personalidad jurídica en materia procesal, y desvincula la capacidad del concepto de persona con la finalidad de permitir el ac-

Recientemente la STC 12/2017, de 30 de marzo, estima el recurso de amparo interpuesto por un sindicato contra la no admisión de su recurso contencioso-administrativo a pesar de que en el poder notarial constaban, transcritos por el notario, los acuerdos confirmando la facultad para entablar acciones al Secretario General; y la STC 6/2018, de 22 enero, porque no se tuvo en cuenta la certificación del acta de la junta general de la sociedad, extendida por uno de sus administradores solidarios, que ratificaba la decisión de éstos de interponer el recurso.

²¹ Así lo señale en CARBONELL PORRAS, E., «Incidentes e invalidez de los actos procesales», en *REDA* núm. 100, 1999, pp. 904-905.

²² La STS de 14 septiembre de 2015 (recurso de casación 3805/2013), rechaza que «precluido el procedimiento no era permitido a la recurrente presentar el documento acreditativo del acuerdo societario para recurrir»; o la STS de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 3743/ 2013), en relación con la subsanación mediante la aportación de la documentación oportuna con ocasión del trámite de conclusiones. También, entre otras, las SSTS de 20 de enero de 2012 (recurso de casación 6878/2009) o de 2 de julio de 2008 (recurso de casación 4029/2004).

ceso a los Tribunales aunque no exista personalidad²³. Pero se trata de un reconocimiento limitado, pues no es directo y expreso sino en función de la existencia de una Ley que así lo declare; es decir, para la LJCA la capacidad de los grupos, las uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos en el proceso contencioso-administrativo tendrá que establecerse expresamente en otra Ley, que es el mismo criterio que utiliza la LPAC. Por eso, el precepto tiene particular incidencia en una de las partes del proceso contencioso-administrativo, que son los particulares²⁴.

Para concretar la capacidad en el proceso contencioso-administrativo lo primero será comprobar quienes la ostentan con arreglo a la legislación procesal general a la que remite el artículo 18 LJCA. El artículo 6. 1 LEC dispone que podrán ser parte en los procesos ante los Tribunales civiles:

- «1º Las personas físicas.
- 2º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.
- 3º Las personas jurídicas.
- 4º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.
- 5º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.
- 6º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.
- 7º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.
- 8º Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios».

²³ Vid. MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Comentario al artículo 18», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, REDA núm. 100, 1999, p. 213 y, más reciente, «Capacidad procesal y legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Por el Derecho y la Libertad*, 2014, en particular pp. 784-785.

²⁴ Así lo pone de relieve BOTO ÁLVAREZ, A., «Las partes en el proceso contencioso-administrativo», en *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2014, p. 286.

La nueva regulación de la capacidad para ser parte en la LEC afecta, sin duda, a lo previsto para el proceso contencioso-administrativo²⁵. Además el artículo 7 LEC concreta cómo los distintos sujetos que pueden ser parte en el proceso civil comparecen en juicio por sí mismos o por quién en cada caso les representen completando la posible falta de capacidad o los problemas que ésta pueda suscitar. En la LJCA no hay una regulación de la comparecencia ni del apoderamiento o postulación pero, como se verá, los Tribunales Contencioso-administrativos actúan con frecuencia excesivamente apegados a la letra de la LJCA sin tener en cuenta lo previsto para el proceso civil. Seguidamente se intenta analizar conjuntamente la capacidad para ser parte y la comparecencia en juicio integrando la LJCA y la LEC. No obstante, previamente resulta necesaria alguna precisión a propósito del artículo 6.1 LEC.

– Por un lado, el apartado 6º alude al Ministerio Fiscal, que es un órgano de relevancia constitucional que, desde 2007, cuenta con personalidad jurídica propia, luego su capacidad para ser parte está reconocida en el apartado 3º, que se refiere a las personas jurídicas en general²⁶. Este apartado 6º supone un reconocimiento de que actúa en el proceso en la medida en que la Ley lo haya previsto; legitimación *ex lege* que se repite en el art. 19. 1. f) LJCA que incluye entre los sujetos legitimados al Ministerio Fiscal «para intervenir en los procesos que determine la Ley».

– Por otro lado, el apartado 8º se refiere a las «entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios». Esta regla no hace referencia a los diferentes sujetos legitimados por el Derecho nacional para ejercer la acción de cesación, sino a aquellas que están legitimadas por el Derecho de la Unión Europea respecto de las cuales sí pueden surgir dudas sobre su capacidad para ser parte en los procesos que se entablen en España²⁷.

²⁵ Algunos autores entienden que el artículo 18 LJCA habría dejado de tener sentido con la aprobación de la LEC. Vid. BUSTILLO BOLADO, R.O., (2005: 86); o CALVO ROJAS, E., «Capacidad y legitimación», en *Influencia de la Ley de Enjuiciamiento civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social, social*, 2000, p. 71. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*, 2010, p. 215 señala que la regulación de este precepto es «por su carácter parcial, un tanto equívoca y desconcertante».

²⁶ La personificación del Ministerio Fiscal se realiza en el artículo 2. 1 de su Estatuto Orgánico, aprobado por Ley 50/81 de 30 de diciembre, modificado en este punto por la Ley 24/2007, de 9 de octubre.

²⁷ El artículo 54 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias está dedicado a la legitimación para ejercer la acción de cesación y se refiere: al *Instituto Nacional del Consumo* y los equivalentes de las Comunidades Autónomas, y de las Corporaciones locales; a las asociaciones de consumidores y usuarios; al Ministerio Fiscal, y a las «entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el

Para solucionar cualquier problema al respecto, el artículo 6. 1. 8º LEC les reconoce la capacidad para ser parte, y el artículo 11. 4 LEC lo repite, aceptando a tales efectos la lista de entidades habilitadas en los diferentes Estados de la Unión publicada por la Comisión Europea cada seis meses en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas²⁸. El ordenamiento jurídico español también legitima en otras materias a entidades supranacionales para recurrir ante nuestros Tribunales Contencioso-administrativos, hay que entender que esta legitimación, conlleva el reconocimiento de su capacidad para ser parte en dichos procesos judiciales. Así sucede con las Federaciones deportivas internacionales, los organismos antidopaje de otros Estados, la Agencia Mundial Antidopaje o los Comités Olímpico y Paralímpico Internacionales que están expresamente legitimados para recurrir las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo del Deporte en materia de dopaje²⁹.

2. Las personas físicas

Sin duda gozan de capacidad para ser parte en el proceso contencioso-administrativo las personas físicas. La personalidad se adquiere desde el nacimiento con vida «una vez producido el entero desprendimiento del seno materno» y se extingue con la muerte de la persona (arts. 30 y 32 del Código Civil). Carece de personalidad, por tanto, el concebido pero no nacido, aunque el artículo 6. 1.2º LEC le reconoce la capacidad para ser parte «para todos los efectos que le sean favorables», criterio que coincide con el previsto en el artículo 29 del Código Civil.

La capacidad para comparecer en juicio se reconoce a las personas físicas que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 7.1 LEC), que son los mayores

«Diario Oficial de las Comunidades Europeas». Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción». Con carácter general, puede verse LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios», en *Intereses colectivos y legitimación activa*, 2014, pp. 207-238.

El *Instituto Nacional de Consumo* fue suprimido por el Real Decreto 19/2014, de 17 de enero, que lo refundió con la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición para crear la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición que es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.

²⁸ Artículo 4 de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (versión codificada).

²⁹ Así lo establecen los artículos 19.5 LJCA y 40 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva. Del recurso especial en materia deportiva he tenido ocasión de ocuparme en CARBONELL PORRAS, E., «La sustitución de los recursos administrativos ordinarios (o la alteración de algún elemento de su régimen general): algunas sugerencias ante el inmovilismo del legislador», en *Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas*, 2018.

de edad no incapacitados que no necesitan más requisitos que otorgar el correspondiente poder de postulación y/o defensa jurídica a favor de los profesionales que en cada caso procedan. Quienes no están en pleno ejercicio de sus derechos civiles comparecen en juicio mediante «representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la Ley» (art. 7.2 LEC). En el caso del *nasciturus* comparecerá en juicio la persona que legítimamente le representaría si ya hubiera nacido (art. 7.3 LEC). Deberá estarse a las reglas generales del Código Civil y de la LEC teniendo en cuenta los diversos grados de incapacidad, que son correlativos a los diversos medios de integración de la falta de capacidad³⁰. Respecto del menor de edad, el orden contencioso-administrativo es más flexible en el reconocimiento de su capacidad para comparecer en juicio por sí mismo. Con esta intención, el artículo 18 LJCA, como su antecesor, reconoce capacidad procesal a los menores para «la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela». Esta previsión, que está en línea con el artículo 3. b) LPAC, permite entender que, con carácter general, cuando la legislación administrativa permite que el menor se relacione directamente con la Administración, también podrá comparecer ante la jurisdicción contencioso-administrativa por sí mismo³¹.

El principal problema sobre la capacidad procesal de los menores se ha planteado con los inmigrantes y la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la orden de expulsión, apoyada por la Administración que ejerce la tutela sobre el menor. El Tribunal Constitucional, en su STC 183/2008, de 22 diciembre, que reconoce que no se ha pronunciado específicamente sobre esta cuestión, otorga el amparo pues «la negativa judicial a reconocer capacidad procesal directa al recurrente y, simultáneamente, imposibilitar que pudiera suplir ese defecto de capacidad mediante la designación de un defensor judicial con el argumento de

³⁰ ORTELLS RAMOS, M. (2010: 127-129) diferencia la situación del menor de edad no emancipado, del menor de edad emancipado, del incapacitado por defecto físico o psíquico que le impida gobernarse por sí mismo, del declarado pródigo y del ausente. También CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*, 2017, pp. 88-89.

³¹ En la legislación administrativa no todos los menores de edad tienen las mismas limitaciones ni idéntico nivel de tutela institucional como señaló TOLIVAR ALAS, L., «Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores», en *RAP* núm. 124, 1991, pp. 38 ss. Teniendo en cuenta que la legislación no suelen incorporar reglas relativas a la edad afirma SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2010: 215) que la única interpretación razonable sería «atender a que la norma sustantiva previese expresamente la *titularidad* por menores de edad de derechos y obligaciones ante a la Administración (aunque no se pronunciase sobre la posibilidad de *actuar por sí mismo* tales derechos y obligaciones). Si tal previsión existe, y la norma no exige expresamente la asistencia del padre o tutor, debe presumirse que habilita al menor para actuar por sí ante la Administración; y, por tanto, y en virtud del precepto que comentamos, también ante la jurisdicción contencioso-administrativa» (cursiva del autor).

que dicha competencia es exclusiva del orden jurisdiccional civil, pero sin permitir tampoco la subsanación del nombramiento realizado por el órgano judicial de instancia, han impedido de manera definitiva a un menor, con capacidad y madurez suficiente, instar el control judicial de una decisión administrativa, como era la de su repatriación, que afectaba de una manera muy directa a su vida y esfera personal, lesionado de esa manera su derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), para defender intereses personalísimos»³².

En todo caso, deben tenerse en cuenta las relevantes modificaciones que la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, introduce en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, para ampliar la capacidad de los menores en el ejercicio de sus derechos. Con tal intención, el artículo 2 dispone que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor». De este precepto puede deducirse un criterio favorable al reconocimiento de su capacidad para relacionarse con la Administración y también para ser parte en los procesos judiciales, siempre que la edad del menor y el asunto en cuestión lo permitan.

3. Las personas jurídicas

En el reconocimiento de la capacidad para ser parte en el proceso a las personas jurídicas debe estarse a las normas reguladoras de las diferentes formas de personificación, que son las que concretan el momento en el que se adquiere la personalidad y cuándo se produce su extinción según disponen con carácter general los artículos 35 y 37 del Código Civil³³. Respecto de las personas no nacionales rige la

³² La STC 183/2008 estima el recurso de amparo 3319/2007 interpuesto por el menor contra la resolución judicial que apreció su falta de representación y capacidad procesal; y la STC 184/2008 de 22 diciembre, el de la asociación que había intervenido en el proceso bajo la misma representación que el menor, aunque el tribunal contencioso-administrativo rechazó su legitimación activa. En todo caso estas sentencias destacan la necesidad de la audiencia a los menores en todos los procesos judiciales como recuerda la STC 185/2012, de 17 de octubre. Por eso sorprende el Auto del Tribunal Constitucional 96/2010, de 19 de julio, que desestima el recurso de súplica del Ministerio Fiscal contra la providencia de inadmisión del recurso de amparo 5450-2009 al no apreciar especial trascendencia constitucional por no haber oído a un menor sometido a la tutela pública en un procedimiento de repatriación.

³³ Por ejemplo, el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, establece que las asociaciones adquieren su personalidad jurídica y plena capacidad de obrar con la formalización del acuerdo de constitución, que incluirá los Estatutos, mediante acta fundacional en documento público o privado. Esta regla general se matiza respecto de concretas asociaciones, como los partidos políticos que adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior (art. 3. 4 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos) y los sindicatos con el depósito de sus estatutos en la oficina correspondiente (art. 4. 1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical). La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, reconoce que las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público, que se crea, a tal efecto, en el Minis-

ley personal de acuerdo con el artículo 9 del Código Civil³⁴. La comparecencia en juicio de las personas jurídicas corresponde a quienes legalmente las representen según dispone el artículo 7. 4 LEC.

Las Administraciones públicas, como sabemos, gozan de personalidad jurídica y, en consecuencia, con capacidad para ser parte³⁵. Los Abogados del Estado y los cuerpos equivalentes de las demás Administraciones públicas asumen su represen-

terio de Justicia (art. 5. 1). Las sociedades de capital adquieren la personalidad jurídica que corresponda con la inscripción en el Registro Mercantil (art. 33 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y las cooperativas con la inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas (art. 7 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas). Estas leyes también contemplan los supuestos de extinción de la personalidad, regulando además las responsabilidades y régimen jurídico en los periodos transitorios entre la efectiva adquisición y pérdida de la personalidad.

³⁴ Con apoyo en este precepto, la jurisdicción civil ha reconocido la validez de la postulación de sociedades extranjeras que habían otorgado poder a través de notario radicado en sus respectivos países (SSTS 239/2008, de 24 de marzo, y 429/1994, de 14 de mayo). También se ha considerado capaz desde su consideración como persona jurídica de Derecho Público (y no como una inexistente condición de Estado reconocido en el Derecho internacional) a Gibraltar en la STS 492/2017, de 13 septiembre (sala de lo civil) en recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación con ocasión de ejercicio del derecho de rectificación frente a una noticia publicada en prensa. En la jurisdicción contencioso-administrativa también se aplica el artículo 45. 2. d) LJCA a las personas jurídicas no nacionales, entre otras, las SSTS de 8 de septiembre de 2011 (recurso de casación 2314/2008) o de 17 mayo 2013 (recurso de casación 152/2012).

³⁵ Así lo establece con carácter general artículo 3. 4 de la LRJSP: «cada una de las Administraciones Públicas del artículo 2 actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única». El artículo 2, relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, se refiere a las Administraciones General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades que integran la Administración Local y del sector público institucional. Este último incluye cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público y de derecho privado vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas, así como las Universidades públicas.

Carecen, en consecuencia, de capacidad para ser parte los órganos administrativos y, por eso, no pueden recurrir lo actuado por otros órganos de la misma persona jurídica como ha señalado EMBID IRUJO, A., «Las partes», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, 2001, pp. 142-143. Sería innecesaria la prohibición de recurrir del artículo 20. a) LJCA en lo que a los órganos de una misma Administración se refiere. En relación con la prohibición de que los entes instrumentales recurran contra la Administración de la que dependen, salvo que se les haya dotado de un estatuto que asegure su independencia, no es un problema de capacidad pues la tienen en cuanto personificaciones públicas, sino de imposibilidad legal de sostener una situación jurídico-activa incompatible con la relación de instrumentalidad. Respecto de los miembros de los órganos colegiados, no es una cuestión de capacidad pues evidentemente la tienen las personas físicas que los integran sino de legitimación. Se trata de impedir que la simple discrepancia en una votación sea título suficiente para impugnar el acto colegial, salvo que una ley lo autorice expresamente como hace la legislación de régimen local respecto del concejal que vota en contra. Lógicamente si el acto colegial afecta a los derechos o intereses legítimos del miembro ningún problema se plantea respecto de su capacidad y su legitimación. Sobre todo ello puede verse, en particular, CARBONELL PORRAS, E., *Los órganos colegiados (organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos)*, 1999, p. 263 ss, así como «Artículo 63», en *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, 2007, II, pp. 1465 ss.

tación procesal de acuerdo con el artículo 551 LOPJ³⁶. Generalmente son la parte demandada en el proceso contencioso-administrativo, aunque cada vez son más frecuentes los supuestos en los que ocupan la posición de demandante; además de en el recurso de lesividad y en los conflictos entre las Administraciones públicas territoriales, también es la parte recurrente la Administración contratante que impugna las resoluciones de los Tribunales de resolución de recursos contractuales (art. 19. 4 LJCA); la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte que recurre las del Tribunal Administrativo del Deporte en materia de dopaje (art. 19. 5 LJCA); o la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en defensa de la libertad de establecimiento o de circulación (art. 127 bis LJCA). Cuando son las Administraciones públicas las que recurren hay que estar a las respectivas normas que rigen cada organización para precisar a qué órgano administrativo se atribuye la competencia para ejercer la acción judicial³⁷. En el caso de las Corporaciones Locales, se requiere el acuerdo del órgano competente para el ejercicio de acciones judiciales según la legislación básica de régimen local: el Pleno en materias de su competencia; el Alcalde/Presidente en las de la suya, incluidas las delegadas en otros órganos, y, en casos de urgencia, también en materias de competencia plenaria dando cuenta al Pleno en la primera sesión que se celebre para su ratificación; y a la Junta de Gobierno Local de los municipios de gran población respecto de las materias de su competencia³⁸. Para el ejercicio de acciones judiciales por la Junta de Andalucía también es necesario un

³⁶ Si se opta por designar Procurador/Abogado, habrá que otorgar el poder de representación procesal como cualquier otro sujeto y aportarlo junto al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo.

³⁷ Por ejemplo, en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia corresponde al Consejo «acordar, a propuesta del Secretario del Consejo o de otras unidades competentes de la Comisión, la interposición de recursos, la personación en procesos judiciales y procedimientos administrativos y la intervención, como *amicus curiae*, en los procedimientos a que hace referencia la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» —art. 8.2.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, que aprueba su Estatuto Orgánico. Nada se especifica en el Real Decreto 461/2015, de 5 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte.

³⁸ Artículos 21. 1. k) y 22.2.j), respecto de los municipios de régimen común, 33. 2. i) y 34. 1.i), en relación con las Diputaciones Provinciales y 123. 1. m), 124. 4. l) y 127.1. j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Un análisis detenido de las competencias sobre el ejercicio de acciones judiciales por los órganos locales puede verse en REBOLLO PUIG, M., GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H. y RORÍGUEZ PORTUGUÉS, M.A., «Artículo 21», en *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, 2007, I, pp. 506 ss. En el caso de las Corporaciones Locales, la jurisprudencia también exige el informe del Secretario municipal previsto en el artículo 54.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. Véase la STS de 13 marzo de 2015 (recurso de casación 831/2012), que cita otras en el mismo sentido. En todo caso, parece que los Tribunales se muestran más rigurosos en la exigencia de estos documentos respecto de las Corporaciones locales que en relación con las Administraciones estatal y autonómicas.

acuerdo del Consejo de Gobierno³⁹. En relación con la Administración del Estado, los Delegados del Gobierno ostentan la competencia para «velar por el cumplimiento de las competencias atribuidas, constitucionalmente, al Estado y la correcta aplicación de su normativa, promoviendo o interponiendo, según corresponda, conflictos de jurisdicción, conflictos de atribuciones, recursos y demás acciones legalmente procedentes» —art. 23.6 LOFAGE, ahora en el artículo 73. 1. d). 3º LRJSP—. El Tribunal Supremo entiende que se trata de «una competencia de carácter general y transversal..., que como tal no reviste naturaleza exclusiva y excluyente, y por ende no sustituye ni deja sin efecto -sino que se añade- a la que corresponde a los demás órganos de la Administración del Estado para la promoción y defensa de los intereses sectoriales que tienen respectivamente encomendados»; y deduce que «la competencia para acordar el ejercicio de acciones judiciales no se residencia en un órgano concreto de la propia Administración del Estado sino que se trata de una competencia implícita en la sustantiva o material que se actúa en cada caso y en cada proceso (lo que no deja de ser lógico dada la extensión y multiplicidad de cometidos que asume la Administración General del Estado y su consiguientemente compleja estructura organizativa central y periférica)»⁴⁰. En general, los Tribunales suelen ser bastantes más flexibles en la exigencia de la documentación que acredita la voluntad de litigar de las personas jurídico-públicas (y de las sociedades mercantiles de capital público) de lo que se muestran cuando los recurrentes son personas jurídico-privadas⁴¹.

Cuando se trata de personas jurídicas privadas, los Tribunales contencioso-administrativos no han sido tan generosos con la documentación que debe aportarse en aplicación del artículo 45. 2. d) LJCA; la jurisprudencia es sumamente casuística, y no resulta sencillo deducir reglas generales sobre qué órgano es competente para el ejercicio de acciones, pues no siempre es fácil conocerlo⁴². Con carácter general, si la

³⁹ Artículo 42 de la Ley 9/2007, de 22 octubre, de Administración de la Junta de Andalucía.

⁴⁰ Así lo sostiene la STS de 5 marzo de 2013 (recurso de casación 7011/2010), interpretación que confirman las sentencias de 15 de diciembre de 2015 (recurso de casación 3686/2014) o 2026/2016, de 26 de septiembre (recurso de casación 208/2015), entre otras. En consecuencia se entiende cumplido el artículo 45. 2.d) LJCA cuando el Abogado del Estado adjunta al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo la solicitud de interposición del mismo del centro competente por razón de la materia. Además no exigen una autorización específica para interponer el recurso por parte de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, siendo suficiente autorizaciones otorgadas con carácter general al amparo del artículo 36.1 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado (Real Decreto 997/2003, de 25 de julio).

⁴¹ También la STS de 19 de julio de 2012 (recurso de casación 2484/2009) considera válidamente acreditada la voluntad de litigar de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos al aportar un escrito del Director de la Asesoría Jurídica por el que solicita al Servicio Jurídico del Estado que interponga recurso contencioso-administrativo, y el escrito del Subdirector General de los Servicios Contenciosos de la Abogacía del Estado, por el que se da al Abogado del Estado Jefe de Santa Cruz de Tenerife autorización interna para interponer dicho recurso.

⁴² Puede verse la crítica de SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2010: 470).

recurrente es una asociación, las sentencias más recientes han considerado suficiente la decisión del órgano de representación de la asamblea con apoyo en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/2002, de Asociaciones, rechazando, en consecuencia, que, en ausencia de previsión estatutaria, corresponda a la propia asamblea⁴³. Sin embargo, cuando recurre una sociedad mercantil, la jurisprudencia tiende a ser más rigurosa, exigiendo el acuerdo expreso del órgano societario competente para pleitear respecto del asunto en cuestión y los estatutos que así lo confirmen, y, en caso de duda, el de la asamblea⁴⁴. Buena muestra de este rigor es la oscilante jurisprudencia sobre la validez del poder de representación otorgado por el administrador único de las sociedades mercantiles, que es legalmente el único representante de la sociedad⁴⁵. Los Tribunales contencioso-administrativos deberían tener en cuenta que en las sociedades de capital la representación de la sociedad, «en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos» y que la representación alcanza a «todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos», lo que incluye el ejercicio de acciones judiciales⁴⁶.

⁴³ STS de 2 diciembre de 2014 (recurso de casación 4594/2012). En los mismos términos se pronuncia la STS de 10 diciembre de 2010 (recurso de casación 5304/2006), que acepta la ratificación por la Junta Directiva de la decisión de recurrir adoptada por el Presidente de la Asociación después de interponerse el recurso contencioso-administrativo y antes de presentarse la demanda.

⁴⁴ Así la STS Sentencia de 24 de septiembre de 2015 (recurso de casación 2405/2013) no acepta la certificación del Secretario del Consejo de Administración de la entidad que ratifica «su decisión de continuar las actuaciones legales iniciadas con el recurso de reposición.....así como interponer las reclamaciones económico-administrativas o recursos contenciosos que sean pertinentes», que fue adoptado antes de que recayeran las resoluciones expresas impugnadas. También, entre otras muchas, las SSTs 990/2017 de 5 de junio (recurso de casación 2620/2016), 2538/2016 de 30 de noviembre, o 1894/2016, de 20 de julio (recurso de casación núm. 2596/2013).

⁴⁵ Este supuesto ha sido particularmente controvertido en la jurisprudencia inicialmente dividida que al final se ha inclinado por admitir que corresponde al administrador único de la sociedad, en ausencia de previsión estatutaria que atribuya la facultad para pleitear a la Junta General, considerando que la decisión de interponer el recurso contencioso-administrativo entra dentro de las facultades de representación y administración y, en consecuencia, el poder de representación otorgado por el administrador único resulta suficiente para cumplir el requisito del artículo 45. 2. d) LJCA. No obstante, si se cuestiona tal facultad, será preciso aportar los estatutos societarios para comprobar que el ejercicio de acciones judiciales no es una competencia de otro órgano societario. Puede verse, entre otras, las STS 759/2017, de 4 de mayo (recurso de casación 1578/2016) y 990/2017 de 5 de junio (recurso de casación 2620/2016), que resumen esta jurisprudencia. Un riguroso análisis de esta cuestión lo realiza ALONSO MAS, M^a J. (2017) que defiende que cuando la facultad de decidir el ejercicio de acciones corresponde a un órgano unipersonal de la sociedad mercantil el otorgamiento del poder de postulación que exige el artículo 45. 2. a) LJCA debe considerarse suficiente con sólidos argumentos que comparto.

⁴⁶ Artículos 233 y 234 del Real Decreto Legislativo 1/2010. De acuerdo con el apartado 2 del artículo 233, la atribución del poder de representación, se rige por las siguientes reglas:

- a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.
- b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.

4. La capacidad de los órganos constitucionales y estatutarios

La jurisdicción contencioso-administrativa también resulta competente para conocer de los recursos que se deduzcan contra ciertos actos y disposiciones del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo y de las instituciones autonómicas análogas, el Consejo General del Poder Judicial y de la Administración electoral según dispone el artículo 1. 3 LJCA. Su capacidad para ser parte en el proceso contencioso-administrativa, con independencia de que gocen o no de personalidad jurídica, se reconoce en el artículo 21. 1. a) LJCA: «se considera parte demandada....cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1. 3 contra cuya actividad se dirija el recurso»⁴⁷. Los Abogados del Estado asumen la representación y defensa de los órganos constitucionales cuyas normas internas no establezcan un régimen propio, como sucede con las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado, la Junta Electoral Centra que son representados y defendidos por los Letrados de las Cortes Generales (art. 551 LOPJ).

5. Los grupos de afectados, las uniones sin personalidad, los patrimonios independientes o autónomos

A. La confusión entre su capacidad y su legitimación en el orden contencioso-administrativo

El reconocimiento de capacidad procesal en el orden contencioso-administrativo de los grupos de afectados, las uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, requiere que «la Ley así lo declare expresamente» según dispone el artículo 18 LJCA. Por su parte, el artículo 19. 1. b) LJCA se refiere a la legitimación de «las corporacio-

c) En la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.

d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.

Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación”.

Sobre las diferentes modalidades de representación y los actos que comprende puede verse MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., *La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital: (delimitación y concurrencia)*, 2005.

⁴⁷ Señala ORTELLS RAMOS, M. (2010: 119-120) que si los órganos constitucionales y estatutarios tuvieran que ser parte en un proceso civil, su capacidad habría que determinarla con arreglo al artículo 6. 1. 5º LEC, que se refiere a las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.

nes, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos». En términos parecidos, el artículo 7. 3 LOPJ establece que, para la defensa de los intereses legítimos colectivos, «se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para su defensa y promoción». De la lectura de estos preceptos, la doctrina ha relacionado los grupos de afectados y entes carentes de personalidad con la defensa de intereses legítimos colectivos y la consiguiente habilitación legal para su tutela ante los Tribunales. Sostiene Embid Irujo que, «tanto desde el plano de la capacidad como del de la legitimación, se incorporan así al cuerpo de la LJCA de 1998 los intereses difusos presentes en sectores de la colectividad no necesariamente organizados de modo perfecto y que ya tuvieron una cierta acogida en el artículo 7. 3 LOPJ con referencia a los “grupos” y el mandato a los Juzgados y Tribunales de la tutela de sus derechos e intereses legítimos»⁴⁸; para Córdón Moreno, el artículo 19. 1. b) LJCA contempla la legitimación de los grupos de afectados y la tutela de los intereses colectivos, es decir, aquellos que pertenecen a la colectividad para, en coherencia con la interpretación amplia del interés legítimo, posibilitar el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, de los intereses cuya titularidad pertenece a un grupo indeterminado de personas⁴⁹; por su parte, afirma Ruiz Risueño que «la capacidad procesal —y posterior legitimación— de los mencionados grupos carentes de estructuras propias de las personas jurídicas está supeditado a lo que la ley determine, y, en especial, a una de estas dos exigencias: ha de tratarse de grupos afectados por los intereses colectivos de que se trate, o han de estar legalmente habilitados para su defensa y promoción»⁵⁰.

Pero, a mi juicio, hay que diferenciar la habilitación legal para defender intereses colectivos del acceso a la jurisdicción de los grupos de afectados y estructuras no personificadas pues, en el primer caso, sí se trata de un problema de legitimación mientras que en el segundo lo es de capacidad. Una cuestión es que el ordenamiento jurídico tenga que articular mecanismos para que, quienes carecen de personalidad procesal, puedan comparecer como parte en un proceso judicial; y otra diferente es que esa estructura no personificada esté legitimada porque mantiene una relación con el objeto procesal lo suficientemente intensa como para defenderse en los

⁴⁸ EMBID IRUJO, A. (2001: 149).

⁴⁹ CORDÓN MORENO, F. (1999: 105).

⁵⁰ RUIZ RISUEÑO, F. *El proceso contencioso-administrativo*, 1998, p. 178. En términos parecidos, GIMENO SENDRA y otros (1999: 196-197). La misma idea en relación con los grupos de consumidores afectados y la tutela de intereses difusos, en GONZÁLEZ RIVAS, J. J. y ARANGUREN PÉREZ, I., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de junio*, 2006, p. 230; o en ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M^a y GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, 1998, p. 88.

Tribunales. Naturalmente si no se mantiene esa relación se carece de legitimación y no se podrá recurrir aunque se tenga capacidad, salvo que se reconozca la acción pública o una habilitación legal para defender intereses colectivos. La confusión entre legitimación y capacidad se explicaría por la remisión a las leyes que realizan los preceptos de referencia: por un lado, para reconocer la capacidad de las estructuras no personificadas en los artículos 18 LJCA y 6. 1. 5º LEC, que exigen que «la Ley así lo declare expresamente»; y, por otro lado, también la legitimación para la defensa de los intereses colectivos se reconoce a las organizaciones que están legalmente habilitadas para su defensa y promoción según disponen los artículos 7. 3 LOPJ y 19. 1. b) LJCA. Pero esta remisión a la Ley tiene diferente alcance y sentido. En el primer caso, se trata de completar la falta de capacidad para ser parte derivada de la no personificación y, resuelto este problema, podrá interponerse el recurso contencioso-administrativo si invocan un derecho subjetivo o interés legítimo que defender ante los Tribunales⁵¹. En el segundo supuesto, no hay problema alguno de capacidad procesal que, sin duda, ostentan corporaciones, sindicatos o asociaciones, sino de legitimación para la defensa del interés colectivo que requiere la habilitación o el reconocimiento legal, pues se trata de un interés diferente del interés legítimo de la persona jurídica y de los intereses individuales de los miembros de la corporación, del sindicato o de la asociación, ambos reconocidos en la letra a) del artículo 19. 1 LJCA⁵².

Por lo anterior, respecto de los grupos y entes sin personalidad el problema es cómo articular su comparecencia en juicio pues su legitimación deriva de ostentar una situación jurídico-activa similar a las de las personas físicas y jurídicas. Esa es la intención del artículo 18 LJCA al referirse a los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, «entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas». Se trata, por tanto, de concretar cómo actuarán en el proceso contencioso-administrativo quienes carecen de personalidad respecto de los asuntos que afecten a sus situaciones jurídico activas. A nivel de conceptos, la capacidad es previa a la legitimación: ni las personas, físicas o jurídicas, ni las estructuras carentes de personalidad podrán interponer el recurso contencioso-administrativo si no ostentan el derecho subjetivo o interés legítimo que les legitima, sin perjuicio de la acción pública o una y de la habilitación legal para

⁵¹ Ha señalado SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2010: 218) que «no puede discutirse seriamente que estas organizaciones no personificadas debieran tener la condición de parte, pero no, desde luego, que pudieran actuar por sí y comparecer en los procesos, puesto que, al hallarse integradas por una pluralidad de personas su actuación procesal requiere inexorablemente de algún mecanismo de representación; igual que las personas jurídicas. Y como la ley no puede alterar la naturaleza de las cosas parece obligado concluir a lo que este párrafo alude al decir que “tendrán capacidad procesal” es a que podrán tener la condición de parte meramente»

⁵² Vid. CARBONELL PORRAS, E. (2014: 74 ss).

defender intereses colectivos. El reconocimiento a esas «entidades» no personificadas del artículo 18 LJCA pretendería impedir que sus situaciones jurídico activas no puedan tutelarse ante los Tribunales por la falta de personalidad, y esta cuestión es la que seguidamente se intenta analizar sobre la base de lo que establece la LEC con carácter general y sin perjuicio de las matizaciones que el proceso contencioso-administrativo pueda requerir.

B. Los patrimonios independientes o autónomos

El artículo 6.1.4^a LEC reconoce capacidad para ser parte a las masas patrimoniales o patrimonios separados que «carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración» y el artículo 7.5 LEC dispone que su comparecencia en juicio se realizará «por medio de quienes, conforme a la Ley las administren». De esta forma, la propia LEC está reconociendo la capacidad para ser parte con carácter general, sin que resulte exigible otra Ley que así lo establezca como se deduciría del artículo 18 LJCA. Habrá que estar a la Ley para determinar a quién le corresponde la administración del patrimonio. En relación con los bienes de la herencia hasta su aceptación por los herederos, corresponde al administrador de los bienes representar a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principados al fallecer el causante, así como ejercitar en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos (art. 798 LEC). Respecto de la masa del concurso, resulta de aplicación la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a la que expresamente remite el artículo 7.8 LEC, añadido por la propia Ley 22/2003. Su artículo 50.2 establece que «los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase».

C. Las «entidades» sin personalidad

Con carácter general, el artículo 6.1.5^o LEC dispone que podrán ser parte en el proceso civil las «entidades sin personalidad jurídica a las que la Ley reconozca capacidad para ser parte»; y el artículo 7.7 LEC, que comparecerán en juicio por medio de las «personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros». El criterio que emplea la LEC no es exactamente coincidente con el del artículo 18 LJCA, que les reconoce capacidad procesal «cuando la Ley así lo declare expresamente». En principio, la LEC es más flexible y, en su aplicación, ya no resulta exigible un reconocimiento expreso de la capacidad para intervenir en el proceso. Esta precisión resulta especialmente relevante en el proceso contencioso-administrativo pues será suficiente que la capacidad se deduzca de la

regulación legal, aunque no exista una declaración expresa. Además, el legislador se refiere a «entidades sin personalidad», expresión contradictoria pues las Entidades (como las locales o las de Derecho Público) cuentan con personalidad. Prescindiendo de este dato, parece claro que se trataría de incluir cualquier tipo de estructura más o menos organizada carente de personalidad, sea cual sea la razón de esa ausencia de personalidad, como las que están en proceso de adquisición de la personalidad, la tuvieron pero la han perdido, o los grupos y uniones de personas que hayan podido organizarse para cualquier finalidad sin crear una persona jurídica.

La remisión a la Ley que efectúa el artículo 6.1.5º LEC lo es únicamente para ser la parte demandante, pues la propia LEC les reconoce directamente, sin que sea precisa otra Ley, su capacidad para ser parte demandada. Con esta intención, el artículo 6. 2 LEC dispone que «sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado». En línea con este precepto, el artículo 21. 1. b) LJCA considera parte demandada en el proceso contencioso-administrativo a las «personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante». En consecuencia, podrán ser demandadas las personas, físicas o jurídicas, así como cualquier estructura sin personalidad.

La comparecencia en juicio de estas organizaciones no personificadas se sujeta a un régimen diferente según se trate de aquellas a las que la Ley ha reconocido capacidad para ser parte (art. 6.1.5º LEC) o de las que, careciendo de este reconocimiento, pueden ser demandadas en el proceso civil de acuerdo con el artículo 6. 2 LEC. La comparecencia en juicio de las primeras se realiza «por medio de las personas a quienes la Ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio» (art. 7. 6 LEC). Por las segundas, comparecerán en juicio «las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad actúen en su nombre frente a terceros» (art. 7. 7. LEC). Esta última regla también se aplica a los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso como tendremos ocasión de analizar.

En la medida en que una Ley reconoce la capacidad jurídica y de obrar de una estructura no personificada, y concreta quién asume su representación, corresponderá a dicho representante la comparecencia en juicio. Son conocidos algunos ejemplos:

– La Ley 49/1960 de 21 de julio, de la propiedad horizontal, precisa que el presidente de la comunidad de propietarios ostenta legalmente la representación, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten (art. 13. 3)⁵³.

– La Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común, aplicable a los que pertenecen a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales, reconoce a la comunidad propietaria, «plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, incluido el ejercicio, tanto en vía judicial como administrativa, de cuantas acciones sean precisas para la defensa de sus específicos intereses» (art. 5); y «tanto antes como después de la aprobación de los Estatutos, cualquiera de los partícipes podrá comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso las resoluciones que se dicten a su favor aprovecharán a la comunidad, sin que perjudiquen a ésta las contrarias» (art. 6)⁵⁴.

– La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, admite que, cuando lo prevean expresamente las bases reguladora, sean beneficiarios de la subvención las «agrupaciones de personas físicas o jurídicas, las comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado» carentes de personalidad, que nombraran un «representante o apoderado único de la agrupación» con poderes bastantes para cumplir las obligaciones de la agrupación beneficiaria.

– El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone que «las Juntas de Personal, colegiadamente, por decisión mayoritaria de sus miembros y, en su caso, los Delegados de Personal, mancomunadamente, estarán legitimados para iniciar, como interesados, los correspondientes procedimientos administrativos y ejercitar las acciones en vía administrativa o judicial en todo lo relativo al ámbito de sus funciones»⁵⁵.

⁵³ La jurisprudencia deduce que a las comunidades de propietarios no les es exigible la acreditación documental a que se refiere el artículo 45. 2. d) LJCA. Es suficiente por tanto que el poder notarial indique esa condición. Puede verse, entre otras, la STS 13/2017, de 16 de diciembre (recurso de casación. 2169/2015), y sin perjuicio de aportar el acuerdo de la comunidad como en la STS 1876/2016, de 20 de julio (recurso de casación 3078/2015). Por otra parte, la jurisdicción civil ha declarado que, con independencia de la representación legal del presidente de la comunidad, cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio y ejercitar acciones que competan a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma. Por todas, la STS 594/2014 de 30 de octubre (sala de lo civil, recurso de casación 2931/2012) con cita de otras muchas.

⁵⁴ La STS de 15 junio de 2015 (recurso de casación 2812/2013) considera válida la comparecencia del presidente de la junta directiva que ostentaba la competencia para ejercer acciones por delegación de la asamblea general.

⁵⁵ Se trata de un reconocimiento limitado al ejercicio de sus funciones, y no de una capacidad para ser parte con carácter general en cualquier proceso como han señalado las SSTs de 2 de febrero de 2006

– 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, respecto de las uniones temporales de empresarios que concurren en procedimientos de contratación, que quedan obligados solidariamente, y «deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo» (art. 69. 3).

Cuando la Ley ha reconocido la capacidad para ser titular de derechos y deberes de una estructura no personificada, indicando además quién asume su representación, no deberían surgir problemas en aceptar su comparecencia en el proceso contencioso-administrativo en defensa de derechos subjetivos e intereses legítimos de la estructura. A la misma conclusión debe llegarse cuando la legislación administrativa reconoce que esas organizaciones no personificadas son destinatarias de las potestades de la Administración, aunque no concrete quién asume la representación. Pionera al respecto ha sido la legislación tributaria: además de las personas físicas y jurídicas, son obligados tributarios «en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición»⁵⁶. Particular interés tiene en este plano el artículo 28 LRJSP, pues establece que podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa «cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa». Me parece evidente que, en estos supuestos y al margen de otras objeciones que la responsabilidad sancionadora de las entidades sin personalidad pueda suscitar, tendrán capacidad para ser parte en el proceso contencioso-administrativo⁵⁷. En tales casos, los Tribunales contencioso-administrativos deberán aceptar la comparecencia en juicio de aquel sujeto que haya actuado en el procedimiento sancionador en repre-

(Recurso de casación 2929/2000) y de 1 octubre de 2009 (recurso de casación 3512/2009).

⁵⁶ Así lo reconocía el artículo 33 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, y lo hace el vigente artículo 35 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre. También el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), reconoce la responsabilidad en el cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social, de las entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso.

⁵⁷ De estas objeciones se ha ocupado REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», en *Los retos del Estado y la Administración en el Siglo XXI*, 2017, p.1061-1066; y en *Ius et Veritas* núm. 53, 2016, pp. 233-237, que relaciona diversas leyes que admitían la posibilidad de sancionar a entes no personificados antes de la aprobación de la LRJSP.

sentación de esa organización no personificada. Podrá pensarse que esta afirmación entra en contradicción con el rechazo a la doctrina que vincula a los Tribunales con lo apreciado por la Administración en el procedimiento administrativo previo al proceso contencioso-administrativo antes defendida, si bien, a mi juicio, son dos temas diferentes. Lo que resulta criticable es que los Tribunales rechacen analizar si un sujeto es capaz y está legitimado aplicando las reglas que procedan con el argumento de que la Administración así lo considero en el procedimiento previo; el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo responden a distintos fines y los criterios que rigen la participación en el primero no coinciden necesariamente con los del segundo. Por eso, los Tribunales no están vinculados por lo que haya apreciado la Administración; y la Administración podrá argumentar en vía contencioso-administrativa que un sujeto carece de capacidad o de legitimación en el orden contencioso-administrativo aunque aceptara su participación en el procedimiento administrativo previo. Otra cuestión es que cuando el legislador convierte a las organizaciones no personificadas en destinatarias de sus potestades esté implícitamente reconociéndoles capacidad en el procedimiento administrativo y obviamente podrán impugnar la actividad de la Administración que afecta a sus situaciones jurídico-activas. Los Tribunales deberán aceptar su capacidad para ser parte y su comparecencia en juicio realizando una interpretación integradora y conforme con la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción de lo previsto en la LJCA y en la LEC. Y en esa interpretación integradora los datos que obren en el expediente administrativo pueden constituir un elemento relevante para apreciar la validez de la comparecencia.

D. Los grupos de afectados

a) *Los grupos de consumidores y usuarios en la LEC y la distinción entre intereses colectivos y difusos*

En línea con el reconocimiento en el artículo 51 de la Constitución de la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, la LEC los reconoce como intereses colectivos que, según su preámbulo, son «llevados al proceso, no ya por quien se haya visto lesionado directamente y para su individual protección, o por grupos de afectados, sino por personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas para la defensa de aquellos intereses»⁵⁸. El artículo 6. 1. 7º LEC se refiere a la capacidad para ser parte de los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso «cuando los individuos que lo compongan estén determinados

⁵⁸ Sobre los intereses económicos y sociales de los consumidores, vid. REBOLLO PUIG, M. y IZQUIERDO CARRASCO, M., «Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores u usuarios», en *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2011, pp. 313-342.

o sean fácilmente determinables». Este es el concepto de interés colectivo, vinculado con la determinación de los sujetos afectados, diferente del interés difuso, que existe cuando los afectados no están determinados. Esta distinción se tiene presente en la legitimación que regula el artículo 11 LEC, pues los grupos de afectados están legitimados para defender los primeros mientras que los intereses difusos sólo pueden defenderse por las asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas. Dichas asociaciones son personas jurídicas y, por tanto, cuentan con la capacidad para ser parte en el proceso. Distinto es el supuesto de los grupos de afectados que carecen de personalidad jurídica, que es lo que ahora nos interesa.

Podrán ser parte en los procesos ante los Tribunales civiles, de acuerdo con el artículo 6.1. 7º LEC, los grupos de consumidores y afectados por un hecho dañoso cuando los sujetos estén determinados o sean fácilmente determinables y, para demandar en juicio, será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. Para concretar quienes son los afectados, la LEC regula una diligencia preliminar por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables, que permite al Tribunal adoptar «las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación» (art. 256. 1. 6º LEC). Determinados los consumidores y usuarios afectados, la comparecía en juicio del grupo corresponde a «las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad actúen en su nombre frente a terceros (art. 7. 7 LEC).

Resulta claro, por tanto, que el proceso civil diferencia el interés colectivo y el interés difuso por el grado de determinación de los titulares de tales intereses, no porque la relación jurídico material con el objeto del proceso sea diferente. Pero, en el proceso contencioso-administrativo, el que los consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso sean o no identificables no altera la legitimación de todos ellos a título individual, como titulares de un derecho subjetivo o interés legítimo del artículo 19. 1. a) LJCA⁵⁹. Si son varias las personas afectadas, podrán constituirse en grupo de afectados y, en tal caso, la cuestión es el reconocimiento de la capacidad para ser

⁵⁹ Por eso resulta criticable que la letra i) del artículo 19. 1, incorporada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se refiera a los intereses difusos en la legitimación en defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres. De esta legitimación se ha ocupado especialmente DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., «La legitimación activa del “interés difuso”: ¿una nueva categoría para proteger la igualdad?», en *RGDA* núm. 40, 2015, e «Intereses colectivos y/o difusos del artículo 19.1 letra i) LJCA: ¿una ampliación de legitimación activa para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres?», en *Intereses colectivos y legitimación activa*, 2014, pp. 644 ss.

parte en el proceso contencioso-administrativo de ese grupo, que es diferente de la legitimación en defensa de intereses colectivos que requiere habilitación legal⁶⁰.

b) *Los grupos de afectados en el proceso contencioso-administrativo y el reconocimiento de su capacidad*

La afectación, como se ha señalado, no hace referencia a una relación con el objeto del proceso diferente del interés legítimo, concepto hoy día interpretado ampliamente por la jurisprudencia constitucional y ordinaria: la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta relación material entre el sujeto y la pretensión (acto o disposición impugnados) de modo que su anulación produzca automáticamente un beneficio o perjuicio actual o futuro pero cierto. En consecuencia, un grupo de afectados es un conjunto de sujetos que ostenta una situación jurídico activa individual pero común a todos ellos frente a la Administración⁶¹. Sin duda, cualquier «afectado» podrá recurrir a título individual, aunque también pueden hacerlo conjuntamente. A tal finalidad podrán ser un grupo de afectados o crear una persona jurídica para la defensa de esos derechos e intereses comunes⁶². Para constituir una asociación es suficiente el acuerdo de tres o más personas que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas y comunes, como, sin duda, es la defensa de los derechos e intereses legítimos de los asociados frente a la Administración. La asociación adquiere la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar con el acta fundacional, que incluirá la aprobación de los Estatutos, no siendo exigible una inscripción, que carece de efectos constitutivos. Esta asociación, como cualquier persona jurídica, cuenta con capacidad para ser parte luego puede accionar ante la jurisdicción contencioso-administrativa en defensa de los asociados en los términos

⁶⁰ Estas cuestiones se tratan con detenimiento en CARBONELL PORRAS, E., «Aproximación a los conceptos de interés colectivo y difuso en Derecho Administrativo español», en *REDA* núm. 159, 2013, p. 107 ss; también publicado en *Por el derecho y la libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, 2014, pp. 827 ss, así como en «Los intereses colectivos...», cit. p. 61 ss.

⁶¹ Para GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2011: 290), se trata de un interés plural, que es el «interés individual de unos sujetos que se encuentran en la misma situación». En esta línea, GONZÁLEZ CANO, M^o I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, 1997, p. 93, señala que existen «una pluralidad de intereses legítimos individuales de contenido cualitativo idéntico, caso en el que evidentemente cada uno de estos intereses es tutelable por cada uno de estos sujetos individuales afectados».

⁶² En todo caso, esta asociación no defiende un interés legítimo colectivo, pues carece de la habilitación legal que exigen los artículos 7.3 LOPJ y 19. 1. b) LJCA, no siendo suficiente argumentar que el objeto del proceso está relacionado con su objeto social lo que supondría reconocer una «acción pública asociativa». La legitimación deriva del interés legítimo individual de los asociados que han optado por defenderlo conjuntamente. Vid. CARBONELL PORRAS, E. (2014: 68 ss.).

ya vistos⁶³. La ausencia o falta de acreditación de alguno de estos mínimos requisitos para la personificación de la asociación, identificaría a un grupo de afectados, que sería la organización no personificada creada por las personas titulares de la situación jurídico activa legitimante. Este grupo será parte en el proceso contencioso administrativo compareciendo en juicio mediante las personas que, de hecho o en virtud de pacto actúen en su nombre frente a terceros (art. 7. 7. LEC)⁶⁴. Por lo anterior, en el proceso contencioso-administrativo no es preciso que los afectados estén determinados o sean fácilmente determinables ni que la demanda la formulen la mayoría como exige el proceso civil, pues cualquiera de ellos está legitimado para recurrir. Por eso, aunque capacidad y legitimación hacen referencia a dos requisitos procesales diferenciados, lo cierto es que cuando se trata de grupos de afectados ambas cuestiones están vinculadas: el acceso a la jurisdicción del grupo de afectados debe posibilitarse con interpretaciones flexibles sobre su capacidad precisamente porque está en juego la tutela judicial efectividad de derechos e intereses legítimos. En apoyo de esta conclusión es suficiente poner en relación los artículos 18 y 19. 1. b) LJCA: se reconoce la legitimación en el proceso contencioso-administrativo de los grupos de afectados, como estructuras organizativas al margen de la personificación.

c) *La capacidad de los grupos políticos parlamentarios*

Merece la pena prestar atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la capacidad en el proceso contencioso-administrativo de los grupos políticos en los que se organizan los parlamentos estatal y autonómicos pues, como seguidamente se comprobará, se acepta su capacidad porque se les considera titulares de un interés legítimo subjetivo, en línea con lo aquí defendido respecto de los grupos de afectados.

⁶³ La STS de 6 de julio de 2010 (recurso de casación núm. 4039/2006) señala que «la adhesión de unos propietarios a una Asociación no tiene otro objeto que el de agruparse en una persona jurídica para facilitar la defensa y gestión de sus intereses....Lo contrario sería privar de eficacia al derecho de asociación por imponer a cada uno de los asociados una actividad para la que se constituyó la persona jurídica a la que pertenecen, derecho que no puede quedar empañado o desconocido por el hecho de que algunos asociados reaccionasen, a título personal y particular, frente a la misma disposición y actos administrativos». En términos parecidos, la STS de 1 de febrero de 2003. También en la jurisdicción civil, la STS 623/2014 de 18 de noviembre (sala de lo civil; en recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal 1671/2012), con cita de otras, reconoce a las asociaciones legalmente constituidas la posibilidad de ejercer las correspondientes acciones en defensa de sus asociados, admitiendo la legitimación de los compradores que se agrupan para la defensa de sus intereses legítimos, tendencia se ha reforzado aún más en la nueva LEC a través de sus artículos 6 y 11.

⁶⁴ Sobre la aplicación de los requisitos previstos en la LEC para constituir un grupo de afectados al proceso contencioso-administrativo, puede verse BUSTILLO BOLADO, R. O. (2005: 87-88) y CALVO ROJAS, E. (2000: 73).

Inicialmente la conocida STS de 5 de marzo de 2014 se pronunció con ocasión del recurso contencioso-administrativo 64/2013, interpuesto por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia contra los Reales Decretos de nombramientos de los Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear. La sentencia analiza con detalle la naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios para negarles personalidad jurídica y, sobre esta base, comprobar la ausencia de una Ley que les reconozca capacidad procesal en el proceso contencioso-administrativo según prevé el artículo 18 LJCA⁶⁵. También se toma en consideración la jurisprudencia constitucional, que les reconoce capacidad para defender ante el Tribunal Constitucional las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales de sus miembros en relación con el ejercicio de su cargo representativo del artículo 23 de la Constitución, derechos que el Tribunal Supremo no considera afectados en el supuesto de hecho. Por último, se rechaza la aplicación a los grupos parlamentarios de la doctrina que ha reconocido la legitimación del grupo político municipal con apoyo en la específica regla del artículo 63. 1. b) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, pues ninguna legitimación similar se reconoce a los parlamentarios⁶⁶. Consecuencia de lo anterior, la sentencia niega que el grupo parlamentario tenga capacidad procesal para recurrir, y se confirma con posterioridad⁶⁷. No obstante esta conclusión fue polémica, como reflejan los tres votos particulares que incluye⁶⁸. Recientemente el Tribunal Supremo

⁶⁵ No obstante, la sentencia rechaza la excepción procesal de falta de representación pues consta la certificación expedida por la Portavoz del Grupo Parlamentario, en la que se hace constar que, en reunión del referido Grupo, se acordó por unanimidad la interposición del presente recurso contencioso-administrativo y la escritura de poder para pleitos, otorgada por la Portavoz en representación del grupo.

⁶⁶ La STS 7 de febrero de 2007 (recurso de casación 2946/2003) admite el recurso interpuesto por un grupo municipal pues todos sus integrantes habían votado en contra y expresado su voluntad de impugnar ante los tribunales, realizando una interpretación integradora de los artículos 18 y 19 LJCA. También la STS de 30 de junio de 2008 (recurso de casación 399/2004).

⁶⁷ Esta sentencia se confirma en los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 28 de abril de 2014, dictados en los recursos contencioso-administrativos 510/2013 y 172/2014 interpuestos por Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia y su portavoz contra los Reales Decretos de nombramiento de los vocales del Consejo General del Poder Judicial y del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo, y del Vicepresidente del Tribunal Supremo. La no admisión de los recursos se explica en su falta de capacidad, remitiéndose a la sentencia de 5 de marzo de 2014, y su falta de legitimación: «los Grupos parlamentarios no poseen una legitimación universal que determine que todo objeto de debate político o de decisión parlamentaria pueda ser objeto de revisión jurisdiccional en sede contencioso-administrativa». También se invoca en la STS de 17 de junio de 2014, aunque concluye que se trataba de un acto parlamentario (de la Asamblea de Madrid para nombrar los miembros de la Cámara de Cuentas), sin valor de ley, no sujeto al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁶⁸ De los tres votos particulares es particularmente extenso y detallado en el tratamiento de la cuestión el formulado por la Magistrada D^a. M^a Isabel Perelló Doménech, al que se adhieren varios magistrados. En lo esencial afirma la personalidad parcial, de base asociativa del grupo parlamentario, vinculada con la capacidad de esos diputados y diputadas, personas físicas incuestionablemente dotadas de capacidad, que extienden sobre el grupo parlamentario que los aglutina, así como el interés legítimo en participar activamente en el procedimiento para controlar los méritos y requisitos de los candidatos, en coherencia con

ha vuelto sobre esta cuestión en la sentencia 386/2017, de 6 de marzo, que resuelve el recurso de casación 4016/2014 interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que anula parcialmente el Decreto del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, regulando la aplicación de la prórroga de los Presupuestos Generales, en estimación del recurso contencioso-administrativo del Grupo Parlamentario Foro Asturias⁶⁹. Se rechaza la pretendida inadmisibilidad por «falta de capacidad procesal o legitimación *ad procesum* del Grupo Parlamentario recurrente, así como la falta de legitimación activa *ad causam* por falta de interés directo». El argumento fundamental del Tribunal Supremo es que la capacidad procesal está en función del interés legítimo que ampara al grupo político que no «persigue un mero interés al cumplimiento de la legalidad, sino un interés propio a participar no en la elaboración de los presupuestos, sino en su participación, como grupo parlamentario, a través de la Junta General, en la autorización de gastos, emisión de duda, así como para la formalización de créditos». El Tribunal Supremo rechaza la infracción del artículo 18 LJCA, confirmando la apreciación de la sentencia de instancia, negando, además, que exista contradicción con su doctrina anterior con apoyo en la diferente naturaleza de los actos impugnados y el grado de afectación a los derechos de los representantes políticos, y, consecuentemente, a la legitimación para recurrirlos. Además niega que entre en contradicción con su sentencia de 5 de marzo de 2014 sobre la base de la «diferencia sustancial existente entre los procesos confrontados, en razón de la distinta naturaleza de los actos impugnados en uno y otro recurso contencioso-administrativo (cabe recordar a estos efectos que si la aprobación de los presupuestos son el resultado de un ejercicio condicional del poder público que incide en las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, la prórroga presupuestaria no requeriría de ningún acto de ratificación o convalidación —por su carácter automático— emanado del Gobierno). Procede, asimismo, advertir la desigual afectación de las funciones de los grupos parlamentario y el *ius in officium* de los diputados en uno y otro caso. En aquel supuesto —a diferencia del contemplado en este recurso de casación—, se considera que estaba justificado negar la capacidad procesal a un grupo parlamentario del Congreso de los Diputados para impugnar un Acuerdo del Consejo de Ministros, relativo al nombramiento de Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear, porque los derechos de participación política de los componentes del Grupo Parlamentario no se vieran afectados negativamente». Por

la función fiscalizadora de la acción del gobierno. Sobre esta sentencia y sus votos particulares, puede verse PÉREZ GARCÍA, M. L., «Sobre la falta de capacidad procesal de los Grupos Parlamentarios en el Orden contencioso-administrativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno)», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 31, 2014, pp. 233 ss.

⁶⁹ En los mismos términos, la STS 863/2017, de 17 de mayo (recurso de casación 4016/2014), respecto del partido político Foro de Ciudadanos.

lo tanto, puede concluirse que, para el Tribunal Supremo, la capacidad procesal de los grupos parlamentarios deriva del interés legitimador que les lleva al proceso.

Lo relevante de esta jurisprudencia es que el reconocimiento de la capacidad en el proceso de quién carece de personalidad se acepta en función de la legitimación, de la existencia de una situación jurídico-activa que la confiere en el sentido antes defendido. El Tribunal Supremo ha tratado a los grupos parlamentarios como si fueran grupos de afectados y, por eso, analiza conjuntamente la capacidad procesal con la legitimación; aceptada ésta admite que tenga capacidad.

IV. BIBLIOGRAFIA

Alarcón Sotomayor, L.: «El procedimiento administrativo», en *Derecho administrativo II. Régimen jurídico básico y control de la Administración*, en M. Rebollo Puig y E. Carbonell Porras (coors.), Tecnos, 3ª ed. Madrid, 2018.

Alonso Mas, M^a. J.: «La inadmisión del recurso contencioso administrativo por la falta de aportación del acuerdo para el ejercicio de acciones: el caso de las sociedades con administrador único», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 45, 2017.

Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M^a. y González Rivas, J. J.: *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1998.

Armenta Deu, T.: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, 10ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2017.

Asencio Mellado, J. M^a.: *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, (coor.), La Ley, 2013.

Banacloche Palao, J. y Cubillo López, I. J.: *Aspectos fundamentales de Derecho procesal civil*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 3ª ed, 2016.

Boto Álvarez, A.: «Las partes en el proceso contencioso-administrativo», en *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, en A. Ezquerro Huerva y J. Oliván del Cacho (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Bustillo Bolado, R.O.: *La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Contencioso-Administrativo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

Calvo Rojas, E.: «Capacidad y legitimación», en *Influencia de la Ley de Enjuiciamiento civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

Cano Campos, T.: «Representación y defensa de las partes», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 100, 1998, número especial *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998*, Civitas, Madrid, 1999.

Carbonell Porras, E.: «Los intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Intereses colectivos y legitimación activa*, en E. Carbonell Porras (dir.) y R. Cabrera Mercado (coor.), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

– «Aproximación a los conceptos de interés colectivo y difuso en Derecho Administrativo español», en *Revista Española de Derecho Administrativo*

núm. 159, 2013; también publicado en *Por el derecho y la libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, en J. E. Soriano García (dir.) y M. Estepa Montero, (coor.), Colección Estudios Doctrinales, Iustel, Madrid, 2014.

– *Los órganos colegiados (organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, Colección Cuadernos y Debates núm. 83, Madrid, 1999.

– «Artículo 63», en *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, en M. Rebollo Puig (dir.) y M. Izquierdo Carrasco, (coor.), II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

– «Incidentes e invalidez de los actos procesales», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 100, 1998, número especial *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998*, Civitas, Madrid, 1999.

– «La sustitución de los recursos administrativos ordinarios (o la alteración de algún elemento de su régimen general): algunas aportaciones generales ante el inmovilismo del legislador», en *Nuevas perspectivas en la tutela de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas* en A. Huergo Lora (coord.), Iustel, Madrid, 2018.

Cierco Sierra, C.: *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia, 2002

Cordón Moreno, F.: *El proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1999.

Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte general*, 9ª ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

De la Oliva Santos, Díez-Picazo Giménez, I. Vegas Torres, J. y Banacloche Palao, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 1ª ed. 2001.

De la Torre Martínez, L.: «La legitimación activa del “interés difuso”: ¿una nueva categoría para proteger la igualdad?», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 40, 2015.

– «Intereses colectivos y/o difusos del artículo 19.1 letra I) LJCA: ¿una ampliación de legitimación activa para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres?», en *Intereses colectivos y legitimación activa*, en

E. Carbonell Porras (dir.) y R. Cabrera Mercado (coor.), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

Embid Irujo, E.: «Las partes», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, en J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2001.

Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., Garberi Llobregat, L. y González Cuellar, N.: *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

Gallardo Castillo, M^a. J.: *Los problemas de la aplicación supletoria de la LEC en el proceso contencioso-administrativo*, Madrid: Iustel, 2006.

Gómez-Orbaneja, E.: *Derecho procesal civil*, I, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976.

Gómez Díaz, A.B.: *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Iustel, Madrid, 2014.

González Cano, M^a I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

González Pérez, J.: *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de junio)*, Civitas, Madrid, 6ª ed., 2011.

González Rivas, J. J. y Aranguren Pérez, I.: *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de junio*, Thomson-Cívitas, Navarra, 1ª ed., 2006.

López Benítez, M.: «La jurisdicción contencioso-administrativa», en *Derecho administrativo II. Régimen jurídico básico y control de la Administración*, en M. Rebollo Puig y E. Carbonell Porras (coors.), Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2018.

López Sánchez, J.: «La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios», en *Intereses colectivos y legitimación activa*, en E. Carbonell Porras (dir.) y R. Cabrera Mercado (coor.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

Martínez Gutiérrez, Á.: *La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital: (delimitación y concurrencia)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2005.

Menéndez García, P.: «Comentario al artículo 18», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 100, 1998, número especial *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998*, Civitas, Madrid, 1999.

– «Capacidad procesal y legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Santamaría Pastor*, en J. E. Soriano García (dir.) y M. Estepa Montero (coord.), I, Madrid, Iustel, 2014.

Montero Aroca, J. *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007.

– *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994.

Ortells Ramos, M.: *Derecho Procesal Civil*, 10º ed, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

Pera Verdaguer, F.: *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*, 7º ed., Bosch, Barcelona, 2004.

Pérez García, M. L.: «Sobre la falta de capacidad procesal de los Grupos Parlamentarios en el orden contencioso-administrativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno)», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 31, diciembre, 2014.

Rebollo Puig, M.: «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», en *Los retos del Estado y la Administración en el Siglo XXI. Libro-homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, en L. Parejo Alfonso y J. Vida Fernández, (coors.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017; y en *Revista Ius et Veritas*, núm. 53, Diciembre, 2016.

Rebollo Puig, M., Gosálvez Pequeño, H., y Rodríguez Portugués, M. A.: «Artículo 21», en *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, en M. Rebollo Puig (dir.) y M. Izquierdo Carrasco, (coord.), I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Rebollo Puig, M. e Izquierdo Carrasco, M.: «Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores u usuarios» en la obra colectiva por ellos dirigida, *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Iustel, Madrid, 2011.

Ruiz Risueño, F.: *El proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Colex, 1998.

Santamaría Pastor, J. A.: *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*, Iustel-Gómez-Acebo&Pombo, Madrid, 1,ª ed., 2010.

Tolivar Alas, L.: «Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores», en *Revista de Administración Pública* núm. 124, 1991.

La ejecución propia e impropia de sentencias en el ámbito contencioso-administrativo.

Federico A. Castillo Blanco

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN A LA CONSIDERACIÓN DE ESTA COMO ELEMENTO NUCLEAR DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. II. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. 1. Competencia y exclusividad jurisdiccional. 2. Carácter firme de la sentencia y liquidez en el caso de ejecución de condenas pecuniarias. 3. Que se exija, con carácter previo, la prestación de garantías. III. EL CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO Y LA PROSCRIPCIÓN DE LAS CONDUCTAS ELUSIVAS. IV. EJECUCIÓN DE CONDENAS PECUNIARIAS. 1. Las medidas tendientes a la agilización de la ejecución de las condenas pecuniarias. 2. Los límites a la ejecución de condenas pecuniarias. V. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS NO PECUNIARIAS. 1.- La ejecución de sentencias no pecuniarias. 2. La ejecución por equivalencia. 3. Medidas compulsivas tendientes al cumplimiento del fallo en obligaciones no pecuniarias. VI. LA EJECUCIÓN IMPROPIA.

RESUMEN: El objeto del trabajo que se presenta es dar cuenta del estado del arte en algunas de las principales cuestiones que la ejecución de sentencias, pecuniarias y no pecuniarias, presenta tras veinte años de la entrada en vigor de la LJCA y de las soluciones que los tribunales han establecido al objeto de dar respuesta a una tutela judicial efectiva.

PALABRAS CLAVE: tutela judicial efectiva, ejecución de sentencias, integridad, efectividad de la ejecución, inmodificabilidad de lo juzgado

ABSTRACT: The purpose of the work presented is to give an account of the state of the art in some of the main issues that the execution of sentences, pecuniary and non-pecuniary, presents twenty years after the entry into force of the LJCA and the solutions that the courts have been established in order to respond to effective judicial protection.

KEY WORDS: effective judicial protection, execution of judgments, integrity, effectiveness of the execution, unmodifiability of the judged

I. INTRODUCCIÓN: DE LA EJECUCION DE SENTENCIAS COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN A LA CONSIDERACIÓN DE ESTA COMO ELEMENTO NUCLEAR DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Ley de 1956 confiaba, con carácter general, la ejecución de las sentencias a la Administración cuyos agentes eran responsables personalmente, civil y penalmente, de la misma en caso de incumplimiento o pasividad¹. Podemos decir ahora, a la vista de lo que aconteció que hubo un cierto exceso de confianza en dicha solución.

El sistema, aunque a todas luces era susceptible de mejoras, lo cierto es que presentaba su mayor falla en la resistencia al cumplimiento recto e íntegro de los términos del fallo. No era infrecuente, en este sentido, la reproducción del acto anulado o la adopción de medidas que implicaban un relativo o insuficiente cumplimiento de los términos de la misma. La jurisprudencia de la época ofrece ejemplos al respecto², pero también muestra las dudas de ésta sobre cómo proceder frente a dicha actuación ya que la misma oscilaba entre estimar inadmisibles un nuevo recurso contencioso contra el nuevo acto por entender que se trataba de un problema de ejecución de sentencias, hasta considerarse incompetente para declarar formalmente nulos el nuevo acto o disposición a través de un simple incidente de ejecución que no estaba pensado para decretar directamente la nulidad de un segundo acto no enjuiciado ni para ordenar a la Administración, dentro del mismo, que declarase por sí la nulidad de posteriores actos de reproducción. Situación que, en el día a día, determinaba la necesidad de presentación de sucesivos recursos que propiciaban en la práctica un real incumplimiento del fallo.

La citada situación fue determinante en el cambio de concepción operado por la reforma acontecida en 1998³. En este sentido, y en lo que a la ejecución de las reso-

¹ Bien es cierto que el artículo 110 de la Ley de 1956 no excluía al tribunal sentenciador de la entera responsabilidad sobre la ejecución de la misma y, de esta forma, le atribuía la posibilidad de adoptar cuantas medidas, previa audiencia de las partes, fuesen adecuadas para promoverla y activarla, a petición de parte interesada, mientras no constare la total ejecución de la Sentencia y de todos sus pronunciamientos, salvo los supuestos de declaración de inejecución o suspensión.

² De esta forma, puede verse las declaraciones contenidas en las SSTs de 27 de enero de 1965 (RJ 1965, 165) o la de 21 de junio de 1977 (RJ 1977, 2940). El propio Tribunal Constitucional denunció dicha situación y así pueden consultarse las SSTC 32/1982, de 7 de junio y 167/1987, de 28 de octubre.

³ Debe advertirse que muchas de las novedades legales que se incorporaron en ese momento tienen su origen en la reformulación del texto de 1956 llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal

luciones judiciales se refiere, la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1998 hace unas declaraciones rotundas, que se traslucen en su texto⁴, y que recalcan la importancia del cumplimiento efectivo de lo declarado en la sentencia y como el contenido de la misma engarza con el derecho a la tutela judicial efectiva⁵.

Y es que tratándose la jurisdicción contencioso-administrativa, en lo esencial, de una jurisdicción revisora con los matices introducidos en 1998 por la nueva Ley reguladora de la misma, y partiendo cualquier enjuiciamiento de la legalidad de una actuación, inacción o disposición administrativa, el principio de autotutela de la Administración se hace presente, entre otras manifestaciones, en dos fundamentales, a saber: el primero en que, con carácter general, se ha de revisar necesariamente y con carácter previo antes de su análisis por los Tribunales el acto recurrido por la propia Administración autora del mismo⁶; y, en segundo lugar, en la de ejecutar la sentencia que se dicte ya se trate de una sentencia estimatoria de las pretensiones del deman-

Supremo y del Tribunal Constitucional a la luz del Texto Constitucional, singularmente a propósito de la incidencia en el sistema procesal en su conjunto del art. 24 (STC 67/1984, de 7 de junio, entre otras); ello no significa sin embargo, que la plasmación legal de las pautas y criterios jurisprudenciales no tenga valor por sí mismo, máxime cuando al legislador le compete muy especialmente velar por la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución).

⁴ La Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa dedica el Capítulo IV del Título IV relativo al «Procedimiento contencioso-administrativo» a la «Ejecución de sentencias», rúbrica legal que formalmente resulta imprecisa, pues como expresamente prevé el art. 103 de la Ley, las disposiciones contenidas en este Capítulo son aplicables no sólo a las sentencias, sino a las «demás resoluciones judiciales» provistas de fuerza ejecutiva. Bien es cierto que, en otro sentido, y ya desde el punto de vista material o de los contenidos, los preceptos incluidos en el citado Capítulo no colman el sistema procesal ejecutivo, pues no en vano, es necesario acudir a otras partes de la norma para completar el sistema ejecutivo previsto en la norma.

Por otra parte, no puede desconocerse la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil (disp. final 1^a) que si bien no constituye una novedad respecto del régimen establecido en la Ley de 1956, sí cobra singular protagonismo para la integración de determinadas previsiones legales, tales como la determinación de los «propios medios» con que cuentan los órganos jurisdiccionales para «lograr la efectividad de lo mandado» (arts. 108.1 y 112.I).

⁵ Indica dicho texto que: La Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo. El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe, y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia Constitución les atribuye. Prescripciones que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos.

⁶ De esta forma, y en lo que afecta al carácter revisor, se introdujeron los recursos contra la inactividad de la Administración y contra la vía de hecho, pero incluso en ambos supuestos, aunque advierte la ley que el enjuiciamiento se dirige contra esa inactividad o actividad sin sustento jurídico, hay una actuación previa ante la Administración, dándole la oportunidad de corregir su actuación, actuación previa administrativa que como es fácil imaginar va a ser cardinal en el posterior enjuiciamiento.

dante, ya se trate de otra que tengan carácter desestimatorio. Bien es verdad que en ambos casos, y por sobre todo en el primero, con matices realmente relevantes respecto de la situación anterior tras una larga evolución histórica que, en el caso de esta última, implicó un cambio de concepción que se aleja del control del acto y se acerca a la protección del ciudadano de tal forma que la jurisdicción tendrá como función satisfacer, conforme a Derecho, las pretensiones que jurídicamente se le sometan⁷.

La ejecución de las sentencias forma parte de esta forma, y así lo han declarado con reiteración nuestros tribunales y la doctrina científica, del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (por todas la STC 22/2009)⁸. Y así se ha reconocido y protegido, asimismo, por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹. Y es que, como fácilmente se podrá comprender, el derecho fundamental de acceso

⁷ De ineludible cita en este punto es el trabajo de MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, Madrid, Wolters Kluwer, 1989. Asimismo es de destacar los trabajos desarrollados en esta materia por BELTRAN DE FELIPE, M., *El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de las Administraciones*, Madrid, Civitas, 1995; GONZALEZ VARAS-IBÁÑEZ, S., *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: (Ley 29/1998, de 13 de julio), adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Madrid, Tecnos, 1999; MARTÍN DELGADO, I., *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, Madrid, Iustel, 2006; y FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Madrid, Iustel, 2007.

⁸ Establece este alto Tribunal que “Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas. El derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la Ley (por todas, STC 86/2006, de 27 de marzo, F. 2).

⁹ En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la ejecución de las sentencias judiciales forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, la Sentencia de 29 de julio de 2008 (TEDH 2008\54, caso Vidal Escoll y Guillán González contra Andorra), en su Apartado 69, viene a afirmar que:

“El Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia, el derecho de acceso a un Tribunal sería ilusorio si el orden jurídico interno de un Estado Contratantes permitiera que una sentencia definitiva y obligatoria quedara inoperante en detrimento de una parte. La ejecución de una decisión o sentencia, de la jurisdicción que fuere, debe ser, por tanto, considerada como parte integrante del «proceso» en el sentido del artículo 6 (ver Sentencias Inmobiliaria Saffi contra Italia [GC], núm. 22774/1993, ap. 63, in fine, CEDH 1999-V, y Hornsby contra Grecia de 19 de marzo de 1997, Repertorio de sentencias y decisiones 1997-II, págs. 510-511, ap. 40). En consecuencia, la ejecución de una decisión judicial no puede ser impedida, invalidada o retrasada de manera excesiva (Jasiunién contra Lituania, núm. 41510/1998, ap. 27,6 de marzo de 2003)”. Bien es cierto que el propio Tribunal reconocerá que “El derecho a la ejecución de la sentencia no puede, en cambio, obligar a un Estado a hacer ejecutar cada sentencia de carácter civil sea cual fuere y sean cuales fueren las circunstancias; sin embargo, le corresponde dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben”. De esta forma, aunque admite que un cambio en la situación de hecho constatada por una decisión judicial puede justificar excepcionalmente

al proceso y a obtener la tutela jurisdiccional no serán efectivos y reales, si recaída una sentencia contraria a los intereses de la Administración, sus mandatos quedan insuficientemente cumplidos. Le corresponde al Estado que ejerce el monopolio de la violencia y prohíbe el ejercicio de la autodefensa emplear todos los medios a su alcance para garantizar la separación de poderes y el efectivo cumplimiento de las sentencias, pero muy especialmente si la condenada es la Administración pública. Por eso ha podido afirmarse que la ejecución procesal constituye en cierto sentido el punto culminante de la realización del derecho. Y es que, como recuerda el ATS de 16 de julio de 1991, *«el derecho a la ejecución de sentencias no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución, sino también como un esencial interés público implicado en el propio fundamento del Estado de Derecho»*.

Pues bien, la conclusión a partir de lo expuesto es inequívoca y ya se ha aludido a la misma más arriba. El derecho a la efectividad de la tutela judicial contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución incluye el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en sus propios términos¹⁰. Aunque ciertamente se contempla una excepción: aquellos supuestos en que el cumplimiento del mismo no resultara posible de con-

la inexecución de una decisión, el Tribunal entiende que en el análisis que este realiza debe asegurarse de que los cambios esenciales en causa no son el resultado de una acción o de una inacción del Estado.

¹⁰ Para garantizar dicho paradigma, la propia ley jurisdiccional contempla una serie de garantías. En este sentido, por una parte, el artículo 112 LJCA contempla que las autoridades, funcionarios o agentes de la Administración Pública que infrinjan su deber fundamental de ejecutar lo dispuesto en sentencia firme pueden incurrir en responsabilidad. De esta forma, y en cuanto a su alcance, la STS de 1 de julio de 2008 por el Tribunal establece que: “ (...) el contenido de la ejecución de las sentencias debe extraerse de los términos en que se expresa el fallo de la misma (forma y términos de la misma), para alcanzar una determinada finalidad, que no es otra que conseguir el efecto pretendido en la declaración jurisdiccional, articulándose un amplio capítulo de medidas con la expresada finalidad, y señalando en tal sentido la Ley que tales amplias medidas vienen determinadas por lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

La amplitud de los términos en que se expresa el texto legal permite deducir con absoluta claridad que el contenido de la ejecución de la sentencia tiene una doble perspectiva, por cuanto, de una parte, el Tribunal y la Administración han de llevar a cabo una determinada actividad jurídica, transformadora de los mandatos jurídicos a cuya anulación se ha procedido; y consecuencia de tal actividad, en determinadas ocasiones, será además preciso con un carácter complementario, llevar a cabo una actividad de índole material, transformadora de la realidad material, consecuencia del anterior pronunciamiento de nulidad y de la consiguiente actividad jurídica complementaria.

En síntesis, existe una finalidad que debe conseguirse en todo proceso de ejecución de sentencia; esa finalidad se obtiene de los términos en que el fallo de la sentencia se expresa e implica necesariamente una inicial actividad jurídica transformadora de los pronunciamientos jurídicos anulados, así como una consiguiente actividad material transformadora de la realidad física sobre la que recayeron los pronunciamientos jurídicos de referencia.

En consecuencia, el contenido exacto de la ejecución de la sentencia dependerá de los distintos pronunciamientos que la misma puede contener, sobre todo cuando se está en presencia de sentencias que tienen alguno de los contenidos estimatorios, a las que se refiere el artículo 71 de la vigente LJCA’.

formidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley 29/1998¹¹. De esta forma, a juicio de GÓMEZ-FERRER RINCÓN, la imposibilidad legal para la ejecución de sentencias en el orden contencioso-administrativo, solo cabe en determinados y tasados supuestos y siempre que exista una “razón atendible” lo que equivale a un bien o valor protegido constitucionalmente (STC 73/2000, de 14 de marzo)¹².

En este sentido, y como venimos exponiendo, el Tribunal Constitucional ha venido integrando el derecho a la ejecución del fallo dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, configurándolo como un derecho subjetivo del justiciable que tiene como presupuesto lógico y constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas, y, además, actúa como límite y fundamento que impide que los jueces y tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la Ley.

Por tanto, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva también se concreta en fase de ejecución en el cumplimiento del fallo judicial, para evitar que la sentencia firme se convierta en una mera e ineficaz declaración formal. Pero es que, además, en una evolución lógica de su doctrina, para el Tribunal Constitucional poco importa que el fallo de la sentencia a ejecutar se limite a anular el acto administrativo impugnado, sin ordenar expresamente ninguna de aquellas posibles actuaciones que puede exigir o conllevar tal anulación. Es también doctrina constitucional la que integra en el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias la llamada garantía de interpretación finalista del fallo que infiere de él todas sus naturales consecuencias. Así, en un momento posterior, el Tribunal Constitucional, entre otras, SSTC 125/1987 (FJ 2) 148/1989 (FJ 4), y 92/1998 (FJ 2), se preocupará por establecer la necesaria correlación que debe existir entre los hechos y antecedentes, los fundamentos jurídicos, y la parte dispositiva de la sentencia firme para, sin alterar los términos del debate ni incluir cuestiones no debatidas (no cabe adicionar decisiones que excedan o sobrepasen lo decidido con fuerza de cosa juzgada, STC 99/1995), obtener del fallo todas y cada una de sus consecuencias, en una interpretación finalista que materialice el principio *pro accione* y sirva al de economía procesal, evitando

¹¹ La posible concurrencia de causas de orden material o legal que impiden el cumplimiento fiel de las sentencias, ha sido recogida tanto por el artículo 18.2 LOPJ, aplicable a todos los procesos judiciales en general, como particularmente y para el proceso contencioso-administrativo por el artículo 105.2 LJCA. Puede verse en este punto el trabajo de RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A., “Tutela judicial efectiva e imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009.

¹² GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, ThomsonCivitas, Madrid, 2008.

así la obligada apertura de nuevos procesos cuyas pretensiones pudieron y debieron resolverse con este espíritu.

Pero, a pesar de ello, lo cierto y sin embargo es que en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, la ejecución de sentencias sigue presentando una especial conflictividad¹³, derivada fundamentalmente del hecho de que se trata de una actividad que debe desarrollar en principio la propia Administración condenada, por lo que existe una serie de cautelas y garantías para que la sentencia se ejecute correctamente, concretadas en la sanción de nulidad de pleno derecho de las disposiciones y actos contrarios a la sentencia, la regulación de una vía incidental y el establecimiento de la potestad sustitutoria del juez o tribunal en los casos en que la Administración pública no cumpla la sentencia, en la misma línea que venía observándose en la mayoría de los países de nuestro entorno.

Nos resta, para finalizar esta introducción, advertir que no abordaremos en nuestro análisis la ejecución provisional de sentencias, una institución íntimamente relacionada con los efectos suspensivos de los recursos interpuestos contra las sentencias, ni tampoco abordaremos las singularidades que presenta la ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico que son objeto de otros trabajos en este número especial de la Revista Andaluza de Administración Pública. Asimismo, y dada la extensión de este trabajo, tampoco se analizarán cuestiones que, como el proceso incidental en sí mismo y las cuestiones que pueden plantearse en éste, la extensión a terceros de la cosa juzgada o el denominado pleito “testigo”, excederían de las pretensiones de este trabajo cuyo objeto, más bien, es dar cuenta del estado del arte en la ejecución de sentencias tras veinte años de la entrada en vigor de la LJCA.

II. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. Competencia y exclusividad jurisdiccional

Respecto de la competencia, los arts. 7.1 y 103.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA) consagran una norma de competencia funcional, en virtud de la cual la ejecución corresponde al juez o Tribunal que hubiere dictado la sentencia en primera o única instancia. Para el tratamiento procesal de la competencia son plenamente aplicables las normas generales (art. 7.2).

¹³ Dicha dificultad subsiste y ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por SUAREZ GARCÍA, J., “Algunos ejemplos prácticos de la difícil ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, en el volumen colectivo *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas* (coord. SANCHEZ LAMELAS, A.), Thompson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 205 y ss.

Dichas previsiones, como ya se puede intuir, se separaban radicalmente del texto del art. 103 de la Ley de 1956, según el cual, «la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso»¹⁴. En cualquier caso, de la actual regulación jurisdiccional se desprende, sin necesidad de mayor razonamiento al respecto, que la potestad de hacer ejecutar las sentencias en el ámbito contencioso-administrativo corresponde hoy a los órganos jurisdiccionales de dicho orden una vez superada la regulación que, en esta concreta materia, contenía la LJCA de 1956¹⁵.

El artículo 103.1 LJCA, no ofrece dudas al respecto y remite como se ha apuntado más arriba al órgano jurisdiccional que haya conocido en primera o en única instancia dicha función. Todo ello, también hemos de dejarlo claro, sin perjuicio de la colaboración de la Administración, bien es cierto que ésta ve limitada su función a la de un simple ejecutor material de lo resuelto por el órgano jurisdiccional lo que limita, como puede imaginarse, sus facultades que no van más allá de la estricta ejecución del fallo sin que pueda introducir modificaciones en el contenido de éste que desvirtúen lo ya resuelto por el órgano jurisdiccional. Como ha indicado TORNOS MAS la Administración no actúa con potestades propias¹⁶, y es que, efectivamente, procede en cumplimiento de un deber actuando sometida plenamente al control de los tribunales. Pero, además, esas facultades colaborativas atribuidas a la Administración autora de la situación rechazada judicialmente han de ser interpretadas en forma restrictiva lo que veta, salvo en los supuestos de lo que más adelante vamos a dar cuenta, que se proceda a un cumplimiento “aparente” del fallo de la sentencia dictada.

No obstante, la Ley de 1998 amplía y refuerza la legitimación de «las personas afectadas» por el fallo judicial (art. 104.2), declaración a la que siguen otras manifestaciones que vienen a reconocer la legitimación de sujetos que no han tenido

¹⁴ Aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hubo de interpretar su tenor literal a la luz de los principios constitucionales - explicitando que no suponía la atribución al órgano administrativo de una potestad de ejecución (sentencia del Tribunal Constitucional 67/1984 de 7 de junio) - , lo cierto es que la redacción legal dada en 1998 ratifica los poderes del juez ejecutor y despeja cualquier duda sobre una eventual o hipotética potestad ejecutiva de carácter administrativo; no en vano, el control jurisdiccional de la ejecución es patente, entre otros, en el art. 104.1 de la ley, que además de exigir al órgano administrativo «el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo», le impone la comunicación al juez, no sólo de la recepción de la sentencia, sino del órgano responsable de su cumplimiento.

¹⁵ Que había sido denunciado por la más cualificada doctrina Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas. Madrid, 2000, por oponerse a las previsiones establecidas constitucionalmente en el artículo 117 CE

¹⁶ TORNOS MÁS, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 30.

la condición de partes procesales¹⁷. De esta forma, se reconoce la legitimación que asiste a «los interesados» para instar la reposición de los actos administrativos que contravengan el fallo judicial (art. 108.2), o a «las personas afectadas» para promover incidentes en ejecución (art. 109.1); a mayor abundamiento, repárese en la audiencia a las partes y demás «interesados» que el juez ejecutor debe conceder con carácter previo a la resolución sobre la eventualmente alegada imposibilidad de cumplimiento (art. 105.2).

2. Carácter firme de la sentencia y liquidez en el caso de ejecución de condenas pecuniarias

La acción ejecutiva se funda en todo caso en una sentencia firme de condena -ya se trate de contenido pecuniario o no pecuniario que es el título ejecutivo-, no constituyendo auténtica ejecución procesal las actividades judiciales siguientes a la efectividad de sentencias meramente declarativas (inscripciones registrales y publicaciones en periódicos) que constituyen más bien supuestos de ejecución impropia a los que al final de este trabajo nos referiremos y es que, como ha reconocido el Tribunal Supremo, sólo las sentencias de condena son realmente susceptibles de ejecución forzosa. Las sentencias meramente declarativas o constitutivas, en cambio, no pueden ser objeto de ejecución forzosa, toda vez que ellas mismas «consuman la tutela judicial»¹⁸, bien es cierto que dicha conclusión ha sido matizada más recientemente

¹⁷ Como se indica en el ATS de 27 de noviembre de 2006, (recurso 309/2004): «Para responder a las dudas descritas sobre la legitimación hemos de partir del dato incontestable de que el promotor del incidente no fue parte en el proceso que culminó con la sentencia de cuya ejecución ahora se trata. Pero no es menos cierto que la ejecución del fallo afecta a sus intereses legítimos, pues al haberse acordado la retroacción de actuaciones en el procedimiento administrativo de provisión de la plaza a la que aspira junto con otros candidatos, los trámites subsiguientes a esa retroacción inciden directamente en su esfera de intereses. El tema controvertido se reduce, por eso, a determinar si la posición de interesado en la ejecución del fallo constituye por sí misma título legitimador para instar un incidente de ejecución como el que examinamos, aun no habiendo sido parte en el proceso principal, o tal posibilidad está circunscrita exclusivamente a quienes tuvieron la condición de partes procesales.

La cuestión, ciertamente polémica, ha sido resuelta por la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera de 7 de junio de 2005 en la que se apuntó que las “personas afectadas” por el fallo son aquellas que puedan ver menoscabados o perjudicados sus derechos o sus intereses legítimos por efecto de la ejecución o de la inejecución de la sentencia, añadiéndose que esas personas “afectadas” tienen legitimación para promover o intervenir en el proceso de ejecución, como parte activa, sin necesidad de haber sido previamente parte en el proceso de conocimiento, y eso aún en el supuesto de que no hubieran impugnado por su cuenta la resolución objeto del litigio ni se hubieran personado en las actuaciones del proceso declarativo, pudiendo haber hecho tanto una cosa como la otra».

¹⁸ Entre otras, STS de 22 de diciembre de 2005 (recurso de casación núm. 6671/2002) y STS de 23 de abril de 2010 (recurso de casación núm. 3648/2008).

por nuestros tribunales (por todas puede verse la STS de 4 de marzo de 2011, rec. 3996/2010)¹⁹.

Respecto de los títulos ejecutivos, todos los previstos son de naturaleza jurisdiccional, a saber: la sentencia firme de condena (art. 104.1), la sentencia definitiva declarada provisionalmente ejecutable (arts. 84 y 91), el auto que aprueba lo convenido en «conciliación intraprocésal» (arts. 77.3 y 113), el de imposición de multas coercitivas (arts. 48.9 y 112 *a*) y el aprobatorio de la tasación de costas (art. 139.4).

El deber impuesto a la Administración de dar cumplimiento *ex officio* a la sentencia firme no quiere decir, en opinión de una parte importante de la doctrina, la pérdida de vigencia del principio dispositivo, pues en todo caso sigue asistiendo a las partes el poder de disposición sobre la acción ejecutiva; además de la posibilidad de instar la ejecución forzosa si transcurrieren dos meses sin que la Administración hubiere accedido al cumplimiento voluntario del fallo judicial.

No obstante dicha interpretación ha sido, al menos matizada, por los tribunales al interpretar la aplicación a la ejecución de sentencias, en el ámbito contencioso-administrativo, del art. 518 LEC que establece la caducidad quinquenal²⁰. De esta forma, en la STS de 25 de noviembre de 2009 (Rec. 6237/2007), se subraya la diferencia esencial entre la ejecución en el proceso civil, a instancia de parte, y la ejecución en el recurso contencioso administrativo, siempre de oficio²¹.

¹⁹ El TS declara que: “es preciso perfilar la incidencia que en la ejecución puede tener el que la sentencia sea de condena o sea declarativa o constitutiva, pues estas últimas han sido tradicionalmente consideradas como sentencias que originan la denominada ejecución impropia, ya que producen efectos por la mera declaración judicial de nulidad o de anulabilidad del acto o disposición impugnada, y sólo serían susceptibles de una ejecución propia aquellas que condenan a la Administración al cumplimiento de una determinada prestación.

Tal tesis, sin embargo, debe ser objeto de algunas precisiones, ya que la mera conclusión de que no precisan ejecución alguna las sentencias que se limitan a declarar la nulidad de un acto administrativo (declarativas) o a anular un acto administrativo (constitutivas) está alejada de la realidad del proceso contencioso-administrativo. Pues, de una parte, el carácter meramente constitutivo o declarativo ---y no de condena--- de una sentencia anulatoria de un acto está vinculado a que la pretensión estimada sea simplemente anulatoria y no comporte el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Por otra, no es posible ignorar que, incluso cuando la pretensión es sólo de anulación, el que un particular pueda hacer valer un fallo estimatorio de tal naturaleza frente a la supremacía de la Administración y frente a terceros, puede exigir una actividad ejecutiva. Y, en cualquier caso, el propio pronunciamiento judicial anulatorio es susceptible de quedar desvirtuado por una ulterior actuación administrativa constitutiva de la llamada “inejecución indirecta”, si concurren los requisitos que han quedado expuestos”.

²⁰ Manteniendo la aplicabilidad de esta caducidad se manifiesta, sin embargo, LÓPEZ GIL, M., *Avances en la ejecución de sentencias contra la Administración*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 260.

²¹ La sentencia de 27 de enero de 2010 (Rec. 6431/2008), se expresa de forma contundente al defender la ejecución de oficio y rechazar la pretendida aplicación del art. 518 LEC invocada por la Administración. Afirma en su FJ 6º: “la ejecución de las sentencias de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo se inicia de oficio mediante la comunicación que de modo necesario ha de hacer el Juzgado

La sentencia insiste en que «frente a la necesidad de solicitud de parte mediante nueva demanda en el procedimiento civil, en el recurso contencioso administrativo es el Tribunal de oficio el que está obligado iniciar el incidente de ejecución de sentencia» (FJ 6º). Y tras la transcripción del art. 104 LJCA, en su redacción originaria y en la adoptada tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, declara que el plazo de ejecución voluntaria de la sentencia se inicia tras la comunicación a la administración autora del acto impugnado. No es «el momento de la notificación de la sentencia al representante procesal de la Administración el que determina el inicio del cómputo del plazo para la ejecución voluntaria de la sentencia por parte de la Administración demandada» (FJ 6º). A la vista del art. 104 LJCA entiende que tal momento será el de la comunicación realizada de oficio de la misma sentencia al órgano «que hubiere realizado la actividad objeto del recurso».

Y concluye que «en toda dicha actuación no existe intervención de la parte recurrente, por cuanto se trata de una actuación de oficio del Tribunal que debería determinar igualmente sin intervención de parte la inmediata ejecución de la sentencia...» [FJ 6º b)]²².

La liquidez de la condena constituye, asimismo, un presupuesto ineludible en el caso de la ejecución de condenas pecuniarias, si bien la determinación cuantitativa

o Tribunal al órgano administrativo que hubiera realizado la actividad objeto del recurso a fin de que, entre otros extremos, lleve a puro y debido efecto la sentencia y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en su fallo (art. 104.1 de la Ley de la Jurisdicción). Y se desvuelve después en el modo y forma que prescriben los artículos siguientes, con la previsión, incluida en el 109.1, de que los incidentes que regula pueden promoverse mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia. Normas específicas que hacen inaplicable en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo el plazo quinquenal de caducidad previsto en aquel art. 518 de la LEC”.

²² Razona que tanto la estructura como los principios del proceso contencioso administrativo son distintos del procedimiento civil. Y añade la existencia de otros elementos que conducen a poner de manifiesto las diferencias procedimentales que hacen inviable la aplicación supletoria del art. 518 LEC. Parte de la potencialidad del vigente art. 103.1 LJCA que transforma la potestad de ejecutar las sentencias en potestad jurisdiccional y, sobre todo, del sentido de la comunicación (art. 104.1) que de oficio y luego que sea firme la sentencia, el Tribunal (a través del Secretario del mismo) remite al órgano que hubiere realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que lleve la sentencia «a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo».

Reputa contrasentido ampliar la legitimación para la ejecución definitiva de las sentencias a personas afectadas por la misma, que no han sido parte en el litigio (doctrina sentada en la sentencia del Pleno de la Sala 3.a de 7 de junio de 2005, Rec. 2492/2003) e impedir, al mismo tiempo, que el Tribunal que ha resuelto el litigio no lo pueda realizar de oficio en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Por ello, de los términos del art. 108 LJCA, en conjunción con los arts. 103.4 y 5, 104.2 más el art. 112, concluye que «el legislador amplía considerablemente la legitimación para llevar a cabo la solicitud de ejecución forzosa de las sentencias, por cuanto no limita la misma a quienes exclusivamente hubieran sido partes en el procedimiento, sino que, como bien se expresa, se amplía a las personas afectadas por la sentencia dictada. Legitimación, obviamente inviable en el procedimiento civil» [FJ 6.o c)].

en que consiste puede ser inmediata -con fijación de la cuantía que deba satisfacerse²³ -, o mediata -con establecimiento de las bases que sirvan para su fijación en ejecución de sentencias- (art. 71.1 d)²⁴, en cuyo caso será de aplicación supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil. En todo caso, con base en la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede afirmarse el deber judicial de efectuar aquella determinación, admitiéndose las condenas con reserva de cuantificación ulterior sólo en caso de que aquélla no fuere posible en el proceso declarativo.

3. Que se exija, con carácter previo, la prestación de garantías²⁵

Esta novedad, en el régimen jurídico de la ejecución de sentencias, fue introducida por el apartado cuatro de la disposición final tercera de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ y ciñe su radio de acción al ámbito urbanístico por lo que, sin perjuicio de dar cuenta de la misma, remitamos a otro trabajo de este número su consideración particular.

En efecto, el artículo 108.3 prevé que 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.

Como se sabe esta modificación legislativa es producto de situaciones, en materia de ejecución de sentencias urbanísticas, que son bien conocidas y que tuvieron una especial incidencia durante la pasada época del denominado “boom” del ladrillo producto de la anulación, bien de planes de ordenación urbanística, bien de licencias urbanísticas, que afectaban a terceros adquirentes de buena fe²⁶.

²³ En particular, respecto de la cuantificación de los daños y perjuicios téngase en cuenta que la individualización y cuantificación de los mismos puede ser instada en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones «si constasen ya probados en autos» (art. 65.3).

²⁴ Puede, de esta forma, establecerse una cuantía máxima sin que ello implique el devengo de intereses desde la fecha de notificación de la sentencia (STS 23 de enero de 2015. RJ 3209).

²⁵ Un comentario sobre este punto puede consultarse en BERROCAL ACEDO, A., “¿Integra el artículo 108.3 LJCA un supuesto de suspensión de la ejecución de sentencia?”, *Actualidad administrativa*, N° 2, 2018 y CHAVES GARCÍA, J. R.: (5 de octubre de 2015): “Ejecución de sentencias de demolición tras el novedoso 108.3 LJCA”: <https://delajusticia.com/2015/10/05/ejecucion-de-sentencias-de-demolicion-tras-el-novedosoarticulo-108-3-ljca/>.

²⁶ En concreto, el origen de tal modificación normativa tiene su base en la anulación por el TC de la Ley de Cantabria 2/2011, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria que, ante la existencia de terceros adquirentes de buena fe que se habían visto afectados por resoluciones firmes de demolición de las mismas, resultando que en la mayoría de los casos los propietarios últimos resultaban ajenos a la comisión de la infracción dio una solución pretendiendo, en suma, una amnistía para las edificaciones ilegales (llevando a tal fin modificaciones normativas tendentes a paliar los per-

En la mayor parte de las ocasiones los interesados no habían sido informados de la situación de ilegalidad de su vivienda al no haberse instado la anotación de la demanda interpuesta frente a las correspondientes licencias y la posición de nuestro Tribunal Supremo era, hasta ese momento, inequívoca respecto de que la protección del art. 34 de la LH no alcanzaba a los propietarios afectados por la anulación de las licencias y la orden de demolición subsiguiente como consecuencia de la misma, puesto que para el Tribunal Supremo sobre la protección hipotecaria prevalecía el cumplimiento de los deberes urbanísticos en los que queda subrogado en nuevo propietario²⁷.

Lo cierto, y sin perjuicio de la remisión efectuada, es que, sin perjuicio de la bondad de la medida, se pueden producir situaciones conflictivas como las derivadas de la indeterminación de quién será el obligado a prestar la fianza, su entrada en vigor, quien puede ser considerado tercero de buena fe, etc., y, en cualquier caso, hay que concluir que la propia existencia de la misma podría suponer, de hecho, una condición suspensiva a la ejecución de las sentencias en materia urbanística que pudiera

juicios causados a aquellos adquirentes de buena fe cuyas viviendas se ven afectadas por sentencias firmes de derribo) y pretendiendo garantizarles en virtud del instituto resarcitorio patrimonial una indemnización y su puesta a disposición previo a la ejecución de las sentencias de derribo

Pues bien el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 22 de abril de 2013 declara inconstitucional el pfo. 5.º del apartado cuarto de la DA 6.a (respecto a procesos de ejecución judicial) así como, por la conexión existente entre ambos, el apartado quinto de la misma DA 6.a, por las siguientes razones: «... la norma cuestionada incide en la regulación de la ejecución de sentencias mediante la introducción de un trámite (el de la eventual responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística) ajeno a la propia ejecución de la Sentencia y que tiene el efecto de paralizar la misma mientras sustancia, decide y, en su caso, ejecuta mediante el pago.

Tal regulación (...) no tiene cobertura competencial en los títulos aducidos por los órganos de la Comunidad Autónoma de modo que se invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal prevista en el art. 149.1.6 CE, sin que, tal como admiten todos los que han intervenido en este proceso constitucional, concorra especialidad alguna en el derecho sustantivo autonómico que lo justifique en términos constitucionalmente admisibles conforme al indicado precepto constitucional;

(...) lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal art. 149.1.6 CE es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, máxime cuando el precepto legal no condiciona la efectividad de la demolición judicialmente acordada al transcurso de los plazos para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, sino a su efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada, de suerte que la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado.»

²⁷ La doctrina del Tribunal Supremo se basaba, en definitiva, en tres grandes argumentos (SSTS 12 de mayo de 2006 y 4 de febrero de 2009): en primer lugar, que los terceros adquirentes no están protegidos frente a la demolición por el art. 34 de la Ley Hipotecaria; en segundo término, que los terceros afectados tienen la obligación de soportar el derribo con base en el principio de subrogación urbanística; y, por último, que el adquirente tiene la obligación de conocer la situación urbanística de la vivienda.

ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva tal y como ha sido conceptuada por el Tribunal Constitucional según lo hasta aquí expuesto²⁸.

III. EL CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO Y LA PROSCRIPCIÓN DE LAS CONDUCTAS ELUSIVAS.

La LJCA impone a la Administración el deber de llevar el fallo de la sentencia, una vez firme, «a puro y debido efecto», en los diez días siguientes a su recepción, tras haber acusado recibo de su comunicación e indicado el órgano encargado de cumplirlo (art. 104.1). Se trata, pues, de un auténtico deber de la Administración de proceder *ex officio* a cumplimentar la sentencia, lo cual no necesariamente supone merma del principio dispositivo, por cuanto transcurridos dos meses desde la comunicación «cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa» (art. 104.2)²⁹.

Esta disposición de carácter general que la Ley establece sin embargo es objeto de excepción estableciéndose, a estos efectos, dos reglas singulares: en primer término, el *dies a quo* del plazo para instar la ejecución empezará a correr transcurrido el plazo fijado en la propia sentencia para su ejecución de conformidad con lo establecido en los arts. 71.1 c) y 104.3 que permiten fijar un plazo inferior a dos meses, atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, cuando éste haga ineficaz el fallo o cause grave perjuicio; en segundo término, la ampliación del plazo para instar la ejecución tratándose de condenas pecuniarias (art. 106.4).

En todo caso, el deber impuesto a la Administración de cumplimentar de inmediato el fallo judicial lo es respecto, como se señalaba con anterioridad, de las resoluciones firmes; de ahí, que la ejecución provisional de sentencias deba actuarse necesariamente a instancia de parte interesada (arts. 84.1. y 91.1). Respecto de los

²⁸ La STS de 17 de septiembre de 2018 (recurso n° 477/2016), desestima que el art. 108.3 de la LJCA se trate de un supuesto de suspensión o de inexecución de sentencia dado que, razona el tribunal, no resultaría conforme ni compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se concreta en un derecho de contenido prestacional a que la sentencia sea llevada a su debido efecto y en sus propios términos. De lo que concluye que se trata de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe. Esto es, sigue diciendo el Tribunal, mientras el art. 105 lo que prevé son supuestos de inexecución de sentencias por causas legales o materiales, el art. 108.3 se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia.

²⁹ Sobre la inobservancia del plazo de dos meses la STS de 29 de diciembre de 2015 (RC 4179/2014), sintetiza su evolutiva doctrina en relación con los efectos que acarrea el incumplimiento del plazo con que cuenta la Administración, o los interesados en algunos supuestos, para el planteamiento al Tribunal de la concurrencia de causa de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia.

autos que aprueban lo convenido entre las partes en conciliación, éstas podrán instar la ejecución transcurrido el plazo acordado para su cumplimiento ya que el Auto que aprueba dicho acuerdo es directamente ejecutable y su cumplimiento es obligatorio (art. 113.1); en defecto de pacto, la parte perjudicada podrá instar la ejecución transcurridos dos meses desde el preceptivo requerimiento (art. 113.2)³⁰.

Como bien explicita la Exposición de Motivos, «la negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente a la que no caben excusas». De ahí que este cumplimiento de lo establecido en sentencia venga presidido por tres principios informadores: integridad, efectividad de la ejecución e inmodificabilidad de lo juzgado que se traducen en un derecho subjetivo de la parte, o de otros interesados³¹, a su cumplimiento; principios que, a su vez, se manifiestan en distintos preceptos, a saber: en el art. 103.3 al aludir a la «debidamente completa ejecución de lo resuelto»; en el art. 112 a) a propósito de la reiteración de las multas coercitivas que el juez puede imponer a la Administración «hasta la completa ejecución del fallo judicial»; en el art. 104.1 al desplazar sobre el órgano que hubiera dictado el acto impugnado la carga de practicar «lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo»; en las formas específicas de ejecución de sentencias de condena no pecuniaria previstas en el art. 108; o, por fin, y de una forma más genérica, al referirse a la adopción judicial de «las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado» (art. 112).

Los citados principios, además, revisten un doble carácter: el primero, de carácter positivo, por cuanto las sentencias -y demás resoluciones ejecutivas- se ejecutarán «en sus propios términos», según establece el art. 18.2 LOPJ que, como se recordará, supuso la eliminación de la potestad gubernativa de suspensión o inejecución de las sentencias (arts. 105.1 *b* y *c* de la Ley de 1956), extremo éste corroborado ahora por el art. 105.1. LJCA en virtud del cual “*No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo*”. Pero, como se ha expuesto, los citados principios tienen un segundo carácter, en este caso de carácter negativo, al proscribir las «ejecuciones aparentes». Y es que una forma de inejecución muy extendida de las sentencias condenatorias deriva de la tendencia de la Administración a esquivar la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo recurriendo al mecanismo de la subsanación de defectos, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo,

³⁰ Pueden verse respecto de este acuerdo en conciliación la STSJ de Castilla y León de 31 de mayo de 2002 (JUR 2002/159339) o el Auto del TSJ del País Vasco de 24 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 39850).

³¹ Así se señala, con abundante cita de jurisprudencia, por ARANGUREN PÉREZ, I. Y GONZALEZ RIVAS, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2ª Edición, Thompson-Civitas, Navarra, 2008, págs. 1118 y ss.

actitud denunciada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de junio de 2014, (Rec. 2049/2013) que declara que no se puede entender ejecutada una sentencia por el mero hecho de que la Administración subsane los defectos formales que dieron lugar a la nulidad, porque no cabe la convalidación de actos nulos lo que exige a la Administración iniciar, de nuevo, el procedimiento administrativo³².

De ahí que la ley, lejos de recurrir a una mera previsión de carácter programático, sancione la nulidad de pleno derecho de «los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento» (art. 103.4), supuesto que viene a sumarse a la enumeración que el art.

³² De acuerdo con la sentencia cumple formular las siguientes consideraciones:

1) De ningún modo cabe aceptar que la ejecución de la sentencia pueda tener lugar simplemente mediante la mera subsanación de los defectos formales de que adolecen las resoluciones administrativas impugnadas y anuladas en la instancia, tal y como se ha pretendido, por medio de la consiguiente convalidación «a posteriori».

... sostiene el recurso de reposición que ese defecto no es de nulidad, sino de anulabilidad susceptible de ser subsanado ... argumento que no puede acoger esta sala, pues en este momento procesal no sólo no se pueden traer cuestiones nuevas no esgrimidas por las partes ni analizadas en la sentencia, sino que tampoco se puede insistir en ellas ni rebatir los razonamientos jurídicos de la resolución judicial con otros fuera del cauce legal (los recursos procedentes).

2) Pero es que, en cualquier caso, y más allá de ello, la convalidación de los actos anulables constituye una técnica específica dispuesta por nuestro ordenamiento jurídico para la conservación de los actos que adolecen de este defecto (art. 67 LRJPAC), que permite sanar en efecto tales actos anulables (no así los nulos de pleno derecho); pero, ello, siempre y cuando la Administración acuda a dicha técnica al margen del proceso y la cuestión no haya sido objeto de pronunciamiento judicial.

En otros términos, la convalidación afecta solo a resoluciones administrativas cuya invalidez aún no ha sido declarada; o, si prefiere también, no se puede sanar un defecto invalidante una vez que la invalidez se ha declarado. Declarada la invalidez, por lo demás, resulta incluso indiferente que la infracción del ordenamiento jurídico determinante de la anulación de un acto fuera causa de nulidad de pleno derecho o anulabilidad, a los efectos de aplicar la técnica de la convalidación; porque sencillamente no ha lugar a la aplicación de convalidación en ninguno de los dos casos.

3) Por tanto, si esto es así con carácter general, menos aún cabe recurrir a la convalidación en trance de ejecución de sentencia: la anulabilidad de los actos administrativos que es la consecuencia anudada a la mayor parte de los actos administrativos inválidos, porque la nulidad de pleno derecho es la excepción (arts. 62 y 63 de la Ley 30/1992 carecería, además, de toda relevancia real si no fuera así tratándose de defectos formales, porque la Administración se limitaría entonces a realizar «a posteriori» lo que no hizo en el momento debido ; y escaso sería por tanto su estímulo para observar con el esmero debido las exigencias formales dispuestas por el ordenamiento jurídico.

Lo que procede es cumplir el fallo, lo que exige el cese del uso y la demolición de la gasolinera, salvo que, por su cauce, plazo, legitimación y forma, se promueva un incidente de inexecución ..., por estar en juego el derecho fundamental a que las sentencias se cumplan (STSS de 27.07.01, 29.10.92 y 16.07.91, así como auto de dicha Sala de 26.11.09), circunstancia que no evitaría un posible pronunciamiento favorable a la inexecutabilidad que, por las razones indicadas, no se puede producir en este momento, de manera que el recurso debe ser desestimado.

Esto es, por expresarlo de manera sucinta, procede ahora reconstruir el procedimiento entero, y volver a iniciar éste por tanto desde el primero de los trámites que resultan exigibles para la obtención de los títulos jurídicos habilitantes para el desarrollo de la actividad pretendida ...

47 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común realiza de los motivos por los que procede declarar la nulidad de pleno derecho³³.

No obstante hay que hacer notar dos cosas respecto de dicha garantía: en primer lugar, que existe una limitación para que dicho artículo opere ya que resulta preciso que se haya dictado un nuevo acto o disposición pues si se trata de un cumplimiento torcido de la ejecución dicha garantía prácticamente se desvanece; de otro, y en segundo lugar, que inclusive en el supuesto de que se hubiesen dictado actos o disposiciones, ha de tenerse plenamente presente el requisito añadido que se establece para dicha declaración de nulidad consistente en un requisito teleológico sumamente problemático de apreciar, a saber: que los mismos hayan sido adoptados “con la finalidad de eludir su cumplimiento”³⁴.

A pesar de la redacción legal que parece involucrar un elemento volitivo en la actuación administrativa dirigido a eludir el cumplimiento del fallo, y no compartiendo en este punto la opinión de GONZALEZ PEREZ³⁵, desde mi punto de vista es el contenido material del acto el factor determinante de la infracción de nulidad, independientemente de que concurriese o no tal finalidad bien es cierto que los tribunales han exigido ese elemento, que se califica como supuesto calificado de desviación de poder, para producir el efecto anulatorio (STS de 1 de marzo de 2006, RJ 2070).

Esta última circunstancia, ratificada jurisprudencialmente, es determinante de que, por un lado, haya de admitirse que, en aquellos supuestos en que no pueda acreditarse dicha circunstancia o la misma simplemente no concurra, no será posible declarar la nulidad de los actos o disposiciones dictados que amparan lo realizado y declarado no ajustado a derecho por órganos jurisdiccionales. Pero, por otra, a que

³³ Un detallado análisis de los requisitos precisos para dicha declaración de nulidad puede verse en GALAN GALAN, A., “Los poderes del Juez en la ejecución de sentencias: reacción frente a los actos de la Administración o del legislador que tengan como finalidad eludir su cumplimiento”, en el volumen colectivo *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas* (coord. SANCHEZ LAMELAS, A.), Thompson-Aranza-di, Navarra, 2006, págs. 133 y ss.

³⁴ El control de la discrecionalidad del órgano administrativo es aquí esencial para que una modificación no responda a intereses espurios no acordes con el principio del interés general. La STSJ Madrid 1358/2009, de 20 de noviembre, nos precisa cuáles son las exigencias del principio del interés general: “la racionalidad de las nuevas decisiones urbanísticas, la correcta valoración de las situaciones fácticas, la coherencia de la utilización del suelo con las necesidades objetivas de la comunidad, la adecuada ordenación territorial y el correcto ajuste a las finalidades perseguidas, y como afirman las SSTs de 3/enero y 26/marzo/1996, el control jurisdiccional de las facultades discrecionales de la Administración debe encaminarse a examinar “la existencia de un desacomodamiento a lo legal o reglamentariamente dispuesto, una desviación de poder o una arbitrariedad o irracionalidad en la solución propuesta por el plan, ya que en lo demás goza de una entera libertad para elegir la forma en que el territorio ha de quedar ordenado...”

³⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 1998, pág. 1773.

deban aquilatarse aquellos casos en que tales circunstancias se producen y³⁶, con ello, la eventualidad, también establecida en nuestro ordenamiento jurisdiccional, de alegar la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia en los términos, y con arreglo al procedimiento previsto, en el artículo 105.2 LJCA. Que conlleva asimismo, y conviene señalarlo, la preceptiva indemnización³⁷.

Precisamente, y por la eventual concurrencia de dichas circunstancias, es de hacer notar que, como ha puesto de manifiesto SANCHEZ GOYANES³⁸, la aplicación del artículo 103.4 LJCA requiere una adecuada ponderación de los intereses que se encuentran en juego, puesto que expresamente advierte el citado autor de que existe el evidente riesgo, tanto de una jurisprudencia muy restrictiva que convierta en vacío dicho artículo, permitiendo en todo caso y sin restricción la posibilidad de la inexecución de la sentencia y su conversión en una indemnización sustitutoria, ante la aprobación de una nueva norma o acto administrativo, como una interpretación extensiva del mismo que entorpezca decisivamente la consecución de los intereses públicos impidiendo cualquier nuevo acto o norma que incida sobre el mismo supuesto.

Esto conduce ineludiblemente a que hayan de determinarse en qué casos, y con qué requisitos, ello es posible: A este respecto, y para establecer aquellos supuestos en que sí sería posible, a juicio de SANCHEZ GOYANES, es preciso operar de forma negativa –sondeando en la intencionalidad³⁹-, y rastreando lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido a este respecto.

³⁶ Especial incidencia tienen estos supuestos en materia urbanística y es que la aprobación de un nuevo planeamiento no es suficiente razón, por ella misma, para tener por legalizada una obra ejecutada en contra del ordenamiento vigente al tiempo de su construcción. Asimismo, es de señalar que el incidente previsto en el artículo 105.2 LJCA tampoco tiene por objeto declarar legalizada la obra en cuestión, sino que la auténtica finalidad de dicho incidente queda limitada a controlar si resulta ajustada a derecho, y por tanto no intenta eludir el cumplimiento efectivo del fallo, la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia que la Administración que debía hacerlo efectivo alega para dejar sin efecto el mismo.

³⁷ Como es conocido la regla general es que la Administración autora del acto anulado por la sentencia inejecutable es la que debe indemnizar. Sin embargo, cuando existe un particular que se beneficia de la imposibilidad, la regla general puede ceder en determinadas circunstancias. En la STS de 12 de febrero de 2004 se condenó al Ayuntamiento y al promotor beneficiario de la inexecución como responsables mancomunados del coste de la indemnización sustitutoria. El Ayuntamiento reclamó que se imputara la responsabilidad exclusivamente al promotor, por entender que era el único beneficiado, por las ganancias derivadas de las construcciones. Sin embargo, tal y como argumenta el Tribunal, el Ayuntamiento también se beneficia de la inexecución, porque la ejecución hubiese implicado indemnización derivada de la responsabilidad por anulación del acto administrativo que dictó.

³⁸ SANCHEZ GOYANES, E., “Problemática en la ejecución de sentencias urbanísticas”, *Revista de Estudios Locales*, CUNAL, n° 178, 2015.

³⁹ Bien es cierto que JIMÉNEZ BUESO, A., “Modificaciones de planeamiento y ejecución fraudulenta de sentencias en materia de urbanismo”, *Práctica Urbanística*, n° 105, Ed. La Ley, Madrid, Junio 2011, pp. 23-24, sostiene que resulta inadecuado mantener la nulidad del artículo 103.4 LJCA sobre un elemento intencional o subjetivo -la intención de eludir la ejecución de la sentencia- y que el fraude sólo

Completando estos supuestos, de carácter jurídico en su esencia, que se materializan mediante la emisión de actos o disposiciones⁴⁰, el art. 108.2 prevé respecto de las sentencias condenatorias de contenido no pecuniario, y por tanto relativas a una ejecución material, la reposición judicial de la actividad administrativa que contraviene el fallo judicial, con determinación en favor del interesado de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento constatado.

Cabe finalizar este apartado aludiendo a que, tanto respecto de la disposición general del art. 103.4, como para la específica del art. 108.2, el cauce procedimental no va a ser otro que el incidental previsto en el art. 109 LJCA.

debería apreciarse por los tribunales sobre la base de criterios estrictamente objetivos, tales como la falta de motivación del instrumento, la inobservancia de los requisitos exigidos por la legislación sectorial aplicable o el incumplimiento del principio de equidistribución. Este mismo autor se hace eco de los supuestos citados por SANCHEZ GOYANES y que apunta se recogen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2010 (Recurso de Casación núm. 2970/2006).

⁴⁰ Mención aparte merecen aquellas normas, con rango formal de Ley, que amparan la inejecución de sentencias judiciales. Al respecto cabe reseñar aquí la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en sentencia de 24 de abril de 2004 (caso Gorraiz Lizárraga y otros vs. España), que estimó, a propósito de la STC que no existió vulneración, pero recordó su doctrina sobre las intervenciones del Estado mediante la vía legislativa para reorientar una causa que le era desfavorable (casos Stran y Stratis Andreadis vs. Grecia; Papageorgiou vs. Grecia). La propia STC 73/00 había hecho referencia a la jurisprudencia del TEDH en relación con aquellos supuestos en los que se ha dictado una Ley cuyo efecto directo es el de influir en el desenlace judicial de un litigio en el cual el Estado es parte. Y ciertamente, en la STEDH de 23 de octubre de 1997, asunto National and Provincial Building Society y otras c. Reino Unido, se había dicho que el art. 6.1 del Convenio de Roma de 1950 no puede interpretarse en el sentido de que es incompatible con toda injerencia de los poderes públicos en un proceso judicial pendiente. Pero en relación con otros supuestos en los que se dictó una Ley cuyo objeto era impedir la ejecución de un fallo que condenaba al Estado al pago de una indemnización, el mencionado Tribunal, aun reconociendo que la finalidad de la ley era legítima, tras considerar las concretas circunstancias del proceso ha declarado que resulta contradictoria tanto con el principio de “preeminencia del Derecho” consagrado en el art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa como con la noción de “proceso justo” del art. 6.1 del Convenio de Roma de 1950 “cualquier injerencia del poder legislativo en la administración de justicia con la finalidad de influir en el desarrollo judicial de un litigio”, por estimar que en tales supuestos el Estado había intervenido mediante la Ley de forma decisiva para orientar en su favor la solución judicial del caso (Sentencia de 9 diciembre de 1994, asunto Stran y Stratis Andreadis c. Grecia, párrafos 42 a 50, doctrina reiterada en la Sentencia de 22 de octubre de 1997, asunto Papageorgiu c. Grecia).

En el ámbito interno, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de mayo de 2014 –puede verse, asimismo, a STC 92/2013– declara incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las Sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, sobre todo cuando el precepto legal no condiciona la efectividad de la demolición judicialmente acordada al transcurso de determinados plazos para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, sino a su efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada, de suerte que la ejecución de la Sentencia acaba quedando fuera del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE, que resulta igualmente vulnerado. Asimismo, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 254/2015, de 30 de noviembre.

IV. EJECUCIÓN DE CONDENAS PECUNIARIAS

La Ley de 1998 optó, a la vista de la experiencia acontecida con la legislación de 1956 muy austera en la materia (artículo 108), por una regulación más pormenorizada, estableciéndose en la norma dos presupuestos de inevitable concurrencia, a saber: la liquidez y la firmeza a las que ya nos hemos referido.

En esta materia, relativa al régimen de ejecución de las condenas pecuniarias, conviene advertir de que, como es conocido en la ejecución de sentencias que condenan al pago de una cantidad líquida a la Administración, la misma se ve dificultada por dos notas: una primera consistente en un privilegio tradicional, inherente al estatuto constitucional de la Administración pública y de carácter expreso previsto en distintas normas jurídicas, consistente en la prohibición, con carácter general, de despachar mandamientos de embargo contra la bienes y derechos de la hacienda pública; la segunda, de carácter fáctico, que no es otro que la propia solvencia de la Administración que aunque no de forma expresa subyace en la regulación de la ejecución de las condenas pecuniarias contra la Administración al prohibir declarar inejecutables las sentencias de tal naturaleza, admitiéndose únicamente la flexibilización del régimen de cumplimiento en los términos que seguidamente serán objeto de análisis.

1. La medidas tendentes a la agilización de la ejecución de las condenas pecuniarias

Puede decirse que el conjunto de medidas previstas para la ejecución de condenas pecuniarias tiene dos objetivos fundamentales: de un lado, agilizar el pago de la Administración de la cantidad líquida debida; y, de otro, compensar a la parte favorecida por la sentencia frente a los eventuales retrasos no justificados de la Administración por las contradicciones que puedan producirse entre la legalidad administrativa y la presupuestaria que fueron resueltas por el Tribunal Constitucional en forma temprana dejando establecido que “los privilegios que protegen a la Administración no la sitúan fuera del ordenamiento jurídico” (SSTC 32/1982 y 67/1984).

En este sentido, dicha regulación contempla diversas medidas conducentes a obtener dichos resultados. Demos cuenta de las mismas.

a) Carácter ampliable de los créditos presupuestarios a fin de ejecutar el pago (art. 106.1).

El pago de las cantidades debe ajustarse a lo establecido en la legislación presupuestaria lo que tiene como directa consecuencia que estos pagos no se pueden realizar si previamente no hay consignación presupuestaria y, como está establecido

normativamente, esta decisión corresponde en último extremo a la Administración condenada⁴¹.

A fin de salvar dicho inconveniente la ley establece el carácter «ampliable» del crédito presupuestario con cargo al cual deberá acordarse el pago, estableciendo un plazo de tres meses, con carácter preclusivo, para la «conclusión» -que no para la «iniciación» como se contemplaba en el antiguo art. 108 de la LJCA 1956- del procedimiento de modificación presupuestaria a contar desde la notificación de la resolución judicial (artículo 23.3 Ley General Presupuestaria).

b) Devengo de intereses de demora (art. 106.2 y 3).

El devengo de éstos tendrá lugar *ministerio legis* desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en primera o única instancia y «hasta que sea totalmente ejecutada» lo que tiene, como consecuencia directa, que el devengo queda al margen de cualquier apreciación judicial, a no ser en el extremo relativo al incremento del tipo aplicable de apreciarse falta de diligencia en el cumplimiento (art. 106.3)⁴².

Ahora bien, si los intereses establecidos en el apartado 2 se establecen de forma automática lo cierto es que la aplicación del apartado 3, dada la configuración legal efectuada, presenta mayores dificultades de orden probatorio por cuanto se desplaza

⁴¹ En el ámbito local, el artículo 173 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL) establece en su apartado 1 que:

“1. Las obligaciones de pago sólo serán exigibles de la hacienda local cuando resulten de la ejecución de sus respectivos presupuestos, con los límites señalados en el artículo anterior, o de sentencia judicial firme”.

Y en los apartados 3 y 4 del citado artículo se contemplan las siguientes previsiones:

“3. El cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de las entidades locales o de sus organismos autónomos corresponderá exclusivamente a aquéllas, sin perjuicio de las facultades de suspensión o inejecución de sentencias previstas en las leyes.

4. La Autoridad administrativa encargada de la ejecución acordará el pago en la forma y con los límites del respectivo presupuesto. Si para el pago fuere necesario un crédito extraordinario o un suplemento de crédito, deberá solicitarse del Pleno

⁴² Como explicita el ATS 6237/2016, de 24 de junio: TERCERO.- Habida cuenta del tiempo transcurrido desde que se dictó el referido Auto de ejecución de 29 de julio de 2015 no procede acceder a lo solicitado por el representante de la Administración. En dicho Auto se aprobaban cantidades determinadas para la ejecución de la Sentencia de 12 de julio de 2013 y el procedimiento de cálculo de los intereses, por lo que el pago de las cantidades debidas como capital e intereses no requería ningún trámite especial por parte de la Administración que haga que este Tribunal deba requerir información alguna sobre lo que constituye una manifiesta falta de diligencia por parte de la Administración en ejecutar las resoluciones firmes de esta Sala. En consecuencia, se estima la solicitud formulada por Endesa y se requiere a la Administración a la inmediata ejecución de la Sentencia citada en los términos resueltos en el fallo y fundamento de derecho segundo del Auto de 29 de julio de 2015, abonando a la sociedad recurrente la cantidad estipulada como capital con los correspondientes intereses calculados en la forma que se indicaba. Estos intereses quedarán incrementados en dos puntos a partir de la fecha de notificación de este Auto.

al que insta la ejecución la carga de la prueba de la eventual concurrencia de negligencia administrativa en la ejecución, debiendo el juez ejecutor recabar el parecer de la Administración sobre las circunstancias que han provocado la dilación en el pago. En efecto, con la intención de que no se produzca demora alguna la ley prevé el incremento en dos puntos de los intereses moratorios si instándose la ejecución forzosa -lo que podrá tener lugar transcurridos tres meses desde la «comunicación de la sentencia firme» al «órgano que deba cumplirla»-, el juez apreciase que persiste una «falta de diligencia en el cumplimiento».

De esta forma, y desde nuestro punto de vista, los requisitos exigibles para que se produzca el devengo de los intereses incrementados en dos puntos previstos en el apartado tercero requiere de la concurrencia simultánea de dos elementos: un elemento de carácter objetivo consistente en el transcurso del plazo de cumplimiento voluntario; y otro, ahora de carácter subjetivo, relativo a la existencia de una conducta de negligencia, desidia o resistencia por parte de la Administración al cumplimiento de la sentencia que ha de ser apreciada judicialmente.

En cualquier caso, y en relación a este punto, parece claro que se otorga un criterio más favorable a la Administración que a los particulares, de acuerdo con el régimen previsto para éstos en el artículo 576 LECiv que contempla los dos puntos adicionales desde el día a quo de notificación de la sentencia (STS 10 de julio de 1992, RJ 6324), lo que sin embargo no se ha considerado contrario al principio de igualdad por la STC 206/1993, de 22 de junio que justificó, a nuestro parecer sin suficiente fundamento, ese especial régimen, no en la posición preeminente de la Administración, sino en los principios de legalidad y contabilidad pública que condicionan su actuación y obstaculizan su cumplimiento ágil.

c) Compensación de créditos.

De acuerdo con lo establecido en el art. 106.6, que establece que ésta puede ser hecha valer por «cualquiera de las partes» procesales, se prevé la compensación de créditos. Su invocación por el ejecutante supone, como en otros supuestos ya referidos, su articulación por vía de incidente.

Por tanto, y en lo referido a este último supuesto, han de concurrir dos requisitos: el primero, de carácter sustantivo, consistente en que concurren los requisitos generales de la compensación [arts. 1195 y siguientes del Código Civil y 67 y 68 del Reglamento General de Recaudación]; y otro, de carácter adjetivo, consistente en que no haya sido objeto de debate en el proceso declarativo pues, si habiéndose debatido su procedencia en el declarativo no fue acogida por la sentencia, la compensación podría quedar afectada por la cosa juzgada. Distinto sería el supuesto, que no se vería afectado por el principio de preclusión, de que no hubiese sido invocada por haber sobrevenido la concurrencia de sus requisitos legales con posterioridad.

2. Los límites a la ejecución de condenas pecuniarias

Como ya fue referido más arriba el sistema procesal ejecutivo de las condenas pecuniarias viene condicionado por dos consideraciones previas que, sin embargo, están estrechamente relacionadas entre sí: de un lado, la solvencia de la Administración que no la inexistencia de crédito presupuestario como ya hemos referido; de otro, la prohibición legal de embargabilidad de los bienes y derechos de la Hacienda pública.

En relación al primero el art. 106.4 prevé modalidades alternativas de ejecución cuando el cumplimiento de la sentencia pudiera producir a la Administración un «trastorno grave a su Hacienda», manifestación ésta que deberá acompañarse de una «propuesta razonada» que será sometida a consideración de las partes, debiendo resolver el juez en último término sobre «el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla».

Presenta, en esta materia, especial relevancia la determinación de los extremos o factores sobre los que puede versar la propuesta de la Administración. Y al respecto es preciso advertir de dos extremos: en primer lugar, que la flexibilización del régimen de cumplimiento nunca puede suponer la transformación de la prestación debida, no siendo admisibles prestaciones de contenido no pecuniario lo que se ha visto ratificado por la jurisprudencia de nuestros tribunales (STSJ de Madrid de 9 de junio de 2016 (JUR 185389); y, en segundo lugar, que la norma exige una propuesta que sea «razonada», lo que ha de traducirse en que la Administración ha de individualizar los hechos fácticos que justifican el grave trastorno que para la hacienda pública supondría el cumplimiento en sus propios términos del fallo judicial lo que precisará ulteriormente de que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la dificultad en el cumplimiento hecha valer por la Administración, evitando así que la mera invocación de unos supuestos motivos, sin base documental alguna y acreditación de la excepcionalidad, puedan suponer un obstáculo a la plena efectividad del fallo judicial o a que su cumplimiento efectivo se demore en exceso (SSTSJ de Madrid de 19 de marzo de 2014, JUR 197691 y de 20 de octubre de 2015, JUR 308114).

La determinación judicial de la modalidad de cumplimiento es, de nuevo, una cuestión incidental que como tal deberá acordarse previa audiencia de las partes en plazo común que no excederá de veinte días (art. 109.2). De esta forma, entre las modalidades alternativas de cumplimiento del fallo adquieren importancia singular las propuestas de aplazamiento o fraccionamiento del pago. En todo caso, el órgano jurisdiccional puede acoger propuestas formuladas por las propias partes procesales e, inclusive, integrar elementos procedentes de las propuestas formuladas por unas y otras, de forma tal que la reducción de los efectos gravosos que para la hacienda

pública podría tener el cumplimiento inmediato del fallo no se traduzca en una carga en exceso gravosa para la otra parte.

Es preciso referirnos en este punto a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y en la que la Disposición Adicional Primera, que regula la “Financiación de la ejecución de sentencias firmes por parte de las Entidades locales”, permite acudir a los Fondos de Ordenación e Impulso Económico que conforman el Fondo de financiación a entidades locales, regulado mediante Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico lo que aporta novedades en este concreto punto.

El objetivo de este Fondo es dotar a las entidades locales de un mecanismo de financiación adicional y extraordinario de apoyo a la liquidez desde el Estado, en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la LOEPSF, que regula los mecanismos adicionales de financiación para Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales⁴³ y todo ello para evitar, como ya ha acontecido, que la ejecución de sentencias judiciales pueda poner en riesgo la sostenibilidad financiera de la Hacienda Pública lo que se ha considerado motivo suficiente para acceder al fraccionamiento y aplazamiento del pago (STSJ de Murcia de 10 de noviembre de 2016, RJCA 2017, 108).

⁴³ Prevé dicha disposición que:

1. En los supuestos de ejecución de sentencias firmes de los Tribunales de Justicia, las entidades locales podrán incluir las necesidades financieras que sean precisas para dar cumplimiento a las obligaciones que se deriven de las mismas, en los compartimentos Fondo de Ordenación o Fondo de Impulso Económico, del Fondo de Financiación a Entidades locales, si se encuentran en las situaciones descritas en los artículos 39 o 50 del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las Comunidades Autónomas y Entidades locales y otras de carácter económico, siempre que se justifique la existencia de graves desfases de tesorería como consecuencia de aquella ejecución. A estos efectos se entenderá por entidad local la Administración General de la misma, y el resto de entidades, organismos y entes dependientes de aquella, incluidos en el sector Administraciones Públicas, subsector Corporaciones Locales, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

2. Las necesidades financieras citadas en el apartado anterior se incluirán en los compartimentos del Fondo de Financiación a Entidades Locales en los términos que acuerde la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y, en su caso, deberán recogerse en los planes de ajuste que acompañen a las solicitudes de adhesión.

3. Las entidades locales que se acojan a la medida regulada en esta disposición están obligadas a dotar en el proyecto de presupuesto general del ejercicio 2016 el Fondo de Contingencia de ejecución presupuestaria por una cuantía equivalente al 1 por ciento de sus gastos no financieros con el fin de atender posibles obligaciones de pago derivadas de futuras sentencias firmes que dicten los Tribunales de Justicia o necesidades imprevistas e inaplazables. El cumplimiento de este requisito es condición necesaria para la adhesión a los compartimentos del Fondo de Financiación a Entidades Locales.

De otro lado, y como ya mencionáramos, es preciso abordar, asimismo, el privilegio tradicional contenido en la Ley General Presupuestaria, y otras normas, relativo a la inembargabilidad de los bienes y derechos de la Hacienda Pública y la problemática que este comporta en relación al cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de sentencias que contienen una condena pecuniaria para la Administración.

Cabe comenzar aludiendo a que la prohibición de embargabilidad de los bienes de dominio público y comunales, que también está expresamente establecida constitucionalmente (art. 132.1 de la Constitución), requiere de algunas matizaciones. En efecto, ya la Sentencia núm. 166/1998 del Tribunal Constitucional abordó la desaparición de los seculares privilegios de autoejecución e inembargabilidad de los bienes y derechos de las Administraciones Públicas, que implicaban en la práctica (art. 106 del antiguo Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1684/1990) la calificación de éstas como entidades «no apremiables» e «inembargables»⁴⁴. Y en el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 228/1998, de 1 de diciembre (Fundamento Jurídico 3)⁴⁵.

Bien es cierto que la sentencia 166/1998, no abordó un problema de enorme relevancia⁴⁶, a saber: la determinación concreta de los bienes y derechos embargables.

⁴⁴ En efecto, esta Sentencia supuso la desaparición de nuestro ordenamiento jurídico tanto del concepto de entidades «no apremiables» como del privilegio de la inembargabilidad absoluta de los bienes y derechos de éstas: «... el privilegio de inembargabilidad de los “bienes en general” que consagra el art. 154.2 de la Ley de Haciendas Locales, en la medida en que comprende no sólo los bienes demaniales y comunales sino también los bienes patrimoniales pertenecientes a las entidades locales que no se hallan materialmente afectados a un uso o servicio público, no resulta conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 de la Constitución garantiza a todos, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes» .

La doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consecuencia de aquélla, determinaron asimismo la desaparición de nuestro ordenamiento jurídico de la obsoleta terminología derivada del art. 106.3 del antiguo Reglamento General de Recaudación, aprobado por RD 1684/1990, de 20 de diciembre, en el que se hacía referencia a «Entidades públicas que por Ley no puedan ser objeto de apremio»; así, el art. 70.4 del RD 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, hace referencia a la posibilidad de proceder al embargo de los bienes de las referidas entidades.

⁴⁵ No obstante, algunas leyes de las Comunidades Autónomas, mantienen en vigor preceptos que siguen haciendo referencia a la inembargabilidad de la totalidad de los bienes y derechos que integran el patrimonio de dichas administraciones públicas. Muy significativo al respecto es el art. 27.2 del Decreto legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de Andalucía, esto es, aprobado con posterioridad a la modificación de la normativa básica estatal sobre el patrimonio de las administraciones públicas, y en el que, en franca contradicción con lo establecido en aquélla, se declara que los valores, los créditos y demás recursos financieros de la Tesorería General de la Junta de Andalucía se consideraran siempre afectados materialmente a un servicio público o a una función pública y, por tanto, inembargables.

⁴⁶ Puede verse, en torno a este punto, SÁNCHEZ ONDAL, J.J., “Las Entidades Locales como sujetos activos y pasivos de la ejecución de créditos”. http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Entidades-Locales-activos-ejecucion-creditos_11_183805008.html. 04.10.2010 y el detallado estudio de

e, inclusive, complicó considerablemente dicha determinación cuando en su Fundamento Jurídico Noveno se pronunció inequívocamente sobre la inembargabilidad de los fondos públicos de manera contundente e indubitada⁴⁷.

De esta forma, dicha declaración de inembargabilidad de los fondos, junto con la dificultad de concreción de los bienes patrimoniales de las administraciones públicas deudoras susceptibles de ser embargados, se configuraron como los dos grandes obstáculos con los que habrían de enfrentarse los órganos jurisdiccionales para llevar a buen puerto la ejecución de sentencias judiciales que contengan la condena a la Administración por una cantidad líquida. Vayamos por partes.

En primer lugar, y en lo referido a la inembargabilidad de los bienes y derechos de las Administraciones públicas, y muy en especial de las entidades locales, es preciso señalar que no ha sido pacífica, y más bien ha dado lugar a posturas contradictorias de los propios órganos jurisdiccionales sobre todo en lo que se refiere a si han de entenderse o no incluidos los fondos públicos, dicha cuestión. En este sentido, cierta jurisprudencia menor (por todos, el Auto de la A.P de Teruel 76/2004 y el más reciente de la A.P. de Granada 106/2012), optando por una interpretación de nuestro ordenamiento jurídico más favorable a los intereses de las administraciones públicas, calificaría como inembargables los fondos depositados en cuentas titularidad de éstas. De contrario, el TS en varias sentencias - STS de 29 de enero de 1999 y STS de 9 y 18 de febrero de 2005- considera que el dinero de las Administraciones públicas es embargable⁴⁸.

IBAÑEZ LÓPEZ, F Y IBAÑEZ LOZANO, F, “La superación de la doctrina constitucional contenida en la Sentencia 166/1998, de 15 de julio, por lo que se refiere a la inembargabilidad del dinero y ciertos bienes patrimoniales de las administraciones públicas”, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, N° 4, 2016 de cuyo trabajo se toman algunas consideraciones y referencias jurisprudenciales.

⁴⁷ Y es que, ambas SSTC de 1998, justifican la inembargabilidad de dichos fondos al señalar que: «Esta alegación (la relativa a la inembargabilidad de los bienes y fondos públicos alegada por el Abogado del Estado) ciertamente ha de compartirse con lo que respecta a «los derechos, fondos y valores» de la Hacienda local, a los que se refiere el precepto legal antes mencionado. Estos, en efecto, son los «recursos financieros» de la Entidad local, ya se trate de «dinero, valores o créditos» resultantes de «operaciones tanto presupuestarias como extrapresupuestarias», que constituyen la Tesorería de dicha Entidad (art. 175.1 LHL). Y dado que tales recursos están preordenados en los presupuestos de la Entidad a concretos fines de interés general, es evidente que requieren una especial protección legal, tanto por su origen en lo que respecta a los ingresos de Derecho público —la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE)— como por el destino al que han sido asignados por los representantes de la soberanía popular».

⁴⁸ El Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia de 29 de enero de 1999 establece lo siguiente: “QUINTO.- La argumentación, además, contenida en la sentencia recurrida respecto de la “inembargabilidad de los bienes, derechos, valores y fondos públicos, (salvando el art. 132.1 de la Constitución)” como obstáculo al reconocimiento de la posibilidad de utilización del procedimiento de apremio contra las cuentas corrientes del Institut Català del Sòl para la cobranza de los Impuestos Municipales al principio señalados, debe considerarse, asimismo, errónea, tan pronto se tenga en cuenta que, con arreglo a reiterada doctrina constitucional, “el privilegio de la inembargabilidad solo alcanza a los bienes que estén destinados

Bien es cierto que la problemática no quedaba ahí y la discordancia entre las previsiones establecidas en la legislación hacendaria local y las que se contemplan en la legislación patrimonial han mantenido algunas dudas sobre la cuestión⁴⁹. Ello ha provocado nuevos pronunciamientos jurisdiccionales en que, ha de advertirse que aún no de forma definitiva, se ha zanjado la cuestión. De esta forma, y con arreglo a éstos, se confirma que el dinero no forma parte de los bienes y derechos inembargables⁵⁰. Y doctrinalmente, asimismo, se mantienen visiones matizadas sobre este

a la realización de actos “iure imperii”, pero no a aquellos destinados a la realización de actividades “iure gestionis”, porque una interpretación de las normas que condujera a mantener la imposibilidad absoluta de ejecución de las Administraciones públicas debía considerarse vulneradora del art. 24.1 de la Constitución - STC /1992, de 1o de Julio -, y más aún cuando la Norma Fundamental - art. 132.1- solo refiere la inembargabilidad a los bienes de dominio público y a los comunales. Más recientemente, el mismo Supremo Intérprete de la Constitución admite la susceptibilidad de embargo de “bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público” - S.S.T.C. 166/1998, y 211/1998, de 27 de Octubre -, hasta el extremo de considerar inconstitucional en la primera de las dos sentencias acabadas de mencionar el último inciso, “bienes en general”, del ap. 2 del art. 154 de la Ley de Haciendas Locales, precisamente por la amplitud y generalidad de esta expresión y por no incluir la excepción al principio de inembargabilidad que dichos bienes en las expresadas condicionen significaban”.

⁴⁹ En efecto, el artículo 57.2 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, dio una nueva redacción al art. 154.2 LHL, que es la que se ha mantenido en el vigente art. 173.2 del Texto Refundido de la LRHL, aprobado por RD Legislativo 2/2004, de 4 de marzo, según el cual: «Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público”.

Por su parte, y sin embargo, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), establece en su art. 30.3, lo siguiente: «Ningún Tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general». Precepto que se reproduce literalmente en el art. 23.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP).

De esta forma, mientras el art. 173 de la LRHL incluye dentro de los bienes y derechos que no son susceptibles de embargo «los fondos» de la hacienda local; el art. 30.3 de la LPAP no hace referencia alguna a este concepto lo que plantea la problemática de determinar si, en la esfera local (al igual que en el caso de algunas Comunidades Autónomas), puede procederse contra los fondos de estas Administraciones.

⁵⁰ Pueden consultarse, a este respecto dando prevalencia a la previsiones establecidas en la legislación patrimonial, las Sentencias dictadas sobre el particular por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Albacete y Ciudad Real (Sentencias núm. 222/2008 de 17 de noviembre de 2008 y núm. 362/2011 de 16 de diciembre de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete, la Sentencia núm. 161/2012 de 14 de mayo de 2012 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Albacete y la Sentencia núm. 355/2013 de 29 de noviembre de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ciudad Real) en las que según las cuales, «el Art. 3 de la Ley 33/2001, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, define éste como el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquél en virtud del cual les hayan sido atribuidos, pero excluye el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda (...)» (ST AB 362/2011)

discutible problema⁵¹, lo que conduce a que inexorablemente a que sólo quedará solventado este asunto de forma definitiva si eventualmente se planteara una cuestión de inconstitucionalidad respecto de aquellos preceptos que se oponen a la inembargabilidad de los fondos públicos.

de donde hay que concluir que si el dinero no forma parte de los bienes y derechos patrimoniales de las Administraciones Públicas, nunca podrá ser afectado ni formal (art. 30.1 LPAP) ni materialmente (30.3 LPAP) a un servicio público o a una función pública y, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en este precepto, siempre será embargable.

Asimismo, es de señalar que la Sentencia núm. 242/2013 dictada por la Sección 1.ª del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 11 de noviembre en el recurso de apelación interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la núm. 362/2011 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Albacete: «debe rechazarse la existencia de una presunción de inembargabilidad respecto de aquellos bienes que tengan la consideración de patrimoniales y en particular de los saldos que las administraciones públicas puedan tener en entidades bancarias» correspondiendo la carga de alegar y acreditar que se encuentran afectos materialmente a un servicio público a la administración embargada». Añadiendo que «el juego del contenido del art. 2 con la disposición final segunda» de la LPAP, refuerza la aplicación de la doctrina contenida en la STC 166/1998 para realizar una adecuada interpretación de los preceptos de aplicación a la inembargabilidad de los bienes de las Comunidades Autónomas que no han procedido a modificar su normativa propia «en esta materia para adecuarla a la interpretación constitucional del art. 132.1 CE»(...) «sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el particular».

⁵¹ MARTÍN FERNÁNDEZ, J y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “¿Pueden las Entidades locales embargar a otros Entes públicos por impago de sus deudas tributarias?”, *Quincena Fiscal* n.º 17, 2007 opinan al respecto que “entendemos que sólo están sometidos al privilegio de inembargabilidad aquellos recursos que constituyan el Tesoro -en el Estado- o la Tesorería -en las Comunidades Autónomas y Entidades locales- de los Entes públicos”. Y siguen diciendo “Por tanto, debemos acudir, en principio, a los arts. 90 de la LGP y 175 del TRLHL para determinar este ámbito de inembargabilidad. Con arreglo al primero, «constituyen el Tesoro Público todos los recursos financieros, sean dinero valores o créditos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, tanto por operaciones presupuestarias como no presupuestarias». De conformidad con el segundo de los preceptos citados, «constituyen la Tesorería de las Entidades locales todos los recursos financieros, sean dinero, valores o créditos, de la Entidad local, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias». La lectura de ambos preceptos, casi idénticos, podría llevarnos a la conclusión de que cualquier tipo de recurso financiero forma parte de la Tesorería, ya que no se establece ningún tipo de distinción. Sin embargo, entendemos que se trata de una conclusión errónea, lo que se comprueba si se observan cuáles son las funciones atribuidas por la normativa al Tesoro o a la Tesorería. Así, los arts. 91 de la LGP y 177 del TRLHL señalan que su misión principal consiste en la recaudación de los derechos y el pago de las obligaciones, así como la distribución temporal de las disponibilidades dinerarias para la puntual satisfacción de las obligaciones.

La constatación anterior nos lleva a afirmar que sólo pueden considerarse integrantes del Tesoro aquellos recursos financieros con un alto grado de liquidez, característica esencial para poder cumplir las funciones que les encomiendan los preceptos indicados. Esta conclusión se confirma si acudimos al Plan General de Contabilidad Pública, que sólo considera como tesorería las inversiones financieras temporales, mientras que califica como inmovilizado las inversiones financieras permanentes. El criterio para distinguir entre unas y otras consiste en que su vencimiento sea o no superior a un año. Es decir, los recursos financieros que permanecen indisponibles durante el ejercicio presupuestario por tener un vencimiento que excede del mismo no tienen, para esta norma, la consideración de tesorería”.

En segundo lugar, y por otro lado, la legislación patrimonial incluye dentro de los bienes y derechos no susceptibles de embargo, junto con los demaniales (esto es, los afectados al uso general o al servicio público —art. 4.1 y 65 y ss. de la LPAP—), una nueva categoría de bienes y derechos patrimoniales, que no son de dominio público, porque en este caso su embargabilidad estaría prohibida por el artículo apartado 1 de dicho artículo, pero que están materialmente afectados a un servicio público o a una función pública y, por ello, gozan de dicho privilegio. De esta forma, y a salvo de aquellos bienes y derechos que integran el dominio público por estar afectos formal o materialmente a un uso o servicio público o cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, tendrán carácter de embargables el resto de los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones Públicas, siendo, eso sí, que la carga de alegar y acreditar su inembargabilidad va a corresponder a la Administración que lo esgrime frente a la ejecución del fallo.

V. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS NO PECUNIARIAS

Las distintas previsiones realizadas en este aspecto por la legislación de 1998 resultaron, sin duda alguna y como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina más solvente, uno de los aspectos más claramente novedosos, dado que el legislador concretó las medidas judiciales tendentes a su efectividad en defecto de cumplimiento voluntario por parte de la Administración (art. 108). Lo cierto, sin embargo, es que trascurridos veinte años desde su aprobación no puede afirmarse que las adoptadas hayan resuelto, en su totalidad, la problemática que presenta aquellas actuaciones administrativas que, por su naturaleza, no son susceptibles de ser sustituidas por otro sujeto aun cuando se trate de un órgano judicial. Precisamente por la merma de eficacia que en ocasiones puede tener el requerimiento judicial al efecto, el legislador de 1998 estableció medidas que, como las multas coercitivas, tienden a que sea secundado voluntariamente por la Administración.

1. La ejecución de sentencias no pecuniarias

En principio, el sistema procesal ejecutivo establecido reviste una doble vertiente: una de carácter positivo, que es acorde con el carácter sustitutivo de la actividad administrativa, y en la que se prevé la sustitución por los órganos jurisdiccionales, utilizando para ello, sus propios medios o los medios de la Administración demandada o de otras Administraciones (art. 108.1); y una segunda vertiente, en este caso de carácter negativo, en virtud de la cual se proscriben las ejecuciones aparentes y se sanciona la nulidad radical de los actos administrativos contrarios al fallo judicial (art. 108.2).

Respecto de las medidas jurisdiccionales en orden a lograr la efectividad de la sentencia, aspecto positivo que mencionábamos, la norma contempla dos previsiones, de carácter genérico, que permiten diversas modalidades de ejecución según la naturaleza o carácter de la actividad o acto administrativo debidos.

En primer término, se da cobertura a la ejecución en forma específica, por cuanto el órgano jurisdiccional procederá a ejecutar la sentencia a través de sus «propios medios». En defecto de una específica delimitación legal sobre la naturaleza y entidad de dichos medios, en sentido estricto, los medios judiciales no parece que puedan exceder de los oportunos requerimientos de hacer, consistentes en el desarrollo de una actividad prestacional o la emisión de un acto administrativo, pudiendo asimismo instar la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada, o subsidiariamente de otras Administraciones públicas que deberán prestarla «con observancia de los procedimientos establecidos al efecto» [(art. 108.1 a) in fine)].

Sólo cuando la ejecución en forma específica devenga inviable podrá el juez adoptar «medidas de efecto equivalente», entre las que se incluye «la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada». Entre aquellas medidas cobran singular relieve el hacer a costa de la Administración, pero también la sustitución por el órgano jurisdiccional del acto administrativo omitido⁵², aunque la sustitución no podría consistir en la determinación judicial del contenido discrecional de los actos (art. 71.2).

2. La ejecución por equivalencia

La imposibilidad de la ejecución, que habrá de ser necesariamente sobrevenida con posterioridad al fallo judicial (así inclusive lo había establecido con anterioridad a la reforma la STC 41/1993 de 8 de enero), no puede basarse sino en que no es posible jurídicamente una declaración de voluntad judicial contraria al ordenamiento jurídico, o a la realidad material de un estado de cosas⁵³, eso sí sin que una modificación normativa ulterior tenga eficacia para suspender la ejecución del fallo (ATS de 14 de febrero de 1984, RJ 1054). Debe partirse, por tanto, de que estamos frente a una situa-

⁵² Es ilustrativo el auto del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1986 (Ar. 1080) en el que el Tribunal declaró ajustada a Derecho la convocatoria judicial de una sesión extraordinaria para canalizar una moción de censura. Por su parte, la doctrina admite con carácter general el ejercicio de potestades administrativas actuadas desde el órgano judicial (REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «Ejecución de sentencias en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Procedimientos», en *LA LEY*, 1998-3, D-181).

⁵³ Sobre la imposibilidad legal derivada de la derogación sobrevenida de la normativa aplicable al supuesto de hecho, puede consultarse el Auto del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1994 (Archivo La Ley, 1995, 5191). En el mismo sentido, la imposibilidad de ejecutar en forma específica la sentencia firme por causa de la nueva regulación aplicable es corroborada por el Tribunal Supremo en el Auto de 19 de diciembre de 1994 (Ar. 10689).

ción extraordinaria y excepcional del principio general de la ejecución en sus propios términos, carácter excepcional que justifica su aplicación restrictiva en todo caso.

En este sentido resulta ilustrativo el auto del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1992 (La Ley, 1993-5, 4597). que, aun siendo anterior a la propia LJCA, sucesivamente rechaza la imposibilidad material y jurídica de ejecutar la sentencia anulatoria de la adjudicación de unos terrenos municipales, invocada por la Administración con base en la urbanización y adquisición de los inmuebles construidos por terceros de buena fe; en concreto, entiende el Tribunal Supremo que «... la necesidad de llegar a los acuerdos y celebrar los negocios oportunos no es obstáculo para que se deje sin efecto la adjudicación efectuada incurriendo en desviación de poder y para que el Ayuntamiento recupere la propiedad...», reiterando además la doctrina jurisprudencial ya sentada, según la cual «... la existencia de terceros hipotecarios no determina la imposibilidad de ejecución de la sentencia (no siendo) el incidente de inejecución (...) el momento procesal adecuado para pronunciarse sobre la protección hipotecaria y su posible conexión con la subrogación urbanística».

Una vez puesta de manifiesto por el órgano administrativo la imposibilidad de ejecución, que ha de revestir los caracteres de total y absoluta, la apreciación de su concurrencia es de libre valoración judicial y solo de ésta (STSJ de Castilla y León de 17 de julio de 2006, JUR 229615) que lo ha de hacer de forma motivada explicitando los motivos por los que la ejecución en sus propios términos no es posible, de tal manera que el derecho fundamental de los recurrentes quede salvaguardado mediante la ejecución por equivalente pecuniaria o por otro tipo de prestación, debiendo adoptar el juez, en su caso, «las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria». Fórmula legal notoriamente imprecisa y genérica y que entraña, como puede imaginarse, enormes dificultades.

Sin perjuicio de ello, y seguramente por ser consciente de la dificultad apuntada, se prevé la ulterior determinación judicial de la indemnización que proceda «en la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno» (art. 105.2 in fine), aunque ciertamente parece jerarquizarse o, al menos, subordinarse los pronunciamientos judiciales siguientes a la apreciación de la imposibilidad, debiendo procurar el juez la mayor eficacia de la sentencia en lugar de acudir, en forma automática, a la indemnización de los daños y perjuicios⁵⁴. De esta forma, la STS de 26 de mayo de 2008, (rec.

⁵⁴ Es interesante poner de relieve, respeto al derecho indemnizatorio, la diferencia en la redacción del art. 18.2 de la LOPJ y el artículo 105.2 LJCA y que fue objeto de análisis en la STS sentencia de 24 de enero de 2007, (rec. 140/2004), que declaró que «no deja de ser significativo que si bien el artículo 18.2 de la LOPJ), genérico y anterior en el tiempo, se refiere a la indemnización para estos supuestos “en todo caso”, sin embargo, el posterior 105.2 de la LRJCA se refiere al mismo supuesto, para este orden jurisdiccional, señalando su procedencia solo “en su caso”; expresión de la que ya nos hemos ocupado en la STS de 10 de marzo de 2004 en la que se decía que: “(...) Si bien es cierto que no puede afirmarse con carácter absoluto

89/2006), expone que: «Es cierto que, según el tenor de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en los casos de imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia, la existencia de indemnización no es una consecuencia obligada y necesaria, sino que la norma legal, además de facultar al órgano sentenciador para apreciar la concurrencia de las causas de imposibilidad, le faculta también para adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria “fijando en su caso la indemnización que proceda...” (artículo 105.2 citado). La redacción del precepto indica que no es preceptivo que la indemnización exista en todo caso; y, en efecto, no la habrá cuando nadie la solicite”».

En cuanto a la fecha que debe tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización sustitutoria, la STS 19 de diciembre de 2012, (RC 6064/11), reitera que la fecha debe ser la del momento en que se declara la imposibilidad de ejecutar una sentencia y, en cuanto al alcance de la misma, se ha de acreditar ante el órgano judicial los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del fallo y su valoración económica. La jurisprudencia, en este concreto aspecto, tiene admitido como tales los gastos procesales en que haya incurrido el peticionario en la sentencia dictada a su favor y que resultó de imposible ejecución, tales como honorarios de abogado, procurador y de peritos (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2013, (LA LEY 26876/2013). También se pronuncia en este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de febrero de 2015 (LA LEY 15821/2015) que engloba distintos conceptos indemnizables: «Partiendo del contenido del artículo 105 antes transcrito, se viene considerando en la jurisprudencia la procedencia de indemnizar los gastos procesales que le ha ocasionado el litigio, siempre partiendo de la necesidad de acreditar su cuantía; el daño moral derivado de que a pesar de que se cuenta con una sentencia favorable esta no se llevó finalmente a ejecución; y los perjuicios que de la inexecución de la sentencia se le deriven en su esfera patrimonial, en todo caso también acreditados»; y sobre los gastos procesales, señala expresamente: «Así ocurre con los gastos derivados de la existencia de varios litigios, que le han ocasionado la necesidad de pagar a los abogados, procuradores y peritos, cantidades que resultan detalladas para cada uno de ellos en primera instancia, en la ejecución, en el incidente de inexecución, y por la redacción de informes periciales; figuran las minutas y notas de derechos y suplidos; sin que se aprecie que sean cantidades

que las sentencias meramente declarativas o constitutivas no puedan ser objeto de ejecución forzosa, sí lo es que su ejecución reviste ciertas peculiaridades que no es posible ignorar. La ejecución es posible en aquellos casos en que, simultáneamente con la declaración de nulidad o anulabilidad del acto, se produce el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y sea preciso adoptar las medidas legales necesarias para que ese reconocimiento resulte efectivo, o las indemnizaciones sustitutorias pertinentes en el caso de que no fuese material o legalmente posible efectivizar el reconocimiento; y a esa misma conclusión hemos de llegar (Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2.001) cuando la efectivización del fallo requiera una actividad ejecutiva de cualquier clase que sea».

excesivas; y siendo cierto que ejercitó sus acciones voluntariamente, también lo es que a ello responde el derecho a la tutela judicial efectiva».

Todo este conjunto de cuestiones debe ser objeto de análisis por el órgano jurisdiccional y por lo tanto conducen a una interpretación mucho más amplia que la regulada en la LEC, debiendo ponderar el órgano jurisdiccional, en cada caso, si existe o no pronunciamiento ejecutable.

Desde el punto de vista procedimental, la decisión judicial sobre la concurrencia de la imposibilidad de ejecución debe ser adoptada por vía incidental (art. 109.1), con audiencia de las partes y de quienes el juez ejecutor considere interesados, bien es cierto que ha sido criticado por la doctrina, muy singularmente LOZANO CUTANDA⁵⁵, el reconocimiento en exclusiva al representante procesal de la Administración de legitimación para plantear el incidente que parecía haberse superado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de lo previsto en la legislación anterior (Auto de 21 de marzo de 1988, RJ 2241).

Respecto de la expropiación de los derechos e intereses legítimos reconocidos en sentencia por causa de utilidad pública o interés social, el art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial legitimó dicha declaración gubernamental, si bien no individualizó las situaciones jurídicas que podían cobijarse al amparo de tales títulos lo que fue objeto de crítica por la doctrina por entenderla más regresiva que la situación anterior⁵⁶. El legislador de 1998, en aras de la seguridad jurídica y como garantía de los administrados, enumera las situaciones jurídicas que son presupuesto de la misma, a saber: el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el temor fundado de guerra y el quebranto de la integridad del territorio nacional (art. 105.3), supuestos estos dos últimos de difícil inteligencia pues resulta complicado, al menos, que de la ejecución de una sentencia puedan derivarse tales efectos. El legislador huye deliberadamente así, como señaló oportunamente GONZÁLEZ PEREZ, de la posible alteración del «orden público», evitando así que su indeterminación conceptual pueda servir de pretexto gubernamental para «pisotear la Ley y el Derecho»⁵⁷.

En contraposición al carácter objetivo que reviste la imposibilidad material o jurídica de la ejecución, en la potestad expropiatoria subyacen consideraciones de oportunidad política, y más concretamente, de política exterior y de seguridad nacional. Igualmente, frente a la apreciación judicial de la imposibilidad de la ejecución,

⁵⁵ LOZANO CUTANDA, B., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 1999.

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2000).

⁵⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 2016, pág. 737.

la expropiación procede *ab initio* con base en una declaración gubernamental -ya del Gobierno nacional o el autonómico-, si bien respecto de la afectación del ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos se impone el control judicial *a posteriori*, tanto del peligro cierto de alteración grave de su ejercicio como, en su caso, de la determinación de la indemnización compensatoria derivada de la expropiación, pues no otro sentido puede tener la previsión legal según la cual, el «juez o Tribunal... apreciará, además, la concurrencia de dicho motivo» (art. 105.3. *in fine*).

Desde el punto de vista competencial la Ley introdujo como novedad, respecto de la normativa anterior, la posible declaración expropiatoria del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma cuando estando involucrada la afectación del ejercicio de derechos y libertades de los ciudadanos, el acto o la disposición impugnados proviniera de los órganos de la Administración autonómica o de las Entidades locales, así como de Entidades de Derecho público y Corporaciones dependientes de aquéllos. Se excluyó pues, a mi juicio sin ninguna justificación, a los entes locales de dicha posibilidad que deberán instarlo a los órganos de gobierno autonómicos.

Finalmente la Ley, tratando de evitar cualquier maniobra elusiva por parte de la Administración, establece un plazo preclusivo a la declaración expropiatoria: dos meses desde la comunicación judicial de la sentencia. Y comunicada dicha imposibilidad el juez o Tribunal señalará por la vía incidental la indemnización que corresponda a los afectados.

En cuanto a la declaración judicial de nulidad de los actos y disposiciones contrarios al fallo judicial, entendemos que debe concluirse asépticamente del análisis del contenido de aquellos, obviando cualquier toma en consideración del elemento culpabilístico por parte de la Administración, y correlativamente, relegando al interesado de la carga de su prueba. En consonancia con tal declaración el juez deberá «reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento» (art. 108.2), los cuales eventualmente, podrán derivarse no sólo para el ejecutante, sino para cualesquiera otros interesados a la vista del contenido material de los actos y disposiciones que se anulan.

Aunque en aras de la más expeditiva efectividad de la sentencia la ley prevea la sustanciación de la pretensión de nulidad por el trámite incidental, no podemos desconocer que se trata de una pretensión impugnatoria de carácter autónomo que, como tal, excede el ámbito de la competencia funcional del juez ejecutor (art. 7.1), obligando a conjugar *ex novo* las normas generales de competencia objetiva y territorial; de ahí, que la ley confirme la competencia del órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución, a menos que «careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley» (art. 103.5 *in fine*).

3. Medidas compulsivas tendentes al cumplimiento del fallo en obligaciones no pecuniarias

El legislador de 1998 contempló diversas medidas, de carácter compulsivo, dirigidas a que la Administración cumpliera en forma estricta lo dispuesto en el fallo, de la sentencia. Su origen precisamente se encuentra, como destaca GONZÁLEZ PÉREZ, en las prerrogativas de la Administración que dificultan la ejecución procesal y que aconsejaron la adopción en las legislaciones contencioso-administrativas de los países de nuestro entorno de medidas indirectas para posibilitar el cumplimiento efectivo de las sentencias⁵⁸.

Sin perjuicio de las que se prevén específicamente, con carácter imperativo dado el verbo utilizado por la norma, para condenas en que se establece el pago de una cantidad a las que nos referimos, en este momento analizaremos las que, con carácter general, se contempla para todo tipo fallos –ya que la norma no realiza distinción alguna– aunque específicamente, y por su naturaleza, más propias para fallos en que se contemplen medidas no pecuniarias, a saber: de un lado, la imposición de multas coercitivas; y, de otro, el libramiento de testimonio al juez penal para que eventualmente se deduzcan responsabilidades penales. Bien es cierto que el artículo 112 no excluye otras consecuencias del incumplimiento o cumplimiento indebido del fallo como las responsabilidades patrimoniales que se derivasen del mismo lo que conlleva una remisión a la legislación de régimen jurídico y procedimental común.

Como, en su momento, puso de manifiesto SENÉS MOTILLA las multas coercitivas y el testimonio judicial presentan notables diferencias, tanto en lo que se refiere a su naturaleza jurídica y contenido, como en lo atinente a su finalidad⁵⁹. En cualquier caso, lo cierto es que no se trata de medidas sustitutivas de lo previsto en el fallo sino que, por el contrario, se dirigen precisamente al cumplimiento de lo previsto en el mismo. Cabe señalar, asimismo, que aun cuando la norma no otorga preferencia alguna a una medida o a otra cabe deducir, a tenor del artículo 48, que en primer término habrán de imponerse las multas coercitivas y, si se sigue desa-

⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2016: 1019).

⁵⁹ SENÉS MOTILLA, C., “La ejecución de sentencias en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Tomo VI, 1998 para quien en rigor, sólo las multas coercitivas constituyen un mecanismo compulsivo proclive al cumplimiento de la sentencia por las autoridades, funcionarios o agentes previamente requeridos y apercibidos judicialmente; no así, el libramiento al juez penal del testimonio de particulares por presunta desobediencia judicial (art. 410.1 del Código Penal) que supone el cumplimiento por el juez contencioso-administrativo del deber de promover la perseguibilidad de los ilícitos penales de que tenga conocimiento (art. 162 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En este sentido, baste reparar en el ámbito competencial que incumbe al juez de lo contencioso en uno y otro caso como confirmación de lo que decimos; así, a la determinación judicial de la *procedencia, frecuencia y cuantificación* de la multa coercitiva, se contraponen la mera deducción del tanto de culpa, sin que la apreciación del juez de lo contencioso tenga valor prejudicial alguno en el juicio Jurisdiccional penal.

tendiendo los requerimientos, proceder por parte del Juez o Tribunal, pues no otro sentido parece que ha de darse al apartado 10 del artículo 48 al prever que impuestas las tres primeras multas coercitivas sin lograr que se remita el expediente completo, a poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de seguir imponiendo nuevas multas y exigir que el requerimiento cuya desatención pueda dar lugar a la tercera multa coercitiva contenga el oportuno apercibimiento. Es relevante asimismo recordar que la imposición de multas coercitivas, reiteradas en el tiempo, no participa de la naturaleza sancionadora, si bien no es menos cierto que debe regirse por los principios propios de éstas en consideración a la finalidad que persiguen.

La adopción de las mismas se condiciona, amén del ya expuesto de deducción del tanto de culpa, por la norma a tres requisitos: en primer término, que hayan transcurrido los plazos para el total cumplimiento del fallo; el segundo, relativo a que se realice un previo apercibimiento; y, por último, la audiencia de las partes.

Respecto del primero, es preciso remitirse a lo dispuesto en el artículo 104 y así habrán de transcurrir dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo.

En cuanto al segundo, el mandato debe ser expreso, terminante, claro, obligatorio y de cumplimiento posible. Si la orden es de cumplimiento imposible, no se cumple la finalidad ya que el deber de obedecer sólo surge cuando los mandatos reúnen las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el incumplimiento de lo ordenado por imposibilidad de la obligación no supone delito de desobediencia ni puede ser presupuesto de hecho para la imposición de multas coercitivas. Si la obligación es originariamente imposible (porque no es competencia del órgano), o deviene imposible con el tiempo (porque la persona ha dejado de ostentar el cargo) no se reúnen los requisitos necesarios para la adopción de las citadas medidas en forma individualizada.

Respecto del tercero, es importante señalar la importancia de que el mismo se dirija, no con carácter genérico a la Administración, sino específicamente al órgano encargado de la ejecución del fallo a fin de evitar que las mismas se dicten inaudita parte, y sin posibilidad por tanto de alegaciones por la ejecutada ni por terceros que posiblemente resultarán afectados, toda vez que, como destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de febrero de 2001 (recurso nº1598/1998): “Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Ello impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal, que asegure, en

la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa. Este deber de diligencia tiene especial importancia en el proceso de ejecución, pues el derecho a la tutela judicial efectiva habilita a quienes ostente algún derecho o interés legítimo, que pueda verse afectado, para comparecer y actuar en el procedimiento, aunque no hubiera sido parte en el proceso principal, y a este fin los art. 270 LOPJ y 2602 LECivil exigen que las resoluciones judiciales se notifiquen no sólo a las partes procesales sino también a las personas a quienes se refieran o puedan parar perjuicio”.

En relación a la imposición de multas pecuniarias, la Ley no establece criterio alguno a fin de modular la cuantía de la multa, previendo su oscilación entre 150 y 1500 euros hasta la completa ejecución de la sentencia, lo que lleva a que la discrecionalidad otorgada por la norma deba equilibrarse con la apreciación del órgano jurisdiccional de «la resistencia al cumplimiento» por parte del órgano encargado de la ejecución de la sentencia lo que habrá de calibrarse en la audiencia previa a la decisión judicial sobre la imposición de la multa.

La imposición de estas multas, por expresa remisión de la Ley, se rige por lo dispuesto en el artículo 48 para las multas procedentes por la falta de remisión del expediente administrativo. En este sentido, les será de aplicación la frecuencia con que deberá reiterarse la multa hasta el cumplimiento de lo requerido (veinte días); la responsabilidad pecuniaria inmediata de la Administración -que deberá hacer frente al pago de la multa- en defecto de la individualización de la autoridad o empleado responsable del incumplimiento; la impugnación judicial frente a su imposición («audiencia en justicia»); y, por último, la exacción de la multa por la vía de apremio.

En cuanto al apercibimiento de deducir testimonio de particulares al juez penal, al ser reiteradamente desatendido el requerimiento judicial (artículo 410 CP)⁶⁰,

⁶⁰ Cabe remitirse aquí, en cuanto a los requisitos del tipo, a la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 14 de septiembre de 2006 (ARP 2007, 217). Más recientemente la Sentencia 40/2015, de 4 de noviembre de la Sección 1º de la AP de Lleida advierte, sin embargo, que: «A mayor abundamiento debemos señalar que no siempre que una sentencia o resolución judicial resulte incumplida por el obligado a ello, nos encontramos ante un ilícito penal, pues para el caso de que una resolución no sea cumplida de forma voluntaria, la Ley prevé medidas de ejecución forzosa, antes de que tal incumplimiento pueda considerarse constitutivo de delito. En definitiva, la legitimación de la intervención del Derecho Penal ha de estar basada en la presencia de comportamientos que denoten o lleven implícito un plus de gravedad, pues el citado derecho no puede convertirse en un instrumento sancionador de conductas, cuyos remedios, prevén las leyes procesales en vía civil, con posibilidades reales de garantizar una tutela suficiente al ejecutante, pues en caso contrario se menoscabaría el principio de intervención mínima de dicho sector del ordenamiento jurídico».

De esta forma, como destaca GONZALEZ PÉREZ, J. (2016:1050), así configurado el tipo, que en la jurisprudencia exige una abierta negativa, es complejo que se condene ya que lo normal será una actitud pasiva pero no negarse abiertamente a ejecutar lo dispuesto en la sentencia. Pueden verse, asimismo, las SSTs de 16 de marzo de 1993 (RJ 2311) en la que se condena a un Alcalde que no solo omitió el cumpli-

como ha señalado SENÉS MOTILLA, la disparidad institucional entre la imposición de multas coercitivas y ésta hace inviables jurídicamente algunas previsiones legales, tales como el «previo apercibimiento» del Secretario judicial, que si bien tiene sentido respecto de una multa coercitiva - por cuanto puede bastar para forzar el cumplimiento voluntario de la Administración-, carece de sentido respecto del deber de denunciar un hecho que reviste caracteres de delito, pues en modo alguno dicho apercibimiento constituye un requisito de procedibilidad para proceder penalmente. Lo mismo puede decirse, aunque de forma parcial, respecto de la previa audiencia a las partes, que sirviendo a la apreciación judicial de los factores que permiten individualizar la multa, sólo tiene sentido respecto del delito de desobediencia con el fin de vislumbrar la «abierta negativa» a dar cumplimiento a la resolución judicial⁶¹.

VI. LA EJECUCIÓN IMPROPIA

El art. 107 LJCA aborda lo que se viene denominando «ejecución impropia» de aquellos fallos, de carácter declarativo, a los que nos referimos con anterioridad; ejecución impropia que pasa sencillamente por la inscripción registral y la publicación del fallo en los términos que a continuación se desgranarán y que no implican, en principio, estrictamente una actividad ejecutiva. Como ya señalamos, asimismo, no es dable concluir que en estos supuestos se excluye de forma absoluta una actividad judicial de estricta ejecución pues, como se razona, en la Sentencia de 2 de marzo de 2016 (Rec. 1626/2015) puede haber supuestos en que el cumplimiento de una sentencia que anula un acto o una disposición de carácter general no se agote con su publicación (cabe mencionar a título de ejemplo aquéllos en que se actúan potestades regladas y no discrecionales), y habrá de estarse siempre a las circunstancias de cada caso y en particular a los términos del fallo que hay que ejecutar teniendo en cuenta que la prohibición establecida en el artículo 71.2 LJCA opera como es lógico no solo al dictarse la sentencia sino también a la hora de ejecutarla.

En lo que se refiere a la primera de las previsiones, la inscripción registral y publicación de sentencias anulatorias de actos administrativos singulares, referidos ambos supuestos estrictamente a actos administrativos de carácter singular, la regla general establecida es que si la sentencia anula total o parcialmente un acto impugnado el órgano judicial —en concreto el Secretario Judicial—, y siempre a instancia de parte podrá adoptar dos clases de medidas: de una parte, la inscripción del fallo en los registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado; y, por otra, su

miento sino que, asimismo, indujo a adoptar determinados acuerdos elusivos del cumplimiento íntegro y efectivo y la de 6 de febrero de 2006 (RJ 367) en que los concejales, advertidos por el Alcalde, adoptaron acuerdos dirigidos al incumplimiento.

⁶¹ SENÉS MOTILLA, C. (1998).

publicación en los periódicos oficiales o privados siempre que concurra causa bastante para ello. En ambos casos a costa de la parte ejecutada, pero además, en el supuesto de su publicación en periódicos privados, se somete a su vez a un requisito añadido que consiste en la necesidad de acreditar ante el órgano judicial de la presencia de un interés público que justifique la publicación.

Se trata, pues, con la primera medida relativa a la inscripción, de acceder al Registro al que tuvo acceso el acto, ya se trate de dar acceso al fallo de la sentencia a aquellos Registros en los que figurase inscrito el acto anulado, ya fuera de aquellos Registros a los que se hubiese denegado la inscripción, bien por el propio responsable del Registro, bien por negarse a realizarla la Administración autora⁶². Y aun cuando la LJCA no lo contemple expresamente se han de entender incluidos aquellos Registros a los que dicho acto debió haber accedido.

En cuanto a la segunda medida de las previstas, la publicación del fallo en periódicos oficiales y privados, la LJCA lo condiciona, utilizando conceptos jurídicos indeterminados⁶³, a dos requisitos: el primero, de carácter general y de aplicación por tanto a la publicación en medios oficiales y privados, a que concurra causa bastante para ello lo que parece ha de traducirse, con carácter general, en que, cuando el fallo de la sentencia hubiese anulado actos o disposiciones con efectos negativos en la esfera personal o profesional de los que fueron parte en el proceso, se restablezca la honorabilidad o prestigio de éstos y, en caso de que se tratase de terceros que no fueron parte en el proceso, que los mismos tengan acceso al fallo que protege sus intereses mediante la publicación del mismo; el segundo, de nuevo con la atribución al órgano judicial de una amplia discrecionalidad, para como hemos dicho publicarse en medios privados cuando concurra no solo causa bastante, sino además que concurra un interés público, es decir, que existan razones suficientes para estimar que el fallo de la sentencia ha de tener, por su trascendencia, público conocimiento.

No contempla la norma requisito alguno procedimental para proceder a la adopción de dichas medidas ya que, ni se establece plazo alguno, a salvo de que se exprese en la sentencia o en el auto de ejecución, para efectuarlo lo que puede tener especial relieve para satisfacer la finalidad que se persigue, ni se imponen cargas procedimentales que, como la audiencia a la Administración ejecutada, cobran especial sentido ya que ésta ha de hacerse cargo de los gastos que se generen.

⁶² En realidad, y como puntualiza FERNANDEZ VALVERDE, R., “Urbanismo y ejecución de sentencias”, en el volumen colectivo *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas* (coord. SANCHEZ LAMELAS, A.), Thompson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 88, aunque el precepto utilice la expresión “inscripción”, el mismo, no obstante, no puede ser entendido en términos estrictos de carácter registral, sino en un sentido amplio y con independencia de los efectos que el fallo pudiera producir en el ámbito del registro de que se trate.

⁶³ Puede verse a este respecto GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2016: 1019).

Por último, y en lo que se refiere a sentencias cuyos fallos dispusiesen la nulidad de actos administrativos generales o disposiciones administrativas de carácter general, el artículo art. 107 LJCA, reiterando en forma innecesaria lo ya establecido por el artículo 72.2 LJCA salvo el plazo establecido para ello, establece que el órgano judicial ordenará de oficio la publicación, en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia que disponga tal conclusión anulatoria lo que encuentra su natural razón de ser, tanto en la protección de los derechos e intereses legítimos de terceros que no fueron parte del proceso, como en el de que una anulación de una disposición administrativa de carácter general y su correlativa expulsión del ordenamiento jurídico implica, se quiera o no, una modificación de éste que, precisamente por ello, justifica su general conocimiento mediante su publicación en el diario oficial que corresponda.

Bien es cierto que, sentada esa primera afirmación, también ha de advertirse que el alcance de las declaraciones de nulidad de pleno derecho que pueden hacer los tribunales en estos supuestos no es absoluto. Si como sabemos, y atendiendo a la doctrina establecida con carácter general, dicha especie de nulidad tiene efectos *ex tunc*, es decir, que los efectos de la nulidad no se producen a partir de su declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula afectando, por tanto, a todas las actuaciones que amparadas en la misma se hubiesen producido⁶⁴, no debe dejar de ponerse de relieve en este punto que dicha inicial conclusión se ha visto atemperada por la propia jurisprudencia.

De esta forma, y limitando los efectos de la declaración de nulidad de pleno derecho, también la jurisprudencia ha declarado la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula (que resultaban intangibles pese a la declaración de nulidad de aquella), equiparando la anulación a la derogación, en que los efectos son “*ex nunc*” y no “*ex tunc*”, si bien sólo respecto a los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición

⁶⁴ La Sentencia de 2 de marzo de 2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; RJ 2015\1782) reitera, con referencia a la jurisprudencia ya existente en la materia, que: «Esta sentencia estima el contencioso-administrativo con base en reiterada jurisprudencia de esta Sala -así sentencias de 8 de abril (RJ 2010, 2775) y 21 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5191) y 15 de junio de 2012 (RJ 2012, 9102) – que en esencia, declararon que (1) los planes de urbanismo son disposiciones de carácter general, esto es, son normas con rango reglamentario, de modo que no puede resultar de aplicación el artículo 67 de la Ley 30/1992, (2) los vicios de los que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena, respecto de los cuales carece de fundamento la convalidación, (3) los vicios de invalidez en que pueden incurrir las disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena, y (4) la nulidad de pleno derecho no admite convalidación, pues no se trata de un simple supuesto de anulación sino de nulidad con efectos *ex tunc*. En definitiva, se trata de los efectos lógicos de la declaración de nulidad de pleno derecho de una disposición reglamentaria.

general [puede verse a este respecto las Sentencias dictada por el Tribunal Supremo de fechas 31 de enero de 2000 (RJ 2000, 1929) y 19 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1302), rec. 6157/2008]⁶⁵. Excepción, esta última, fundamentada en el principio de seguridad jurídica, que implica una limitación temporal de los efectos ex tunc para evitar los efectos retroactivos sobre situaciones jurídicas consolidadas. Y excepción que hoy encuentra apoyo inequívoco en el artículo 73 de la LJCA⁶⁶.

⁶⁵ La STS de 17 de junio de 2009 (RJ 2009, 5785) (rec. n° 5491/2007), haciendo suyo lo declarado en la STS de 4 de enero de 2008 (RJ 2008, 1587), dispondrá que: «Ciertamente, esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, interpretando antes lo establecido en los artículos 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 86.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, y ahora lo dispuesto en los artículos 102 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, y 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo 29/1998, ha declarado que por razones de seguridad jurídica se atempera el principio de eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de las disposiciones de carácter general respecto de los actos administrativos que hubiesen adquirido firmeza con anterioridad a que la sentencia anulatoria de aquellas disposiciones alcanzase efectos generales (Sentencias, entre otras, de fechas 26 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1391), 28 de enero y 23 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9767), 24 y 26 de julio de 2001 y 14 de julio de 2004 (RJ 2004, 5602), y concretamente se ha declarado que la anulación de los instrumentos de planeamiento deja a salvo las licencias firmes (*Sentencia de fecha 8 de julio de 1992 (RJ 1992, 6157)*)).»

⁶⁶ En efecto dicho precepto establece que: “Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto suponga la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGUREN PÉREZ, I. Y GONZALEZ RIVAS, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2ª Edición, Thompson-Civitas, Navarra, 2008.

BELTRAN DE FELIPE, M., *El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de las Administración*, Madrid, Civitas, 1995.

BERROCAL ACEDO, A., “¿Integra el artículo 108.3 LJCA un supuesto de suspensión de la ejecución de sentencia?”, *Actualidad administrativa*, N° 2, 2018.

FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Madrid, Iustel, 2007.

FERNANDEZ VALVERDE, R., “Urbanismo y ejecución de sentencias”, en el volumen colectivo *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas* (coord. SANCHEZ LAMELAS, A.), Thompson-Aranzadi, Navarra, 2006.

GALAN GALAN, A., “Los poderes del Juez en la ejecución de sentencias: reacción frente a los actos de la Administración o del legislador que tengan como finalidad eludir su cumplimiento”, en el volumen colectivo *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas* (coord. SANCHEZ LAMELAS, A.), Thompson-Aranzadi, Navarra, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas. Madrid, 2000.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

GONZALEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 2016, pág. 1045.

GONZALEZ VARAS-IBAÑEZ, S. *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa : (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, adaptados a la nueva concepción subjetiva, Madrid, Tecnos, 1999.

IBAÑEZ LÓPEZ, F. Y IBAÑEZ LOZANO, F., “La superación de la doctrina constitucional contenida en la Sentencia 166/1998, de 15 de julio, por lo que se refiere a la inembargabilidad del dinero y ciertos bienes patrimoniales de las administraciones públicas”, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, N° 4, 2016.

JIMÉNEZ BUESO, A., “Modificaciones de planeamiento y ejecución fraudulenta de sentencias en materia de urbanismo”, *Práctica Urbanística*, n° 105, Ed. La Ley, Madrid, Junio 2011.

LÓPEZ GIL, M., *Avances en la ejecución de sentencias contra la Administración*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2004.

LOZANO CUTANDA, B., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 1999.

MARTÍN DELGADO, I., *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, Madrid, Iustel, 2006.

MARTÍN FERNÁNDEZ, J y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “¿Pueden las Entidades locales embargar a otros Entes públicos por impago de sus deudas tributarias?”, *Quincena Fiscal* n.º 17, 2007.

MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, Madrid, Wolters Kluwer, 1989.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A., “Tutela judicial efectiva e imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009.

REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «Ejecución de sentencias en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Procedimientos», *Diario La Ley*, 1998-3, D-181.

SANCHEZ GOYANES, E., “Problemática en la ejecución de sentencias urbanísticas”, *Revista de Estudios Locales*, CUNAL, n.º 178, 2015.

SENÉS MOTILLA, C., “La ejecución de sentencias en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Tomo VI, 1998.

SUAREZ GARCÍA, J., “Algunos ejemplos prácticos de la difícil ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, en el volumen colectivo *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas* (coord. SANCHEZ LAMELAS, A.), Thompson-Aranzadi, Navarra, 2006.

Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad Administrativa

Gabriel Doménech Pascual

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DOS CUESTIONES PREVIAS. 1. El deber de tomar la mejor decisión posible para el interés público. 2. El concepto de discrecionalidad. La discutible teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. III. JUSTIFICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. 1. Costes de la discrecionalidad administrativa. A) Reducción de los beneficios del control judicial de la actividad de las Administraciones públicas. a) Corrección de ilegalidades. b) Prevención de ilegalidades. B) Incremento del riesgo de decisiones desviadas. 2. Beneficios de la discrecionalidad administrativa. A) Reducción de los costes del control judicial. a) Costes de procedimiento. b) Costes de los errores judiciales. B) La discrecionalidad administrativa como instrumento de minimización del riesgo de errores. C) La discrecionalidad administrativa como instrumento de legitimación. IV. EL ALCANCE ÓPTIMO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y, POR ENDE, DE SU CONTROL JUDICIAL. 1. Factores determinantes. 2. El factor estratégico. 3. Poderes del juez frente a las decisiones administrativas ilegales. V. UNA TEORÍA SUSTANCIALMENTE ACORDE CON LA JURISPRUDENCIA. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo esboza, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, una teoría general acerca del control judicial de la discrecionalidad administrativa que permita responder a tres cuestiones fundamentales: por qué, en determinadas circunstancias, los Tribunales deben reconocer un margen de discrecionalidad a las Administraciones públicas cuando revisan las decisiones de éstas; en qué circunstancias deben reconocerlo; y cuáles son los límites que lo definen. A estos efectos, el trabajo analiza los costes y beneficios sociales de esa discrecionalidad, y señala algunas variables de los que ambos dependen y que, por consiguiente, permiten determinar en cada caso hasta qué punto la misma está justificada.

PALABRAS CLAVE: justicia administrativa; control judicial; discrecionalidad administrativa; análisis económico del Derecho.

ABSTRACT: This paper presents, from a law and economics perspective, a general theory on judicial review of administrative discretion. This theory allows answering at least three questions: (i) What is the rationale of administrative discretion? (ii) Under which circumstances should administrative authorities enjoy it? and (iii) Which is the optimal scope of that discretion? With that purpose, the paper analyzes the social costs and benefits of administrative discretion, which determine whether and to what extent it is justified in each case.

KEY WORDS: judicial review; administrative discretion; law and economics.

I. INTRODUCCIÓN

Seguramente no exista en el ámbito del Derecho administrativo un problema que tenga una superior relevancia práctica, sobre el que se haya escrito una mayor cantidad de páginas y que haya dado lugar a discusiones doctrinales más encendidas que éste. El control judicial de la discrecionalidad administrativa es «el gran tema»¹ para todos los que nos dedicamos a aplicar o estudiar esta rama del ordenamiento jurídico. Un tema que inexorablemente nos sale al paso una y otra vez, especialmente en los casos trascendentes, difíciles y controvertidos, que carecen de una solución evidente.

Es probable que las controversias suscitadas obedezcan en gran medida a que se trata de un problema ineluctablemente difícil, que no se deja resolver con reglas claras y sencillas, cuyas condiciones de aplicación pueden ser definidas de manera precisa e inequívoca. Pero, en nuestra opinión, también ha influido el hecho de que las construcciones doctrinales que hace décadas se elaboraron sobre el particular y que todavía hoy ocupan una posición dominante en el seno de la comunidad jurídica española presentan notables insuficiencias, especialmente a la hora de responder a tres cuestiones clave: (i) porqué, en determinadas circunstancias, los Tribunales deben reconocer cierto margen de apreciación o discrecionalidad a las Administraciones públicas a la hora de revisar la legalidad de las actuaciones de éstas; (ii) en qué casos deben reconocerlo; y (iii) cuáles son los límites del mismo y, por lo tanto, cuándo puede afirmarse que la Administración los ha rebasado o, por el contrario, se ha mantenido dentro de ellos.

En el presente trabajo se intenta ofrecer una respuesta a estas cuestiones y a otras conexas desde una *perspectiva económica*, esto es, a la vista de las consecuencias que pueden derivarse de cada una de las posibles soluciones y, en particular, de los costes y beneficios que para la sociedad cabe esperar de ellas. Interesa resaltar que el enfoque aquí adoptado es primariamente *prescriptivo*. Nuestra preocupación principal

¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2012, p. 144).

es determinar cómo deberían actuar los jueces frente al fenómeno de la discrecionalidad administrativa. No tratamos de averiguar, pues, cómo actúan realmente aquí, sin perjuicio de que hagamos algunas observaciones al respecto.

II. DOS CUESTIONES PREVIAS

1. El deber de tomar la mejor decisión posible para el interés público

En España, la teoría de la discrecionalidad administrativa se ha elaborado desde la perspectiva del control judicial. Ello ha propiciado que se haya producido una identificación entre las normas jurídicas que la Administración ha de observar en el ejercicio de sus potestades discrecionales y las normas cuyo cumplimiento por parte de ésta los Tribunales han de verificar al revisar dicho ejercicio². El control judicial llega hasta donde alcanza el Derecho, que termina donde comienza la discrecionalidad administrativa, el espacio decisorio en el que los jueces no pueden inmiscuirse porque no hay criterio jurídico alguno que permita seleccionar entre las alternativas allí existentes.

La consecuencia natural es que, siempre que se mantenga dentro de ese espacio delimitado externamente por el Derecho, la Administración puede adoptar *cualquier decisión*. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, seguramente los más destacados artífices de esa concepción teórica, «el ejercicio de una potestad discrecional permite... optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho»; «la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección... entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración»; «el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa... es necesariamente justa»³.

Esta concepción ha sido cuestionada por varios autores, que sostienen que el espacio de discrecionalidad otorgado a la Administración no constituye un indiferente jurídico. En primer lugar, porque, como bien señala RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, también en ese espacio la Administración ha de observar algunas normas jurídicas,

² En sentido similar, así lo advierte también PONCE SOLÉ, J. (2016, ap. 1).

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2017). Vid., también, PAREJO ALFONSO, L. (1993, p. 60, nota 20).

aunque su cumplimiento no sea perfectamente controlable por los Tribunales⁴. Estima este autor que, en relación con las decisiones discrecionales, hay una «asimetría» entre las normas de conducta y las normas de control⁵. Estas últimas constituyen los criterios con los que hay que revisar, en vía administrativa o judicial, una decisión administrativa. Las normas de conducta serían las que ha de aplicar la Administración cuando actúa. Pues bien, en los casos de discrecionalidad, la Administración completa las normas de conducta establecidas por el legislador con normas o criterios adicionales «encontrados o decididos por ella misma». Estos criterios adicionales de conducta «construidos» por la Administración sólo serían susceptibles de un control judicial «negativo»: los Tribunales sólo podrían verificar si han sido explicitados y no son inaceptables⁶.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo que acaba de decirse, las autoridades administrativas, en los márgenes de actuación que les deja el ordenamiento jurídico, deben observar siempre una norma fundamental de carácter final: la de intentar tomar la mejor decisión posible para los intereses generales⁷.

Nuestra posición es básicamente coincidente con la de estos autores. En los espacios de discrecionalidad, las autoridades administrativas deben observar esta norma fundamental, lo que no es óbice para que los Tribunales deban dar por válidas las decisiones que se mantengan dentro de tales espacios.

Ese deber de adoptar la mejor decisión posible para los intereses generales puede inferirse de varios preceptos de la Constitución. En primer lugar, de los *principios de eficiencia y economía* consagrados en su artículo 31.2. No basta que la Administración actúe al servicio de los intereses generales, sino que ha de hacerlo eficientemente, maximizando la utilidad social de sus escasos recursos. Una decisión administrativa no puede considerarse eficiente si hay otra alternativa mejor para tales intereses, bien porque ésta mejora la satisfacción de al menos alguno de ellos sin perjudicar ninguno (en la jerga de los economistas, es eficiente en el sentido de Pareto), bien porque dicha

⁴ En sentido similar, ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009, pp. 27 y 28); y PONCE SOLÉ, J. (2016, ap. 1), quien señala que «el Derecho administrativo es algo más amplio y diferente que el mero control judicial de las decisiones administrativas».

⁵ Sobre esta distinción, de origen alemán, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2016, pp. 24 y ss. y 165 y ss.). BACIGALUPO, M. (1997, pp. 61 y ss.) también la utiliza, si bien considera de dudosa compatibilidad con el art. 106.1 CE que el legislador establezca normas de conducta dirigidas a la Administración y, al mismo tiempo, excluya que puedan ser aplicadas, como normas de control, por los Tribunales (pp. 77 y 78). En su opinión, «las normas de conducta, dirigidas a la Administración, son siempre a la vez normas de control, dirigidas al juez» (p. 82).

⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2016, pp. 172 y ss.).

⁷ En sentido similar, FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1983, pp. 615 y ss.); ALONSO MAS, M^a J. (1998, pp. 361 y ss.); PONCE SOLÉ, J. (2016, ap. 3); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2016, pp. 172 y ss.).

alternativa consigue elevar la satisfacción de algunos intereses públicos en la medida suficiente como para compensar el menoscabo que la misma supone para otros (es, por lo tanto, eficiente en sentido KALDOR-HICKS⁸).

El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) también podría dar fundamento, al menos en algún caso, al referido deber. Resultaría injustificable racionalmente y, por ende, arbitrario, por ejemplo, el que la Administración escogiera una de las alternativas comprendidas dentro de su margen de actuación discrecional a pesar de estimar que hay otras soluciones, también situadas dentro de éste, que sirven mejor los intereses generales.

En tercer lugar, si –de acuerdo con la opinión de numerosos autores– los principios jurídicos que la Constitución consagra constituyen *mandatos de optimización*, que ordenan a los poderes públicos la realización de ciertos valores en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las limitaciones fácticas y jurídica existentes⁹, entonces la Administración pública está obligada a tomar la decisión que maximiza, que mejor satisface, efectivamente tales principios.

Finalmente, hay una importante razón pragmática para afirmar la existencia de un deber tal. En vista de que su observancia no puede ser verificada por los Tribunales –o, en su caso, por el órgano administrativo encargado de revisar la decisión adoptada– y, por lo tanto, de que a su incumplimiento no va asociada sanción jurídica alguna, acaso pudiera pensarse que éste es un deber inútil, carente de cualquier efecto práctico¹⁰. Sin embargo, es razonable pensar lo contrario. Varios estudios empíricos han evidenciado que el mero hecho de que mediante una norma jurídica, dictada a través de los cauces normales de creación del Derecho, se establezca el deber de observar cierta conducta determina que muchas personas la lleven a cabo efectivamente, aun cuando su inobservancia no sea sancionable o ni siquiera fiscalizable por las autoridades¹¹. Se han apuntado básicamente dos causas de este fenómeno. La gente, en primer lugar, respeta a veces estas normas jurídicas por *presiones sociales externas*. Es posible que sus destinatarios estimen que éstas reflejan el contenido de reglas, usos y preferencias sociales. Y que las cumplan por la natural tendencia de los individuos a imitar lo que hacen otros o porque perciben una cierta probabilidad de

⁸ Vid. KALDOR, N. (1939) y HICKS, J. (1939).

⁹ Vid., entre otros, ALEXY, R. (1994, pp. 75 y 76); LOPERA MESA, G.P. (2004).

¹⁰ Y ello al margen de si resulta acertado o desacertado calificar como jurídico un deber cuya infracción no puede ser controlada ni, en consecuencia, sancionada por un órgano estatal. Según KELSEN, H. (1995, p. 63), «sólo puede considerarse una conducta como jurídicamente obligatoria... cuando el comportamiento contrario está normado como condición de un acto coactivo dirigido contra el hombre que así actúa».

¹¹ Vid., entre otros, FISMAN, R. y MIGUEL, E. (2007); GALBIATI, R. y VERTOVA, P. (2014); FRIEDMAN, L. (2016).

que otras personas adviertan las infracciones y desencadenen la imposición de «sanciones sociales» –v. gr., reputacionales–, que pueden tener respecto de los potenciales infractores un efecto disuasorio incluso mayor que el de las jurídicas. En segundo término, muchas personas muestran una *preferencia intrínseca* por respetar el Derecho o por hacer lo que ellos consideran moralmente correcto, preferencia que en no pocos casos es lo suficientemente intensa como para que una norma jurídica sea observada aun en ausencia de cualquier sanción externa¹². Nótese que el Derecho vigente a menudo influye sobre la conducta de sus destinatarios en la medida en que éstos pueden inferir de aquél información acerca de (i) cuáles son las reglas cuya infracción puede dar lugar a sanciones sociales, y (ii) la conveniencia o la corrección moral de ciertos comportamientos.

Así las cosas, cabe pensar que, si se establece el deber de las Administraciones públicas de adoptar siempre la mejor decisión posible para los intereses generales, se elevará la probabilidad de que aquéllas lo intenten efectivamente, lo cual –es de suponer– aumentará a su vez la probabilidad de que acaben consiguiéndolo o, al menos, quedándose más cerca de dicho objetivo.

2. El concepto de discrecionalidad. La discutible teoría de los conceptos jurídicos indeterminados

El que la Administración disponga de discrecionalidad o, si se prefiere decir así, de un margen de apreciación para decidir significa que la decisión que adopte ha de considerarse conforme a Derecho por los órganos encargados de revisarla, siempre que se mantenga dentro de unos límites, que definen ese margen o espacio en el que caben varias soluciones.

De acuerdo con la mentada teoría, importada de Alemania en los años 1960 y 1970¹³, las potestades discrecionales no han de ser confundidas con las potestades regladas mediante «conceptos jurídicos indeterminados». «Los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados». Los primeros «delimitan el ámbito de realidad a que se refieren de una manera precisa e inequívoca». Los segundos aluden a «una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados» en el enunciado de la ley, pero que «admite ser precisada en el momento de la aplicación» de la norma legal. Entonces sólo hay una solución: o se da o no se da en la realidad el concepto; «la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de

¹² Vid. COOTER, R. (2006); TYLER, T.R. (2006, p. 46); SHAVELL, S. (2012, pp. 33 y 34).

¹³ Las obras clave de esta recepción fueron las de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1962, pp. 171 y ss.), GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1ª edición de 1974) y SAINZ MORENO, F. (1976).

solución justa” en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto».

La consecuencia práctica es que el juez podría fiscalizar la aplicación de estos conceptos y «verificar si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite», a diferencia de lo que sucede cuando nos encontramos con una decisión realmente discrecional, en cuya «entraña» hay un espacio de libre elección que no es fiscalizable judicialmente.

La distinción, sin embargo, se hace con algunos matices. El más relevante consiste en estimar que la Administración goza de un cierto «margen de apreciación» a la hora de interpretar y aplicar estos conceptos. Se dice, en efecto, que en la estructura de todo concepto indeterminado son identificables: un núcleo fijo o «zona de certeza positiva», referida a las realidades claramente comprendidas por el concepto; una «zona de certeza negativa», referida a las realidades excluidas con seguridad del concepto; y una zona intermedia o de incertidumbre o «halo del concepto», donde no estaría claro ni lo uno ni lo otro. Pues bien, habida cuenta de «la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa», habría que reconocer que la Administración, en los casos que caen dentro de ese halo, en particular cuando se trata de conceptos que implican «juicios de valor», dispone de un cierto margen de apreciación, de una suerte de «beneficio de la duda», si bien sólo «puramente cognoscitivo e interpretativo de la ley en su aplicación a los hechos». Aquí, «el juez deberá normalmente conformarse con un control de los límites o de los excesos en que la Administración haya podido incurrir»¹⁴.

Esta distinción entre potestades discrecionales y potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados es cuestionable¹⁵. Por de pronto, no resulta coherente afirmar que los jueces pueden fiscalizar plenamente la aplicación administrati-

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.(2017).

¹⁵ Se han mostrado críticos con la referida distinción: MARTÍN GONZÁLEZ, M., (1967, pp. 252 y ss.); PÉREZ OLEA, M. (1972, pp. 53 y ss.); SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994, pp. 116 y ss.); BACIGALUPO, M. (1997, pp. 157 y ss.); CIRIANO VELA, C.D. (2000, pp. 126 y ss. y 442 y ss.); MUÑOZ MACHADO, S. (2015, pp. 246 y ss.); BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2015, pp. 117 y 118); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2016, pp. 173 y 174). Otros autores siguen admitiéndola, pero la relativizan, al estimar que en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados hay discrecionalidad, siquiera instrumental o débil, y, por lo tanto, no una única solución justa (DESDENTADO DAROCA, E., 1999, pp. 101 y ss.), que «el margen de apreciación... relativiza la frontera entre lo discrecional y lo no discrecional» (BELTRÁN DE FELIPE, M., 1995, p. 42), que, «en la práctica, el margen de apreciación o valoración que implican los conceptos jurídicos indeterminados comporta también un margen de decisión (discrecionalidad), al menos en las zonas de incertidumbre» (LAGUNA DE PAZ, J.C., 2017), o que «el proceso cognoscitivo de integración de ciertos conceptos indeterminados se convierte, *de facto*, en una elección administrativa entre las diversas posibilidades lógicas y materiales de concretarlo sobre la realidad práctica» (MOZO SEOANE, A., 2018, p. 25).

va de los conceptos jurídicos indeterminados y «verificar si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite», al tiempo que se estima que los jueces han de reconocer a la Administración un «margen de apreciación» en la aplicación de los mismos.

Debe notarse, en segundo lugar, que de la referida distinción no se siguen consecuencias prácticas cualitativamente diferentes. Los jueces deben actuar y de hecho actúan de la misma manera frente a los márgenes de discrecionalidad y los de apreciación que implican tales conceptos: en los dos escenarios han de dar por válidas las decisiones y apreciaciones administrativas que no exceden ciertos límites.

En tercer lugar, la tesis de que ambos márgenes difieren en cuanto a su naturaleza –volitiva en el caso de la discrecionalidad, cognitiva en el de los conceptos jurídicos indeterminados– es también discutible. Si, como hemos visto, la Administración debe adoptar siempre la decisión más conveniente para el interés público, entonces nunca tiene libertad para optar y, por lo tanto, tanto los márgenes de discrecionalidad como los de apreciación tienen una índole cognitiva: ante la dificultad de verificar con certeza cuál es esa solución óptima, los Tribunales deben considerar válidas las decisiones administrativas que se mantengan dentro de un espacio, principalmente en atención a que las Administraciones públicas, en determinadas circunstancias, están mejor situadas que ellos para decidir acertadamente.

En cuarto lugar, esta teoría tampoco ofrece criterios que nos permitan discernir cuándo nos encontramos ante una potestad discrecional y cuándo ante una potestad reglada mediante tales conceptos.

Por último, la distinción conduce a veces a resultados paradójicos, contrarios al espíritu con el que fue formulada, que no era otro que el de intensificar el control judicial de ciertas decisiones administrativas en un determinado momento histórico. En efecto, hay disposiciones legales que obligan a la Administración a observar reglas –v. gr. de procedimiento o forma– especialmente estrictas para adoptar decisiones discrecionales, a fin de conjurar el peligro que encierra el margen de maniobra que éstas implican. El artículo 35.1.i) de la Ley 39/2015, por ejemplo, dispone que serán motivados «los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales». Pues bien, considerar que las potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados para cuya aplicación la Administración dispone de un margen de apreciación no son discrecionales conduce, en principio, a excluirlas del ámbito de aplicación de estas reglas, a pesar de que este margen es prácticamente igual de peligroso que uno de discrecionalidad. Esta interpretación, que en algún caso ha sostenido nuestro Tribunal Supremo¹⁶, es

¹⁶ Vid. la STS de 12 de diciembre de 2000 (rec. 233/1999).

ciertamente desafortunada¹⁷, pero del todo coherente con la referida distinción, cuya artificiosidad pone de manifiesto. Ambos márgenes son sustancialmente iguales y deben recibir por ello un trato equiparable, «para lo bueno y para lo malo».

III. JUSTIFICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Los jueces, como cualesquiera agentes públicos, deberían adoptar las decisiones que mejor satisfagan los intereses generales, en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Lo que se ha dicho antes respecto de la Administración vale también para ellos. Y en el mismo sentido deberían decidir al juzgar si la Administración goza o no de un margen de maniobra para actuar, cuál es en su caso la anchura de éste y si la actuación considerada se ha mantenido o no dentro de sus límites.

Desde el punto de vista de la racionalidad económica, el criterio determinante para precisar, siquiera de manera aproximada y tentativa, si y, en su caso, en qué medida hay que reconocer a la Administración un espacio de discrecionalidad para actuar es el de los costes y beneficios sociales que del mismo se derivan. La discrecionalidad tiene ventajas y desventajas para la óptima satisfacción del interés público. Dicho espacio sólo estará justificado *si* sus beneficios excedan de sus costes para la sociedad. Y sólo estará justificado *hasta el punto* en el que ese balance beneficio-coste sea positivo¹⁸.

1. Costes de la discrecionalidad administrativa

A) Reducción de los beneficios del control judicial de la actividad de las administraciones públicas

Dar discrecionalidad a la Administración para tomar determinadas decisiones supone limitar en cierto modo el control que los Tribunales pueden ejercer sobre ellas y, por lo tanto, renunciar a algunos de los beneficios que cabría esperar de un control judicial «agotador» de las mismas, que son básicamente de dos tipos.

a) Corrección de ilegalidades

De las actuaciones administrativas contrarias al ordenamiento jurídico suelen derivarse consecuencias actual o potencialmente perjudiciales para el bienestar del conjunto de los ciudadanos. Estas infracciones pueden causar daños o poner a determinadas personas en intolerable peligro de sufrirlos.

¹⁷ Vid. las críticas de BACIGALUPO, M. (2001) y BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A. (2001).

¹⁸ En sentido similar, vid. VERMEULE, A. (2016, pp. 7, 21, 60 y ss., 114 y ss., y 209 y ss.).

Una de las funciones más importantes del control judicial es neutralizar o mitigar, en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible, las consecuencias negativas antijurídicas directamente derivadas de las actuaciones administrativas enjuiciadas. Los Tribunales pueden adoptar diversas medidas con este objeto: (i) anular las disposiciones o los actos administrativos impugnados; (ii) condenar a la Administración a realizar una actuación debida, que había omitido ilegalmente; (iii) reconocer una situación jurídica menoscabada o puesta en peligro por la actuación ilegal recurrida; (iv) disponer medidas de restauración y preservación del orden jurídico conculcado por la Administración; y (v) condenarla a compensar los daños causados a los actores.

b) Prevención de ilegalidades

El control judicial cumple también una importante función preventiva de las ilegalidades que puedan cometer las Administraciones públicas. Esta función descansa sobre dos pilares: la disuasión y la información.

De un lado, el hecho que exista la posibilidad de que los Tribunales revisen las actuaciones administrativas y, en el caso de que éstas sean ilegales, adopten una o varias de las medidas mencionadas en el epígrafe anterior puede *disuadir* a dichas Administraciones de violar el Derecho. La potencia y el alcance del efecto disuasorio dependerán de varios factores, cuando menos de los siguientes:

En primer lugar, del *coste* que para la autoridad administrativa en cuestión tengan las medidas adoptadas por los Tribunales en el caso de que éstos consideren que la actividad enjuiciada es ilegal. Cuanto más costosas sean, más intenso será dicho efecto.

El segundo factor relevante es la *probabilidad* de que la actuación administrativa ilegal considerada sea impugnada y declarada contraria a Derecho por los Tribunales. Cuanto más elevada sea esa probabilidad, mayor será la disuasión. Interesa señalar que la probabilidad de revisión judicial depende, a su vez, de varias circunstancias, de entre las cuales destaca la utilidad esperada –los eventuales costes y beneficios– que para los afectados por la decisión supone recurrirla ante los Tribunales, que a su vez dependerá de la probabilidad de que éstos estimen el recurso.

En tercer lugar, cuanto mayores sean los *beneficios* que para las autoridades administrativas se deriven de infringir la ley, más difícil será que la amenaza del control judicial las disuada de escoger esta alternativa.

También tendrán cierto impacto sobre la disuasión, en cuarto lugar, los *errores* cometidos por los Tribunales al enjuiciar la actividad administrativa. Tanto las estimaciones erróneas de recursos contencioso-administrativos –falsos positivos– como las inadmisiones o desestimaciones equivocadas –falsos negativos– minan el efecto

disuasorio del control judicial¹⁹. Las primeras, porque incrementan el coste esperado –es decir, reducen el atractivo– que para la Administración tiene respetar el ordenamiento jurídico. Las segundas, porque minoran el coste esperado que para ella supone violarlo. Cuanto más grave sea el riesgo de estos errores, menor será, por lo tanto, la disuasión.

De otro lado, al resolver casos en los que se discute si ciertas actuaciones administrativas son o no conformes a Derecho, los Tribunales generan *información* acerca de cómo deben ser interpretadas y aplicadas las normas jurídicas que regulan dichas actuaciones, clarificando su alcance, colmando sus eventuales lagunas, resolviendo las dudas interpretativas que plantean en determinados casos, etc. Esta información puede y debe ser utilizada en casos similares para prevenir ilegalidades. Las autoridades administrativas podrán tenerla en cuenta con el fin de evitar cometer los errores no intencionados en los que probablemente hubieran incurrido si los Tribunales no hubieran clarificado el alcance de las normas reguladoras de su actividad. También los órganos jurisdiccionales encargados de juzgar casos semejantes podrán aprovecharla, a fin de interpretar y aplicar correctamente esas mismas normas jurídicas. Y ya sabemos que la reducción del número de los errores judiciales mejora la eficacia disuasoria de la Justicia administrativa y, en consecuencia, tiende a minorar, en términos cuantitativos y cualitativos, las infracciones cometidas por las Administraciones públicas.

B) Incremento del riesgo de decisiones desviadas

El más serio inconveniente de otorgar discrecionalidad a las Administraciones públicas es que éstas pueden aprovecharla para cometer abusos, para desviarse de la solución que mejor satisface los intereses generales. Al limitar el control judicial y su eficacia preventiva, esa discrecionalidad favorece que dichas organizaciones ejerzan ilegalmente sus potestades. Además, el subsiguiente aumento de estas infracciones puede provocar, en determinadas circunstancias, un incremento de la litigiosidad y, paradójicamente, incluso del número de ocasiones en las que los Tribunales declaran la ilegalidad de actuaciones administrativas, con los costes que todo ello implica.

Los jueces también pueden cometer arbitrariedades y abusos, ciertamente, pero el riesgo de que esto suceda es, en líneas generales, menor que el de que las autoridades administrativas hagan lo propio.

Ello se explica porque nuestro sistema jurídico articula incontables medidas singularmente estrictas dirigidas a enervar la negativa influencia que presiones e incentivos espurios pueden tener sobre la actividad judicial. Se pretende garantizar con ellas que los órganos jurisdiccionales actúen únicamente sometidos al imperio de

¹⁹ Vid., *mutatis mutandis*, PNG, I.P.L. (1986); POLINSKY, A.M. y SHAVELL, S. (2000, pp. 60 y ss.).

la ley (art. 117 CE). En palabras del Tribunal Constitucional, se trata de «asegurar que la pretensión sea decidida exclusivamente por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la Ley supone que esa libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada *a priori*... por motivos ajenos a la aplicación del Derecho»²⁰. Piénsese en: la inamovilidad de los jueces; su régimen de incompatibilidades; ciertas restricciones impuestas al ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales; la reserva de ley establecida para regular su estatuto jurídico; el sistema de autogobierno del Poder judicial diseñado por la Constitución; el hecho de que los jueces carezcan, normalmente, de discrecionalidad para elegir los casos que van a decidir; su obligación de abstenerse de conocer de aquellos casos en los que, por su concreta relación con las partes o con el objeto del proceso, se hallen en una situación en vista de la cual pueda temerse razonablemente que no actuarán de manera objetiva, etc.

Estas garantías establecidas para asegurar la objetividad y sujeción al Derecho de la actividad judicial son mucho más numerosas y estrictas que las dispuestas respecto de la administrativa, lo que determina que el riesgo de desviaciones sea menor en el primer caso.

Repárese, por ejemplo, en que los grupos de presión pueden «capturar» más fácilmente a las autoridades administrativas que a los jueces. De un lado, por el peculiar estatuto jurídico –régimen de incompatibilidades, inamovilidad, retribuciones, etc.– al que están sometidos éstos, que los aísla considerablemente frente a las presiones externas. De otro lado, porque el hecho de que el poder judicial constituya una organización sumamente descentralizada, integrada por miles de órganos jurisdiccionales independientes, cuya capacidad de coordinarse y de escoger los casos que han de juzgar es muy limitada, dificulta enormemente su captura. Los costes de presionar a las autoridades competentes para que éstas actúen en un determinado sentido se incrementan cuanto más elevado es el número de ellas. Y, obviamente, cuanto mayor es la facilidad para «capturar» a una autoridad pública y lograr que ésta adopte decisiones que favorecen los intereses especiales de un grupo de presión, más elevadas serán las «recompensas» que el mismo esté dispuesto a ofrecer a fin de ganarse el favor de aquélla y, por lo tanto, mayor será el peligro de arbitrariedades y abusos. Un riesgo superior de ser capturado determina un riesgo superior de adoptar decisiones desviadas.

²⁰ ATC (Pleno) 26/2007, de 5 de febrero, FJ 3.

2. Beneficios de la discrecionalidad administrativa

A) Reducción de los costes del control judicial

La discrecionalidad administrativa, en tanto en cuanto supone una limitación del control judicial, tiende también a reducir los costes que éste conlleva.

a) Costes de procedimiento

Para verificar si la actuación administrativa impugnada es o no conforme con el ordenamiento jurídico, los Tribunales, las partes y sus defensores han de invertir tiempo y esfuerzo, recursos que ya no podrán destinar a otros fines alternativos.

Cabe razonablemente pensar que estos costes están en función creciente de la intensidad del control judicial. Cuanto más intenso y profundo sea el análisis efectuado por los Tribunales para averiguar si la decisión administrativa impugnada se ajusta o no a Derecho, mayores serán el tiempo y el esfuerzo que esta tarea les supondrá. La práctica de una prueba pericial, por ejemplo, podrá proporcionar al juez elementos de juicio que le permitan ser más incisivo a la hora de enjuiciar la resolución administrativa recurrida, pero también conlleva unos costes que alguien ha de sufragar.

b) Costes de los errores judiciales

Los Tribunales pueden equivocarse al juzgar la legalidad de la actuación sometida a su consideración. Pueden declararla ilegal cuando en realidad es legal o declararla conforme a Derecho cuando en verdad lo infringe. En cualquiera de los dos casos, la situación resultante puede menoscabar bienes jurídicamente protegidos.

La magnitud de los costes esperados de estos errores depende de diversos factores, entre los que destacan: la importancia de los intereses en juego; la probabilidad de equivocarse; y lo costoso que resulte rectificar –v. gr. mediante una reforma legislativa o un giro jurisprudencial– el error judicial cometido.

B) La discrecionalidad administrativa como instrumento de minimización del riesgo de errores

El principal beneficio que, en determinadas circunstancias, se deriva de reconocer a la Administración un cierto margen de apreciación o maniobra es, seguramente, que ello permite incrementar la probabilidad de que se establezcan las soluciones que satisfacen mejor los intereses de los ciudadanos. Ello obedece a que muchas veces la Administración competente posee mayor capacidad –por su composición, sus procedimientos de actuación, sus medios materiales y personales, etc.– que los Tribunales para decidir acertadamente en el caso considerado.

La discrecionalidad administrativa puede constituir, pues, un instrumento de minimización del riesgo de errores. Con ella puede minorarse la probabilidad de que el aparato estatal –tras la actuación sucesiva de la Administración y los jueces– arroje resultados erróneos, desacertados, ilegales, perjudiciales para los intereses públicos. La reducción de ese riesgo puede generar a su vez otros beneficios: (i) disminuir los costes de litigación del sistema, en la medida en que –cabe suponer– las situaciones ineficientes, que no satisfacen óptimamente dichos intereses, tienen una mayor probabilidad de ser impugnadas que las decisiones acertadas, eficientes; (ii) y mejorar el efecto disuasorio del control judicial, pues, según hemos visto, los errores cometidos en su ejercicio lo minan.

Finalmente, el hecho de que los Tribunales muestren un mayor grado de deferencia hacia las decisiones administrativas también puede minorar el número de casos en los que éstas son impugnadas y declaradas ilegales, lo que haría menguar todavía más los costes de litigación y, también, aquellos costes en los que hay que incurrir, después de la declaración de ilegalidad, para alterar el *statu quo* creado por aquéllas. Conviene subrayar, sin embargo, que no es necesario que así ocurra. Por ejemplo, un aumento de la deferencia judicial también podría provocar que la Administración se aprovechara de ella para interpretar la ley de una manera más cuestionable o implausible, lo que a su vez podría dar lugar a que un mayor número de resoluciones administrativas fueran recurridas por los afectados e incluso anuladas por los Tribunales²¹.

C) La discrecionalidad administrativa como instrumento de legitimación

La discrecionalidad administrativa también puede servir para aumentar la legitimidad de determinadas decisiones, es decir, para incrementar su aceptación por parte de sus destinatarios. Este efecto se producirá y será tanto más fuerte cuanto mayor sea la diferencia de legitimidad entre el órgano administrativo autor de la decisión en cuestión y el Tribunal encargado de revisarla. Esta diferencia será máxima, seguramente, cuando los miembros de ese órgano hayan sido elegidos mediante sufragio universal.

El incremento en la aceptación que determinadas decisiones administrativas susciten entre sus destinatarios seguramente facilitará su ejecución y reducirá la probabilidad de que sean impugnadas, con el consiguiente ahorro de recursos para todos los implicados.

²¹ Vid., *mutatis mutandis*, GIVATI, Y. (2009).

IV. EL ALCANCE ÓPTIMO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y, POR ENDE, DE SU CONTROL JUDICIAL

1. Factores determinantes

Los Tribunales deberían ponderar todas esas ventajas y desventajas a la hora de reconocer un mayor o menor margen de apreciación a la Administración y juzgar si sus decisiones se mantienen dentro del mismo. A estos efectos, deberían tener en cuenta que ese balance ventajas-desventajas puede arrojar resultados muy diferentes en función de varios factores:

En primer lugar, de la *diferencia* existente entre la autoridad administrativa artífice de la decisión enjuiciada y el Tribunal encargada de revisarla en punto a la *capacidad* para alcanzar en el caso considerado la mejor solución para los intereses públicos o, dicho de otra manera, para minimizar el número y la gravedad de los errores cometidos a este respecto. Sólo si dicha autoridad tiene mayor capacidad –v. gr., por poseer mejores conocimientos técnicos– que el Tribunal para garantizar el acierto de una decisión como la enjuiciada estará justificado que aquél muestre un cierto grado de deferencia hacia ésta. Cuanto mayor sea la brecha en favor de la autoridad administrativa, mayor deberá ser, *ceteris paribus*, su margen de apreciación y, correlativamente, la deferencia judicial.

En segundo término, resulta relevante la *incertidumbre* existente acerca de si decisión cuestionada es la que más conviene al interés público. Cuanto mayor sea esta incertidumbre, mayor espacio de maniobra deberá concederse a la Administración, siempre que ésta tenga mayor capacidad de tomar una decisión acertada, pues así se reduce el riesgo de cometer errores. Si el Tribunal competente, a la vista de la información disponible, pudiera verificar con certeza absoluta cuál es la solución que logra un justo equilibrio entre todos los intereses afectados, no tendría sentido alguno darle a la Administración la posibilidad de optar por otra alternativa. La magnitud de la incertidumbre dependerá, a su vez, de otras variables, cuando menos de: (i) la densidad con la que el legislador haya predeterminado el sentido de las decisiones que la Administración puede tomar; y (ii) el grado de complejidad fáctica del caso.

También ha de influir, en tercer lugar, la *plausibilidad sustancial* de la decisión administrativa enjuiciada. Dicha plausibilidad puede definirse como la distancia existente entre la solución a la que ha llegado la Administración al apreciar los hechos, interpretar el Derecho y aplicarlo al caso considerado y la solución a la que llegaría el Tribunal a la vista de la información disponible si tuviera que decidir *ex novo*. Cuanto menos plausible sea la decisión revisada, menor debería ser la deferencia con la que los Tribunales la juzguen, pues entonces mayor es la probabilidad de que no se haya alcanzado con ella la solución óptima para los intereses públicos.

Otro factor relevante, en cuarto lugar, son las *garantías organizativas, procedimentales y formales observadas* en el caso concreto por la Administración para decidir. Cuanto más rigurosas hayan sido –v. gr. los estudios realizados y las pruebas practicadas con el fin de averiguar mejor los hechos relevantes, así como los argumentos aducidos para justificar la decisión– mayor habrá de ser el referido margen de apreciación. La razón es que el cumplimiento de estas garantías incrementa *a priori* la probabilidad de resolver acertadamente. Ello no quita que, a veces, pueda comprobarse *ex post* que la inobservancia de algunas de esas garantías, incluso de las prescritas por la ley, no disminuyó dicha probabilidad, por ejemplo, porque la Administración tomó la única decisión conforme a Derecho que cabía tomar, en cuyo caso la infracción debería considerarse como «no invalidante»²². Nótese que la plausibilidad sustancial y las referidas garantías tienen, por consiguiente, un cierto carácter sustitutivo o intercambiable: cuanto menor sea aquélla, más rigurosas habrán de ser éstas para que la decisión pueda ser considerada válida, y viceversa²³.

La *legitimidad democrática* del órgano administrativo autor de la decisión enjuiciada, en quinto lugar, también debería tomarse en consideración²⁴. Cuanto mayor sea esta legitimidad, más aceptables por los ciudadanos serán, *a priori*, sus decisiones y, adicionalmente, mejor alineados estarán sus preferencias con las de la mayoría de ellos, por lo que el riesgo de que incurran en –ciertas– desviaciones será menor y, en consecuencia, el margen de maniobra que se les otorgue habrá de ser más amplio.

Otro factor importante es, precisamente, el *riesgo de que*, por las razones que sean, *la Administración*, al llevar a cabo la actuación cuestionada, *se desvíe* de la solución más conveniente para el interés público y prescrita por el Derecho. Cuanto mayor sea ese riesgo, menor habrá de ser la deferencia judicial.

La *relevancia de los intereses en juego* juega un papel ambivalente. Cuanto más relevantes sean éstos, mayor gravedad podrán revestir los daños causados por los errores cometidos y, por lo tanto, más necesidad habrá de que la decisión sea adoptada por la autoridad que cuenta con mayor capacidad para acertar, que muchas veces es la administrativa. Pero, por otro lado, más graves serán también los daños ocasionados por las arbitrariedades eventualmente cometidas por la Administración. Así las cosas, una solución óptima para los casos en los que los intereses afectados revisten una gran trascendencia puede consistir en que los jueces reconozcan a la Administración un ancho margen para actuar, con la condición de que extremen las garantías orga-

²² Vid., por todos, GARCÍA LUENGO, J. (2016) y DOMÉNECH PASCUAL, G. (2017).

²³ Vid. STEPHENSON, M.C. (2006).

²⁴ En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2009); BELTRÁN DE FELIPE, M. (1995, pp. 221 y ss.); DESDENTADO DAROCA, E. (1999, pp. 205 y ss.).

nizativas, procedimentales y formales observadas a fin de asegurar el acierto de sus decisiones.

También debe tenerse en cuenta si los *costes de los errores* en los que los Tribunales pueden incurrir al revisar una actuación administrativa *difieren* en función de si la decisión judicial declara su ilegalidad (incurren en un falso positivo) o su legalidad (falso negativo). Cuanto más costosos sean los falsos positivos en relación con los falsos negativos, mayor habrá de ser la deferencia otorgada a la Administración. Esta asimetría puede obedecer a diversas causas. Por ejemplo, a que los costes de rectificación son mayores en un caso que en el otro. Se ha señalado que, en nuestro Derecho, rectificar la anulación errónea de una ley es mucho más difícil que hacer lo propio con el error cometido al declarar válida una norma legal que en verdad es inconstitucional. La corrección de los errores del primer tipo requiere que el Tribunal Constitucional cambie su jurisprudencia sobre el particular, lo que sólo puede ocurrir si el legislador vuelve a dictar preceptos idénticos a los previamente declarados inconstitucionales, lo cual es dudoso que pueda hacerse²⁵ y, en cualquier caso, resulta políticamente muy costoso, ya que podría interpretarse como un acto de desobediencia. Para rectificar los falsos negativos, también hace falta que el Tribunal Constitucional tenga la oportunidad de cambiar su opinión, pero esto es mucho más fácil que suceda, pues, desestimado un recurso o cuestión de inconstitucionalidad formulados contra un determinado precepto legal, cualquier juez puede volver a plantear una cuestión contra el mismo precepto fundada en motivos coincidentes²⁶. Esta asimetría es una de las razones que justificaría el otorgamiento a las leyes de una suerte de «presunción de validez» o, dicho con otras palabras, que exigiría restringir el poder otorgado al Tribunal Constitucional de anular las leyes sometidas a su juicio, de manera que éstas sean consideradas válidas cuando su conformidad con la Constitución resulte dudosa²⁷.

Lo mismo vale respecto de los reglamentos. No es sencillo rectificar su anulación errónea, pues para ello se necesita que la Administración reitere los preceptos declarados inválidos, lo que parece estar prohibido por el artículo 103.4 LJCA, al margen de los costes políticos y de procedimiento que la elaboración de la «nueva» disposición implicaría. Para corregir una declaración de validez errónea, en cambio, tan sólo se requiere que algún Tribunal estime, al conocer de un recurso interpuesto contra un acto dictado en aplicación del reglamento en cuestión, que éste es ilegal. De hecho, esta posibilidad viene inequívocamente contemplada por el artículo 26.2 LJCA. Ello justificaría igualmente limitar en cierta medida el poder de los Tribunales de anular las disposiciones reglamentarias sometidas a su juicio. Si anularlas

²⁵ Sobre el tema, en sentido afirmativo, VIVER PI-SUNYER, C. (2013).

²⁶ Vid., *a contrario sensu*, el art. 38 LOTC, así como la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 2.

²⁷ FERRERES COMELLA V. (1997, pp. 199 y ss.).

es *ceteris paribus* más costoso que declararlas válidas, convendrá decantarse por esta segunda alternativa en los casos dudosos, hasta cierto punto.

La asimetría del coste de los errores judiciales también puede deberse a que los costes de los errores en los que eventualmente incurra la actuación administrativa impugnada son asimismo asimétricos. El Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, que el «rigor del control» judicial de las resoluciones adoptadas en procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia ha de ser, en principio, «más estricto» cuando se revisan sanciones que cuando se examinan resoluciones exculpatorias o de archivo²⁸. El Tribunal Supremo no se detiene a justificar esta doctrina, pero el fundamento de la misma puede verse en la idea, que inspira la configuración del moderno Derecho penal, de que las condenas erróneas son socialmente más costosas que las absoluciones erróneas. De acuerdo con la celeberrima sentencia de BLACKSTONE: «*It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer*»²⁹.

Finalmente, debe señalarse que el hecho de que *el legislador, de manera explícita o al menos inequívoca*, haya establecido que la Administración dispone de discrecionalidad para adoptar ciertas decisiones constituye un factor determinante, por cuanto clarifica el problema. La ley reduce de esa manera el arbitrio que los Tribunales tienen para determinar la existencia y la amplitud del espacio decisorio otorgado a la Administración.

2. El factor estratégico

A la hora de ponderar las consecuencias que sus alternativas de decisión pueden tener para los intereses legítimos en juego, los Tribunales deberían tener muy presente cómo reaccionarán probablemente tanto la Administración como el legislador frente a cada una de las referidas alternativas³⁰. La razón es obvia: la manera, positiva o negativa, en que sus decisiones afectan a los referidos intereses depende, en gran medida, de cuáles sean estas reacciones.

Estas consideraciones estratégicas no son frecuentes, pero tampoco del todo extrañas, en la jurisprudencia de nuestros Tribunales. Una razón de este tipo subyace, por ejemplo, en el argumento o «principio» según el cual nadie puede aprovecharse de su propia torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), ocasionalmente utilizado por aquéllos³¹. Si se interpretara la ley de manera que quien incumple sus

²⁸ Vid. la STS de 12 de junio de 2012 (rec. 2069/2009).

²⁹ BLACKSTONE, W. (1769, p. 352). Esta idea ha sido expresada por otros muchos autores y de diversas maneras a lo largo de la historia. Véase al respecto VOLOKH, A. (1997).

³⁰ Por descontado, también deberían tener en cuenta las reacciones de otros actores implicados, como los particulares afectados por las correspondientes leyes y decisiones administrativas.

³¹ Vid. REBOLLO PUIG, M. (2002) y ARANA GARCÍA, E. (2003).

obligaciones obtuviera un provecho de ello, se estaría «premiando e incentivando» el incumplimiento, lo que en principio hay que evitar³².

Con mayor razón, si cabe, los Tribunales deberían revisar y ajustar, al alza o a la baja, su nivel de deferencia a la vista de cuál haya sido efectivamente la respuesta dada por las autoridades administrativas a sus decisiones. De hecho, es probable que así lo hagan en muchos casos. Sirva el ejemplo del control judicial de los decretos-leyes. La enorme condescendencia que el Tribunal Constitucional mostró durante décadas a la hora de enjuiciarlos –y en particular, de verificar si concurría la «extraordinaria y urgente necesidad» prevista en el art. 86.1 CE– propició que el Gobierno abusara cada vez más del poder de dictar estas normas, hasta que los excesos llegaron a extremos manifiestamente inaceptables³³, lo que ha acabado provocando que dicho Tribunal se haya vuelto, en líneas generales, más severo al juzgarlas³⁴.

Cabe pensar, no obstante, que a veces los Tribunales no tienen suficientemente en cuenta a estos efectos cuál es la reacción esperable de la Administración y, sobre todo, del legislador. Piénsese, por ejemplo, en la jurisprudencia relativa al régimen disciplinario de funcionarios y estudiantes universitarios. Es muy dudoso que, una vez aprobada la Constitución española, las infracciones graves y leves de los primeros puedan tipificarse en una norma reglamentaria, como lo es el todavía vigente RD 33/1986, y que el vetusto Reglamento de Disciplina Académica de 1954 satisfaga las exigencias del principio de tipicidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo, presionado seguramente por el «vacío legal» que se originaría si declarara la invalidez de tales normas, se ha resistido en numerosas ocasiones a considerarlas contrarias a la Constitución o derogadas³⁵. Es posible que aquí el Tribunal haya evaluado de una manera algo miope las consecuencias de sus alternativas de decisión. Anular los reglamentos en cuestión implicaba generar una situación de impunidad durante un tiempo, hasta que el legislador interviniera para colmar el vacío existente. Declararlos válidos suponía que, mientras el legislador no regulara esta materia, se mantenía vigente y había que aplicar una norma seguramente inconstitucional. Nótese que el coste esperado de cada una de estas soluciones dependía críticamente de lo que previsiblemente tardara el legislador en acabar con la insatisfactoria situación que ambas dejaban.

³² Vid. la STS de 23 de octubre de 2017 (1592/2017).

³³ Vid., por ejemplo, las críticas de ARANA GARCÍA, E. (2013); MARTÍN REBOLLO, L. (2015); ARAGÓN REYES, M. (2016).

³⁴ Vid. las SSTC 68/2007, de 28 de marzo; 31/2011, de 17 de marzo; 137/2011, de 14 de septiembre; 1/2012, de 13 de enero; 27 y 29/2015, de 19 de febrero; 196 y 199/2015, de 24 de septiembre; 211/2015, de 8 de octubre; 230/2015, de 5 de noviembre; 26/2016, de 18 de febrero; 38/2016, de 3 de marzo; 70/2016, de 14 de abril; 125 y 126/2016, de 7 de julio; 169/2016, de 6 de octubre; 73/2017, de 8 de junio; y 150 y 152/2017, de 21 de diciembre.

³⁵ Vid., por ejemplo, la STS de 30 de marzo de 2017 (rec. 3300/2015), comentada por MARINA JALVO, B. (2017), así como TARDÍO PATO, J. A. (2018).

Pues bien, es muy razonable pensar que la anulación judicial hubiera desencadenado una reacción más o menos inmediata del legislador, que difícilmente hubiera tolerado que la referida impunidad se prolongara más allá de lo indispensable para colmar la laguna. En cambio, podía esperarse, como de hecho así ha ocurrido, que si los reglamentos disciplinarios cuestionados se consideraban válidos el legislador iba a tardar mucho tiempo en sustituirlos por otros nuevos, toda vez que esta sustitución le reportaba una escasa, por no decir negativa, rentabilidad política.

3. Poderes del juez frente a las decisiones administrativas ilegales

Constatada la ilegalidad de la decisión administrativa revisada, los Tribunales tienen varias alternativas. Pueden: (i) estimar que incurre en una irregularidad no invalidante y, en consecuencia, dejar intactos los efectos jurídicos que la misma hubiese pretendido producir; (ii) anularla y dejar que la Administración considere la posibilidad de adoptar una nueva decisión, esta vez conforme a Derecho; (iii) anularla y obligar a la Administración a decidir otra vez, en su caso bajo ciertas condiciones; o (iv) anularla y sustituirla por una regulación establecida por el propio órgano jurisdiccional.

Si se acredita que la irregularidad –v. gr. de procedimiento– no influyó sobre el contenido de la decisión adoptada o, incluso, que ésta era la única que la Administración podía y debía tomar, anularla resultaría antieconómico. De hecho, los Tribunales suelen interpretar el artículo 48.2 LPAC y otros preceptos similares en el sentido de que en estos casos la irregularidad cometida ha de calificarse como no invalidante³⁶.

Análogamente, los Tribunales, si tienen suficientes elementos de juicio para precisar cuál es la única solución que, habida cuenta de las circunstancias del caso, debía haber sido establecida por la Administración y no lo fue –es decir, si la discrecionalidad se «reduce a cero»–, tendrán que establecerla ellos mismos en sustitución de la decisión administrativa anulada, siempre, claro está, que alguna de las partes así lo hubiera pretendido. Devolver el caso a la Administración demandada para que ésta resuelva también sería antieconómico y constituiría una denegación de justicia contraria al derecho a la tutela judicial efectiva³⁷.

Si la información disponible en el proceso no basta para concluir cuál era la decisión más conveniente para los intereses públicos y que debía haber sido adoptada por la autoridad administrativa competente –v. gr. porque todavía hay que recono-

³⁶ Vid. GARCÍA LUENGO, J. (2016) y DOMÉNECH PASCUAL, G. (2017).

³⁷ Vid., por todos, BAÑO LEÓN, J. M. (2011).

cerle un cierto margen de discrecionalidad—, los Tribunales deberán declarar inválida la actuación impugnada, sin posibilidad de sustituirla por otra. La razón es obvia: el legislador le ha encomendado dicha tarea a la Administración, por cuanto ésta se encuentra mejor situada que aquéllos para precisar cuál es la solución óptima. En ocasiones, además, podrán condenar a la Administración a actuar, si la misma tiene una obligación en este sentido y alguna de las partes así lo ha pretendido. E incluso podrán especificar, en una suerte de sentencia-marco, los requisitos a los que habrá de ajustarse la actuación administrativa debida³⁸. Otras veces, por el contrario, a la Administración no le estará permitido adoptar una nueva decisión sobre el fondo³⁹, por ejemplo, porque la posibilidad de hacerlo ha prescrito⁴⁰ o, en los procedimientos sancionadores, porque ello supondría una vulneración del principio *non bis in ídem* en su vertiente formal⁴¹.

En los casos en los que la Administración vuelve a decidir sobre el fondo del asunto, es frecuente que la nueva resolución tenga el mismo contenido que la anterior, en su día anulada por padecer algún vicio formal o de procedimiento que ahora supuestamente se ha subsanado. Aquí es inevitable que se susciten dudas acerca de si la nueva decisión es o no conforme a Derecho⁴². Muchas veces cabe sospechar que las autoridades administrativas no aprovechan efectivamente las oportunidades que les brinda el nuevo procedimiento para mejorar el acierto de su decisión, modificándola si es necesario. Ello, de un lado, por factores de índole psicológica. Los sesgos de la confirmación⁴³ y del *statu quo*⁴⁴, así como la disonancia cognitiva provocada por rectificar una decisión sostenida y defendida públicamente, pueden propiciar que tales autoridades no reconsideren como sería deseable su posición inicial y se mantengan

³⁸ Vid. HUERGO LORA, A. (2000, pp. 283 y ss.) y DE VICENTE DOMINGO, R. (2014, pp. 88 y ss.).

³⁹ La posibilidad de que la Administración reitere liquidaciones tributarias ha generado una gran polémica. El Tribunal Supremo la admite con matices. Vid., entre otras, las SSTs de 19 de noviembre de 2012 (rec.1215/2011) y 15 de junio de 2015 (rec. 1551/2014). En la doctrina, vid., por todos, SESMA SÁNCHEZ, B. (2017).

⁴⁰ Una cuestión interesante es la de si los procedimientos que se resuelven con un acto luego anulado interrumpen la prescripción. En la STS de 19 de noviembre de 2012 (rec. 1215/2011) se afirma que sólo se produce la interrupción si el acto en cuestión padecía un vicio de anulabilidad, no de nulidad. Sobre el tema, vid. SESMA SÁNCHEZ, B. (2017).

⁴¹ Así lo declaran (a veces, incidentalmente) las SSTs de 26 de marzo de 2012 (rec. 5827/2009), 7 de abril de 2014 (rec. 3714/2011), 11 de abril de 2014 (rec. 164/2013), 29 de septiembre de 2014 (rec. 1014/2013), 27 de enero de 2016 (rec. 3735/2014) y 27 de marzo de 2017 (rec. 3570/2015). Vid., *mutatis mutandis*, DOMÉNECH PASCUAL, G. (2007).

⁴² Vid. el caso resuelto por la STS (Pleno de la Sala 3ª) de 27 de junio de 2017 (rec. 4942/2016). Sobre algunos de los problemas que plantea esta reiteración, vid. HUERGO LORA, A. (2001); ALONSO MAS, M^a J. (2003); LOZANO SERRANO, C. (2013).

⁴³ Vid., por ejemplo, NICKERSON, R.S. (1999).

⁴⁴ Vid., por ejemplo, SAMUELSON, W. y ZECKHAUSER, R. (1988).

en ella a pesar de que la nueva información disponible aconseja cambiarla⁴⁵. De otro lado, los costes privados que para dichas autoridades suele conllevar la alteración del *statu quo* creado por la decisión inicial desincentivan su modificación.

Este problema podría ser combatido de dos maneras. Los Tribunales, en primer lugar, podrían rebajar hasta cierto punto el umbral de certeza a partir del cual consideran que en el caso enjuiciado sólo hay una solución válida, que deben establecer ellos mismos en sustitución de la anulada, eliminando así la posibilidad de que ésta sea reiterada. La pega es que semejante solución sólo vale para los casos marginales, donde es dudoso que la discrecionalidad administrativa se haya reducido a cero, y además supone un sacrificio para los valores que justifican la existencia de esta discrecionalidad. Los Tribunales, en segundo lugar, podrían condicionar la validez de la reiteración a la observancia de garantías formales y procedimentales especialmente estrictas y, en particular, a una motivación singularmente cuidada que permitiese despejar las sospechas de arbitrariedad. Esta solución tiene la ventaja de que vale para cualquier caso de reiteración, pero la desventaja de que exigir un «plus de motivación» no constituye una barrera insalvable frente a las reiteraciones que no satisfacen de manera óptima los intereses generales. Los Tribunales suelen optar por esta segunda alternativa. Sirva como ejemplo la jurisprudencia que se muestra extraordinariamente reacia a admitir la posibilidad de convalidar licencias urbanísticas –y, por ende, las edificaciones ilegalmente construidas a su amparo– mediante una modificación del planeamiento⁴⁶.

V. UNA TEORÍA SUSTANCIALMENTE ACORDE CON LA JURISPRUDENCIA

Con independencia de cuál sea el discurso con el que muchas veces los Tribunales visten sus decisiones, lo cierto es que, *de facto*, el sentido de éstas suele ajustarse, en líneas generales, a los criterios expuestos en el epígrafe anterior.

En efecto, nuestros Tribunales reconocen a veces a las Administraciones públicas un cierto «margen de apreciación» para interpretar y aplicar algunas disposiciones legales, aunque en éstas nada se diga explícitamente a este respecto. En sentido similar, en ocasiones se dice que determinadas decisiones administrativas gozan de

⁴⁵ Vid., *mutatis mutandis*, STERN, S. (2002), donde se analiza en qué medida estos factores pueden minar el valor del trámite de información pública en los procedimientos de elaboración de reglamentos, al provocar una excesiva cerrazón en los artífices del proyecto normativo frente a los comentarios formulados por el público, y se proponen varias soluciones.

⁴⁶ Criticada por SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2014).

una suerte de «presunción de acierto»⁴⁷. De resultas de ello, deben ser dadas por válidas a menos que se evidencie que las soluciones alcanzadas en la apreciación de los hechos o en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico rebasan un cierto nivel de implausibilidad. Para declarar la invalidez, hay que detectar un error «manifiesto», «notorio», «ostensible», «patente», «claro e inequívoco»⁴⁸. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentido similar, habla de «error manifiesto de apreciación»⁴⁹.

Al objeto de justificar la existencia de ese margen de apreciación o «presunción de acierto» se aducen varias razones. La más recurrente es la que podríamos denominar de la *complejidad técnica*. En ocasiones, los órganos administrativos que han participado en la elaboración de la decisión impugnada cuentan con mejores conocimientos especializados y están mejor situados que los Tribunales para resolver acertadamente determinadas cuestiones de gran complejidad técnica que plantea dicha decisión⁵⁰. Tal es la razón que subyace en la jurisprudencia sobre la llamada «discrecionalidad técnica», elaborada sobre todo en relación con la valoración de los méritos y la capacidad de los candidatos en los procedimientos de acceso al empleo público y de provisión de puestos de trabajo. Esta doctrina ha evolucionado notablemente⁵¹. Hace unos años, las apreciaciones técnicas de los correspondientes órganos administrativos eran prácticamente irrevisables por los Tribunales, hasta el punto de que se excluía *a priori* la posibilidad de practicar pruebas periciales dirigidas a evidenciar su carácter erróneo⁵². Esta jurisprudencia era muy desafortunada: en primer lugar, porque propiciaba que dichos órganos, conscientes de que sus apreciaciones técnicas eran *de facto* absolutamente inmunes al control judicial, cometieran arbitrariedades al efectuarlas⁵³; y, en segundo término, porque en ocasiones es relativamente

⁴⁷ Vid., entre otras, las SSTS 13 de febrero de 1996 (rec. 443/1995), 11 de noviembre de 1996 (rec. 1844/1989), 10 de febrero de 1998 (rec. 2960/1992), 18 de febrero de 2003 (rec. 646/2000) y 30 de enero de 2008 (rec. 9976/2004).

⁴⁸ Vid., además, de las citadas en la nota anterior, las SSTS de 16 de diciembre de 2014 (rec. 3157/2013), 23 de diciembre de 2014 (rec. 3462/2013) y 16 de marzo de 2016 (rec. 526/2015).

⁴⁹ Vid., entre otras muchas, las SSTJUE de 15 de octubre de 2009 (*Enviro Tech*, C-425/08, § 47) y 8 de julio de 2010 (*Afton Chemical Limited*, C-343/09, § 28).

⁵⁰ Vid., entre otras, la STS de 16 de diciembre de 2014 (rec. 3157/2013); las SSTJUE de 21 de enero de 1999 (*Upjohn*, C-120/97, § 34), 15 de octubre de 2009 (*Enviro Tech*, C-425/08, § 47) y 8 de julio de 2010 (*Afton Chemical Limited*, C-343/09, § 28); y la STEDH de 8 de julio de 2003 (*Halton y otros c. Reino Unido*, 36022/97, §§ 97 y ss.).

⁵¹ Vid. LÁZARO ALBA, E. y GONZÁLEZ BOTIJA, F. (2005); GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2012); RIVERO YSERN, E. y RIVERO ORTEGA, R. (2012); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2015).

⁵² Vid. la STC 34/1995, de 6 de febrero.

⁵³ Como advierte MESTRE DELGADO, J.F. (2016, p. 120), «ante la ausencia de control judicial, se ensanchaban los fenómenos de incorrecto ejercicio de las potestades».

poco costoso para los Tribunales detectar y declarar ciertos errores en los que dichas apreciaciones han podido incurrir.

Hoy ya no se excluye de entrada la posibilidad de revisar judicialmente el contenido de tales apreciaciones, y el rigor exigido a la motivación de las resoluciones administrativas adoptadas sobre la base de las mismas se ha intensificado muy considerablemente⁵⁴. No obstante lo cual, los Tribunales siguen reconociendo aquí a las autoridades administrativas un cierto margen de apreciación⁵⁵. Y, desde luego, así sucede también en otros ámbitos –v. gr. en los de la regulación de la economía y el control de riesgos tecnológicos–, donde la complejidad técnica y la incertidumbre en las que ha de moverse la Administración son mucho más acusadas que en el del acceso al empleo público⁵⁶.

Cuanto mayor es esta complejidad o, más exactamente, la diferencia de capacidad o brecha cognoscitiva entre la Administración y los Tribunales, tendencialmente más amplio es el margen de apreciación que éstos reconocen a la misma. De ahí que, por poner algunos ejemplos: (i) caigan «fuera del ámbito de dicha discrecionalidad técnica las apreciaciones que, al estar referidas a errores constatables con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental o común, no requieren esos saberes especializados»⁵⁷; (ii) el control judicial de las decisiones administrativas sobre acceso al empleo público suele ser más incisivo cuando se revisa la evaluación de conocimientos jurídicos, respecto de los cuales los jueces son expertos, que cuando se hace lo propio con saberes de distinta índole⁵⁸; (iii) la deferencia de los jueces hacia la Administración tiende a ser mayor cuanto mayor es la carga de trabajo de éstos, pues entonces tienen menos tiempo para estudiar cada uno de los casos sometidos a su juicio y, por lo tanto, la referida brecha cognoscitiva es más profunda⁵⁹.

Otro factor de primer orden es el *riesgo de que la autoridad administrativa aproveche su margen de apreciación para desviarse* de la solución que más conviene a los intereses públicos, riesgo que a su vez dependerá de otras variables, tales como los intereses o incen-

⁵⁴ Quizás como consecuencia de las abundantes críticas doctrinales. Vid., entre otros, COCA VITA, E. (1983); DESDENTADO DAROCA, E. (1997); IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1998); LÁZARO ALBA, E. y GONZÁLEZ BOTIJA, F. (2005).

⁵⁵ Vid. las SSTs de 16 de diciembre de 2014 (rec. 3157/2013), 23 de diciembre de 2014 (rec. 3462/2013) y 16 de marzo de 2016 (rec. 526/2015), así como el comentario de SÁNCHEZ MORÓN, M. (2015) a la primera de ellas.

⁵⁶ Vid., entre otros, CIRIANO VELA, C.D. (2000, pp. 359 y ss.); ESTEVE PARDO, J. (2009, pp. 899 y ss.); HERNÁNDEZ, J.C. (2011, pp. 284 y ss.); RUIZ PALAZUELOS, N. (2018, pp. 212 y ss.).

⁵⁷ Vid., entre otras, las SSTs de 18 de mayo de 2007 (rec. 4793/2000), 2 de junio de 2010 (rec. 1491/2007), 17 de febrero de 2016 (rec. 4128/2014) y 11 de mayo de 2016 (rec. 1493/2015).

⁵⁸ En sentido similar, GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2012, pp. 1208 y 1215).

⁵⁹ Vid. COAN, A.B. (2012) y, *mutatis mutandis*, en relación con la revisión de resoluciones judiciales por Tribunales superiores, HUANG, B.I. (2011) y LAVIE, S. (2016).

tivos que aquélla tenga para actuar de esta manera. Cabe estimar, por ejemplo, que la independencia y las garantías de objetividad con las que están configurados ciertos órganos administrativos reducen el peligro de que se produzcan desviaciones y, por lo tanto, justifican una mayor amplitud del referido margen. El Tribunal Supremo ha declarado a este respecto que, en efecto, ese margen resulta especialmente ancho cuando el órgano administrativo decisor goza de una singular imparcialidad⁶⁰, sus miembros vienen «adornados» por las cualidades de la objetividad y la independencia⁶¹ o son «ajenos a los intereses» afectados por la decisión⁶².

La *legitimidad democrática* también juega, en ocasiones, un papel relevante. Puede mencionarse aquí la jurisprudencia según la cual el carácter directamente representativo del Pleno del Ayuntamiento –junto con el principio de autonomía municipal– justificaría que a este órgano se le pueda reconocer un margen de maniobra en la regulación de las materias reservadas a la ley más amplio que el que cabe otorgar a los gobiernos estatal y autonómico, cuya legitimidad democrática no es directa, sino mediata⁶³.

Puede observarse, asimismo, que la *plausibilidad sustancial* de una decisión y las *garantías organizativas, procedimentales o formales* observadas para dictarla tienden a ser *sustitutivas* o intercambiables hasta cierto punto. Cuanto más sospechoso o endeble sea el contenido de una decisión, más rigurosas deberán ser esas garantías a los efectos de salvar su validez. Así lo ha visto muy bien algún autor: «la posición del Tribunal Supremo sobre el rigor exigible a la motivación puede depender de las dudas sobre la justicia material de la resolución administrativa recurrida... las sombras de duda... llevan a alzar la exigencia de motivación»⁶⁴. Y así se aprecia claramente en la STS de 10 de mayo de 2016 (rec. 189/2015), relativa al nombramiento del Presidente del TSJ de Murcia por el Consejo General del Poder Judicial. Éste había escogido a un candidato que había obtenido peor puntuación que otro respecto de los méritos susceptibles de mayor objetivación, y sólo había superado a éste en el mérito cuya valoración entrañaba mayor subjetividad. Así las cosas, el Tribunal Supremo considera

⁶⁰ Vid. por ejemplo, la STC 353/1993, de 29 de noviembre, en relación con los órganos administrativos encargados de calificar las pruebas de acceso a la función pública.

⁶¹ STS de 16 de julio de 2002 (rec. 2988/1998).

⁶² Vid. la STS de 9 de marzo de 1993 (rec. 7217/1990), relativa a un órgano encargado de juzgar pruebas de acceso a la función pública, y la STS de 9 de diciembre de 2004 (rec. 1073/2001), relativa al «Tribunal» Marítimo Central.

⁶³ Vid. las fundamentales SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, y 132/2001, de 8 de junio, así como BAÑO LEÓN, J. M. (1991, pp. 147 y ss.); DOMÉNECH PASCUAL, G. (2000); BLASCO DÍAZ, J.L. (2001, pp. 130 y ss.); GALÁN GALÁN, A. (2001, pp. 230 y ss.); VELASCO CABALLERO, F. y DÍEZ SASTRE, S. (2004); VELASCO CABALLERO, F. (2009, pp. 255 y ss.); ORTEGA BERNARDO, J. (2014, pp. 303 y ss.).

⁶⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2012, p. 1202).

que «en un supuesto como el actual en que la valoración de los elementos objetivos de la recurrente se impone tan claramente sobre los del candidato designado, se revela como exigencia insoslayable un plus de motivación... que justifique debidamente la significativa relevancia concedida al resto de los requisitos anunciados... en la convocatoria». Y ello «a fin de despejar cualquier sospecha de posible arbitrariedad o desviación de poder». De hecho, después de que el acuerdo fuera anulado por no contener ese «razonamiento especialmente cuidado», el Consejo volvió a escoger al mismo candidato, pero esta vez con una motivación que la STS de 27 de junio de 2017 (rec. 4942/2016) consideró suficiente.

De ahí también que el legislador español exija una motivación reforzada a las decisiones administrativas que «se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos» [art. 35.1.c) LPAC]. La razón es que esa separación constituye un «indicio de arbitrariedad en la actuación administrativa», que debe ser contrarrestado mediante una explicación particularmente rigurosa de las razones que la justifican⁶⁵.

Sirva también como ejemplo la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho de la redacción original del artículo 24.1.b) de la Ley del Gobierno, donde podía leerse que «a lo largo del proceso de elaboración [de los reglamentos] deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto». El Tribunal Supremo ha declarado en varias ocasiones que, en principio, estos últimos «estudios y consultas» son facultativos y, por lo tanto, su omisión no constituye una ilegalidad⁶⁶. Sin embargo, en su Sentencia de 9 de febrero de 2010 (rec. 591/2008), llega a la solución contraria. Para justificarla, el Tribunal, por un lado, deja sentado que la facultad prevista en dicho artículo, si bien discrecional, «no era enteramente libre», sino sujeta al principio de interdicción de la arbitrariedad y al designio de servir con objetividad los intereses generales. Por otro, llama la atención sobre las especiales circunstancias del caso: «esos informes y estudios habían sido sugeridos por el Consejo de Estado... al cuestionarse el acierto, oportunidad y hasta la legalidad de un proyecto que incidía en una materia en la que era objetivo que había diversidad de opiniones... Se trataba, pues, de una desatención procedimental relevante que se añadía a un expediente “escueto”, a lo que se añade una

⁶⁵ En relación con el precedente administrativo, vid. DÍEZ SASTRE, S. (2008, pp. 65 y 268 y ss.). Esta regla no está exenta de inconvenientes. Por ejemplo, puede propiciar que el autor del precedente, consciente de que será difícil cambiarlo, le dé a éste un contenido políticamente más extremo del que hubiera tenido en ausencia de semejante regla. Vid. GIVATI, Y., STEPHENSON, M.C. (2011).

⁶⁶ Vid., entre otras, las SSTs de 4 de mayo de 2010 (rec. 33/2006), 15 de julio de 2010 (rec. 25/2008), 14 de mayo de 2013 (rec. 173/2012) y 24 de septiembre de 2015 (rec. 206/2007).

serie de dudas sobre su acierto más otras no menos relevantes sobre la ilegalidad de la iniciativa»⁶⁷.

Finalmente, los Tribunales también parecen ponderar la magnitud de los *costes sociales que entraña la rectificación de sus eventuales errores*. Cuanto más difícil y costoso resulte corregir el error consistente en dar por válida una decisión administrativa en verdad contraria al interés público, menos deferencia suelen mostrar hacia ella. Cuanto mayores son los costes que puede ocasionar declarar equivocadamente la ilegalidad de una resolución administrativa, mayor habrá de ser el margen de discrecionalidad. Éste es, por ejemplo, uno de los factores –junto con el del riesgo de desviaciones– que explica por qué dicho margen resulta, *ceteris paribus*, menor en las decisiones administrativas que implican un menoscabo de los recursos naturales existentes que en aquellas otras que mantienen el *statu quo* ambiental⁶⁸.

⁶⁷ STS de 24 de septiembre de 2015 (rec. 206/2007).

⁶⁸ Vid. las SSTs de 13 de junio de 2011 (rec. 4045/2009) y 30 de septiembre de 2011 (rec. 1294/2008), comentadas por LOZANO CUTANDA, B. (2012).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (1994), *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1994.
- ALONSO MAS, M^a. J. (1998), *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALONSO MAS, M^a. J. (2003), «La ejecución de las sentencias anulatorias de actos administrativos por falta de motivación (Comentario a la STC 83/2001, de 26 de marzo)», *RAP*, 160, pp. 203-234.
- ARAGÓN REYES, M. (2016), *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid.
- ARANA GARCÍA, E. (2003), *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho administrativo*, Comares, Granada.
- ARANA GARCÍA, E. (2013), «Uso y abuso del decreto-ley», *RAP*, 191, pp. 337-365.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009), «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *InDret*, 2/2009.
- BACIGALUPO, M. (1997), *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid.
- BACIGALUPO, M. (2001), «De nuevo sobre la motivación de los nombramientos discrecionales en las carreras judicial y fiscal», *La Ley*, 5262.
- BAÑO LEÓN, J. M^a. (1991), *Los límites de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid.
- BAÑO LEÓN, J. M^a. (2011), «Reserva de Administración y Derecho Comunitario», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, 7.
- BAÑO LEÓN, J. M^a. (2011), «Retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?», *REDA*, 152, pp. 839-857.
- BELTRÁN DE FELIPE, M. (1995), *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2015), «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder», en ARROYO, L., BELADIEZ, M., ORTEGA, y RODRÍGUEZ, J. M^a. (coords.), *El juez del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, pp. 109-148.
- BLACKSTONE, W. (1769), *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Book the Fourth, Oxford, Clarendon Press.

- BLASCO DÍAZ, J. L. (2001), *Ordenanza municipal y ley*, Marcial Pons, Madrid.
- BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A. (2001), «Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar», *REDA*, 111, pp. 405-428.
- CIRIANO VELA, C. D. (2000), *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid.
- COAN, A. B. (2012), «Judicial Capacity and the Substance of Constitutional Law», *Yale Law Journal*, 122, pp. 422-458.
- COCA VITA, E. (1983), «Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica», *RAP*, 100-102, pp. 1039-1081.
- FERRERES COMELLA, V. (1997), *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid.
- COOTER, R. (2006), «The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint», *Fordham Law Review*, 75, pp. 1275-1286.
- DE VICENTE DOMINGO, R. (2014), *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*, Civitas, Madrid.
- DESDENTADO DAROCA, E. (1997), *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid.
- DESDENTADO DAROCA, E. (1999), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Elcano.
- DÍEZ SASTRE, S. (2008), *El precedente administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2000), «Límites sustanciales de las remisiones al reglamento en materia tributaria», *Revista General de Derecho*, 670-671, pp. 9183-9198.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2007), «¿Es compatible con el principio *ne bis in idem* reabrir un procedimiento sancionador caducado?», *REDA*, 136, pp. 727-755.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2017), «Las irregularidades no invalidantes desde una perspectiva económica», en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (eds.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, pp. 151-169.
- ESTEVE PARDO, J. (2009), «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional»,

en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (dirs.), *Regulación Económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, pp. 881-921.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1983), *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2012), «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *RAP*, 187, pp. 141-170.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2015), «La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece», *RAP*, 196, pp. 211-227.

FISMAN, R. Y MIGUEL, E. (2007), «Corruption, Norms, and Legal Enforcement: Diplomatic Parking Tickets», *Journal of Political Economy*, 115:6, pp. 1020-1048.

FRIEDMAN, L. (2016), *Impact: How Law Affects Behavior*, Harvard University Press, Cambridge.

GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2012), «El declive de la inmunidad judicial de las decisiones de los tribunales de oposiciones (análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre “discrecionalidad técnica”)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (eds.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 1, pp. 1193-1221.

GALÁN GALÁN, A. (2001), *La potestad normativa autónoma municipal*, Atelier, Barcelona.

GALBIATI, R. Y VERTOVA, P. (2014), «How laws affect behavior: Obligations, incentives and cooperative behavior», *International Review of Law and Economics*, 38, pp. 48-57.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1991), «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, pp. 159-208.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2009), *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Cizur Menor.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2017), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. I.

GARCÍA LUENGO, J. (2016), *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*, Iustel, Madrid.

GIVATI, Y. (2009), «Strategic Statutory Interpretation by Administrative Agencies», *American Law and Economics Review*, 12:1, pp. 95-115.

GIVATI, Y. Y STEPHENSON M. C. (2011), «Judicial Deference to Inconsistent Agency Statutory Interpretations», *Journal of Legal Studies*, 40, pp. 85-113.

HERNÁNDEZ, J. C. (2011), *El régimen jurídico-administrativo de las concentraciones de empresas en el derecho comunitario. Test sustantivo y control judicial*, Aranzadi, Cizur Menor.

HICKS, J. (1939), «THE FOUNDATIONS OF WELFARE ECONOMICS», *Economic Journal*, 49:196, pp. 696-712.

HUANG, B. I. (2011), «Lightened Scrutiny», *Harvard Law Review*, 124, pp. 1109-1151.

HUERGO LORA, A. (2000), *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor.

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», *RAP*, 156, pp. 283-306.

IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1998), *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid.

KALDOR, N. (1939), «Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility», *Economic Journal*, 49:195, pp. 549-552.

KELSEN, H. (1995), *Teoría pura del Derecho*, trad. R. Vernengo, Porrúa, México.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (2017), «El control judicial de la discrecionalidad administrativa», *REDA*, 186, pp. 83-108.

LAVIE, S. (2016), «Appellate Courts and Caseload Pressure», *Stanford Law and Policy Review*, 27, pp. 57-99.

LÁZARO ALBA, E. y GONZÁLEZ BOTIJA, F. (2005), «A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas», *REDA*, 1127, pp. 519-554.

LOPERA MESA, G. P. (2004), «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, pp. 211-246.

LOZANO CUTANDA, B. (2012), «Principio de *standstill* versus discrecionalidad administrativa. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2011», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (eds.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 1, pp. 1545-1573.

LOZANO SERRANO, C. (2013), «La reiteración de actos tributarios anulados desde el principio de congruencia procesal», *Tribuna Fiscal*, 268, pp. 19-31.

MARINA JALVO, B. (2017), «La cobertura legal del reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado», *REDA*, 188, pp. 223-238.

MARTÍN GONZÁLEZ, M. (1967), «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», *RAP*, 54, pp. 197-292.

MARTÍN REBOLLO, L. (2015), «Uso y abuso del Decreto-Ley (un análisis empírico)», *REDA*, 174, pp. 23-92.

MESTRE DELGADO, J. F. (2016), «Consideraciones sobre la denominada discrecionalidad técnica», en ARIAS, A., CARO, A., CHAVES, J. R. y FERNÁNDEZ, J.J. (eds.), *Usos y abusos del Derecho universitario. Homenaje a Juan Manuel del Valle*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 119-122.

MOZO SEOANE, A. (2018), *La atribución legal de discrecionalidad. En torno a la discrecionalidad valorativa*, Reus, Madrid.

MUÑOZ MACHADO, S. (2015), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, BOE, Madrid, t. III.

NICKERSON, R. S. (1999), «Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises», *Review of General Psychology*, 2:2, pp. 175-220.

ORTEGA BERNARDO, J. (2014), *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (1993), *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid.

PÉREZ OLEA, M. (1972), «La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 173, pp. 41-70.

PNG, I. P. L. (1986), «Optimal subsidies and damages in the presence of judicial error», *International Review of Law and Economics*, 6:1, pp. 101-105.

POLINSKY, A. M. Y SHAVELL, S. (2000), «The Economic Theory of Public Enforcement of Law», *Journal of Economic Literature*, 38:1, pp. 45-76.

PONCE SOLÉ, J. (2016), «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *REDA*, 175, pp. 57-84.

REBOLLO PUIG, M. (2002), «*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *Documentación Administrativa*, 263-264, pp. 185-221.

RIVERO YSERN, E. y RIVERO ORTEGA, R. (2012), «¿Acaso existe la discrecionalidad técnica? A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (eds.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 1, pp. 2063-2078.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M^a. (2016), *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid.

RUIZ PALAZUELOS, N. (2018), *El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los organismos reguladores. Un análisis de casos en los ámbitos de la energía y las telecomunicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor.

SAINZ MORENO, F. (1976), *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid.

SAMUELSON, W. y ZECKHAUSER, R. (1988), «Status Quo Bias in Decision Making», *Journal of Risk and Uncertainty*, 1:7, 1988, pp. 7-59.

SÁNCHEZ MORÓN (1994), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2014), «Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos» *RAP*, 195, pp. 197-2015.

SESMA SÁNCHEZ, B. (2017), *La nulidad de las liquidaciones tributarias*, Aranzadi, Cizur Menor.

SHAVELL, S. (2012), «When Is Compliance with the Law Socially Desirable?», *Journal of Legal Studies*, 41, pp. 1-36.

STEPHENSON, M. C. (2006), «The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality and Judicial Review of Agency Statutory Interpretations», *Harvard Law Review*, 119, pp. 1035-1070.

STERN, S. (2002), «Cognitive Consistency: Theory Maintenance and Administrative Rulemaking», *University of Pittsburgh Law Review*, 63, pp. 589-644.

TARDÍO PATO, J. A. (2018), «La problemática actual de la potestad disciplinaria sobre el alumnado de las Universidades públicas», en *Actas del XIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Salamanca.

TYLER, T. R. (2006), *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, Princeton.

VELASCO CABALLERO, F. (2009), *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid.

VELASCO CABALLERO, F. y DíEZ SASTRE, S. (2004), «Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora», *Cuadernos de Derecho Local*, 5, pp. 50-62.

VERMEULE, A. (2016), *Law's Abnegation*, Harvard University Press, Cambridge.

VIVER PI-SUNYER, C. (2013), «Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales», *REDC*, 97, pp. 13-44.

VOLOKH, A. (1997), "n Guilty Men", *University of Pennsylvania Law Review*, 146, pp. 173-216.

La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA

Juan Ramón Fernández Torres

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Complutense de Madrid

Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PAPEL GRIS DE LA LEY JURISDICCIONAL DE 1956. III. LA LEY JURISDICCIONAL DE 1998: BALANCE GENERAL MUY INSATISFACTORIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL JUSTICIABLE. IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO.

RESUMEN: el presente estudio da cuenta de las limitaciones y disfunciones tales como la ausencia de regulación de un verdadero proceso ejecutivo; la defectuosa técnica normativa empleada por la LJCA al abordar la materia; la pervivencia de privilegios administrativos de origen francés y justificación más que cuestionable; las dificultades de diverso tipo suscitadas por la imposibilidad legal o material de ejecución de sentencias contemplados en el artículo 105.2 LJCA, a las que se suman en sectores paradigmáticos como el urbanismo. El autor propone medidas como la erradicación de la acción pública a la vista la extraordinaria amplitud de la legitimación activa con fundamento en el artículo 24 CE; la depuración de los privilegios antedichos que carecen de justificación objetiva; la atribución a los Jueces y Tribunales de una potestad para suspender la tramitación del proceso contencioso-administrativo y otorgar un plazo para intentar la subsanación del vicio constatado, cuando ello sea posible; y el reconocimiento expreso de instrumentos tales como el principio de intangibilidad de la obra pública.

PALABRAS CLAVE: ejecución de sentencias. Problemas y perspectivas. Reforma de la LJCA.

ABSTRACT: the present study accounts for the limitations and dysfunctions such as the absence of regulation of a true executive process; the defective normative technique employed by the Administration Judicial Review Act in approaching the subject; the survival of administrative privileges of French origin and justification beyond question; the difficulties of various kinds arising from the

cases of legal impossibility or material execution of sentences contemplated in Article 105.2 Administration Judicial Review Act, which are added in paradigmatic sectors such as urbanism. The author proposes measures such as the eradication of public action, in view of the extraordinary breath of active legitimization based on Article 24 of Spanish Constitution; the debugging of the aforementioned privileges that lack objective justification; the attribution to the Judges and Courts of a power to suspend the processing of the contentious-administrative process and to grant a period of attempt the rectification of the observed defect, whenever possible; the express recognition of instruments such as the principle of intangibility of public works.

KEY WORDS: execution of sentences. Problems and perspectives. Reform of the Administration Judicial Review Act

I. INTRODUCCIÓN

Hace ahora sesenta y dos años la extraordinaria Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 acertaba a definir de forma impecable el papel confiado al proceso, declarando que “la necesidad de una Jurisdicción contencioso-administrativa eficaz trasciende de la órbita de lo individual y alcanza al ámbito colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administradores, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración” (sic).

Pese a tan nobles propósitos, éstos distan muy mucho de cumplirse ni entonces, ni años después. Es ilustrativo el testimonio del entonces Magistrado del Tribunal Supremo J. Fernández Hernando que, tras exponer en detalle las diversas modalidades de incumplimiento de las sentencias dictadas por los Tribunales contencioso-administrativos, concluye con un elocuente llamamiento a los mismos para poner fin a un estado de cosas muy insatisfactorio. Lo hace en términos singulares pero muy expresivos: “la ardua empresa de someter al juego limpio de las normas jurídicas al complejo vivo de las relaciones humanas, de tender un puente practicable entre el *sollen* y el *sein* kelsenianos, impone a los Jueces «una esclavitud honrosa, mas al fin esclavitud», según escribió el P. Feijoo, que se traduce en solícita dedicación a su noble oficio a fin de alcanzar la Justicia con el ineficiente concurso de la Prudencia y de la Fortaleza. Luzcan estas virtudes en el diario afán de los que integran los Tribunales encargados de fiscalizar la actividad de la Administración pública proclive a

desorbitar sus potestades con agravio de derechos y lesión de intereses individuales, y todo lo demás – eficacia, prestigio, acatamiento – les será dado por añadidura”¹.

Estas palabras no han perdido un ápice de vigencia. En absoluto pueden ser tildadas de obsoletas, como habrá ocasión de comprobar al examinar el balance de dos décadas de vigencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA, en adelante). En el fondo, son previsibles si se examina la evolución de la Jurisdicción contencioso-administrativa y se tiene presente que, como indica el Profesor Font i Llovet, “la historia de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas es la historia de un lamento... prolongado, sentido directamente por los abogados y expuesto por los juristas, un lamento objeto de crónica fiel por la doctrina científica que se añade al lamento mismo. Y lo que es más significativo, lamento también por parte de los jueces y tribunales”².

Pero antes conviene recordar algunas ideas elementales sobre la Ley Jurisdiccional de 1956, a modo de preámbulo.

II. EL PAPEL GRIS DE LA LEY JURISDICCIONAL DE 1956

Es de sobra conocido que la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 realiza notables avances en distintos campos³. Pero también es sabido que no logra deshacerse de dogmas tradicionales tales como la separación de poderes, fundamento del otorgamiento de la competencia inicial para la ejecución

¹ Vid. FERNÁNDEZ HERNANDO, J., “El incumplimiento de las sentencias administrativas, sus formas y su tratamiento jurisprudencial”, en AAVV, *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas, Tomo III, vol. 1º. Estudios de Derecho Administrativo general*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 239-253 y, en especial, pág. 253.

² Vid. el prólogo a la obra de MARTÍN DELGADO, I., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 9.

³ Vid. una aproximación a la misma, así como referencias bibliográficas esenciales, en FERNÁNDEZ TORRES, JR., *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Iustel, Madrid, 1ª ed., 2007, págs. 801 y ss.; y, recientemente, BASSOLS COMA, M., “A propósito del sexagésimo aniversario de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956: modificaciones e innovaciones introducidas en su tramitación parlamentaria”, *Revista de Administración Pública* (2017), 203, págs. 309-341, incluido asimismo en MÍGUEZ MACHO, L. y ALMEIDA CERREDA, M. (coordinadores), *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado autonómico. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, EGAP, Andavira y Fundación Democracia y Gobierno Local, Santiago de Compostela, 2017, vol. II, págs. 27-50.

de las sentencias a la Administración autora del acto recurrido (artículo 103)⁴, y la inembargabilidad de los caudales públicos (artículo 108)⁵.

Es notorio, además, que la Ley Jurisdiccional de 1956 no impone el cumplimiento inexorable, íntegro y total de las sentencias, toda vez que contempla la posibilidad en supuestos tasados de suspenderlas o inefectarlas mediante acuerdo del Consejo de Ministros (artículo 105). Los propios Magistrados del orden contencioso-administrativo reconocen dichas limitaciones⁶, junto a una doctrina científica⁷ que las denuncia con insistencia.

A todo ello se une que la Ley Jurisdiccional de 1956 no frena de forma eficaz las inercias del pasado y las prácticas abusivas de las Administraciones condenadas, a pesar de la introducción de una diversidad de mecanismos, tales como el otorgamiento a los Jueces y Tribunales de poderes de impulso e intimación de la ejecución (artículo 110), la proclamación de la responsabilidad, personal y directa, civil y penal, de los agentes encargados del cumplimiento de las Sentencias (artículo 105.6) o la publicación en el Boletín Oficial del Estado de una relación expresiva de las ejecutadas

⁴ Hace más de cuarenta y cinco años el Magistrado de lo Contencioso-administrativo CANO MATA, A., afirmaba de forma categórica que “el sistema de ejecución que contempla dicha Ley es peligroso e inadecuado, pues no basta con que el tribunal tenga en sus manos medidas fiscalizadoras, sino que es necesario que sea él mismo quien ejecute las sentencias convirtiendo la Administración en una simple ejecutor «cualificado»” [vid. “Ejecución judicial de las resoluciones contencioso-administrativas”, *Revista de Administración Pública* (1973) 70, págs. 29-53]. Una década después vuelve sobre el mismo asunto declarando de forma categórica que, “sin este sometimiento absoluto, la justicia contencioso-administrativa puede llegar a ser un espejismo, puesto que si –como dijo MERKL– el proceso contencioso supone un voto de desconfianza para la Administración y de confianza para la Justicia, ¿no será la ejecución administrativa un desprecio hacia la justicia y un privilegio innecesario de la Administración” [vid. “Ejecución judicial de sentencias contencioso-administrativas. El embargo a la Administración como manifestación del principio de tutela judicial efectiva”, *Revista de Administración Pública* (1984) 103, págs. 17-45, en especial pág. 22].

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., lo calificaba hace ahora más de treinta años como un “asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio” [vid. “Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias”, *Documentación Administrativa* (1987) 209, págs. 7-15, en detalle pág. 13; y apenas cuatro años antes, CANO MATA, A. (1984: 41-45)].

⁶ Vid., por todos, GABALDÓN PÉREZ, J., “La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas”, *Poder Judicial* (1990) 15, número extraordinario dedicado a la reforma del proceso contencioso-administrativo, págs. 27-58; y GONZÁLEZ RIVAS, J.J., “Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: urgencia y criterios orientadores de la reforma”, *Poder Judicial* (1990) 15, número extraordinario dedicado a la reforma del proceso contencioso-administrativo, págs. 155-182.

⁷ Vid., p.e., BORRAJO INIESTA, I., “Las facultades de los Tribunales para ejecutar sentencias contra las Administraciones públicas (Auto del Tribunal Supremo 13 marzo 1986, alcalde de Villanueva de Arosa)”, *Revista Española de Derecho Administrativo* (1987) 53, págs. 62-96; BASSOLS COMA, M., “La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública en jurisdicciones distintas a la contencioso-administrativa”, en GÓMEZ FERRER MORANT, R., (coordinador), *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 109-131, así como en *Documentación Administrativa* (1987) 209, págs. 47-97; y SOSA WAGNER, F y QUINTANA LÓPEZ, T. “La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas”, *Documentación Administrativa* (1987) 209, 17-45.

durante el año anterior, así como de las inejecutadas y los motivos de ello (artículo 112). Dan fe de lo señalado una multitud de testimonios de profesores, magistrados y abogados, además del antes citado de J. Fernández Hernando. Las críticas formuladas se refieren, por supuesto, a la regulación legal⁸ y, además, y sobre todo, a la propia actitud exhibida por los órganos jurisdiccionales, que está muy lejos de las expectativas generadas por la propia Ley Jurisdiccional de 1956⁹.

En efecto, la clave de la falta de operatividad real del sistema de ejecución de sentencias de la Ley Jurisdiccional de 1956 no se halla tanto en sus limitaciones cuantitativa que en su aplicación práctica o, incluso, en su inaplicación: “el rendimiento hasta ahora obtenido del cuadro legal que se contiene en los artículos 103 y siguientes de nuestra Ley jurisdiccional – afirma T. R. Fernández Rodríguez- es más bien escaso. Parece claro, también, que una utilización a fondo de los mecanismos legales disponibles sería capaz de reducir a la nada todos los problemas. La cuestión para nosotros no está, por lo tanto, en una reforma de la legislación vigente, ni en una conversión del actual sistema de ejecución administrativa bajo fiscalización judicial por otro de ejecución judicial a través de la Administración, sino en la afirmación por parte de los Tribunales de una voluntad decidida de poner en juego unas técnicas jurídicas que, en uno y todo caso, son muy similares y que, desde luego, no funcionan solas, ni funcionan mejor por el simple hecho de cambiar la rúbrica que los preside”¹⁰.

⁸ Ya en la 1ª edición del “*Curso de Derecho Administrativo*” los Profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez advertían que encomendar la ejecución de la sentencia a la propia Administración condenada “implica dejar en sus manos el cumplimiento de las sentencias que la sean desfavorables, con lo cual amenaza con quedar en el aire todo el sistema de garantías que la existencia de la vía contencioso-administrativa supone” (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, volumen II, 1ª ed., 1977, pág. 546). En términos más condescendientes se pronuncia GONZÁLEZ PÉREZ, J. (vid. “*Derecho procesal administrativo*”, tomo II, IEP, Madrid, 2ª ed., 1966, págs. 955 y 956).

⁹ Vid. p.e., GONZÁLEZ PÉREZ, J., “*Administración Pública y libertad*”, UNAM, Méjico, 1971, págs. 81 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “Ejecución de sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo: ¿Puede un Ayuntamiento demorarla o desviarla de alguna manera?”, *Revista de Administración Pública* (1972) 67 págs. 231-239; DE LA OLIVA SANTOS, A., “Notas sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo”, *Documentación Administrativa* (1974) 159, págs. 75-111; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública* (1974) 73, págs. 151-177; o GONZÁLEZ MARIÑAS, P., *La inejecución de sentencias de los Tribunales Contencioso-Administrativos*, ENAP, Madrid, 1975; entre otros. En esta línea, el Magistrado CANO MATA, A. enfatiza con apoyo en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 CE lo que llama “un principio inexorable: cuando la Administración retrase el cumplimiento de las medidas conducentes a la ejecución de una sentencia, el tribunal tiene que adoptar todas las necesarias –repetimos, todas- para que el principio de tutela efectiva no sea violado” (vid. 1984: 41).

¹⁰ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, *Revista de Administración Pública* (1977) 84, págs. 263-278.

Ello explica que la doctrina científica denuncie su falta de acomodo a exigencias constitucionales básicas¹¹ y “la propia precariedad del sistema de ejecución de sentencias, que, aun habiendo sido objeto de una importante reconstrucción por vía interpretativa, apenas podía satisfacer los requerimientos constitucionales, particularmente exigentes en este punto”¹².

III. LA LEY JURISDICCIONAL DE 1998: BALANCE GENERAL MUY INSATISFACTORIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL JUSTICIABLE

En este contexto, la superación decidida de los viejos dogmas y el esfuerzo de adaptación a la Constitución Española por la LJCA constituyen una prioridad del legislador en 1998. No en balde la Exposición de Motivos de la LJCA declara que “la Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo” (sic).

Semejante planteamiento legal es acogido favorablemente en primera instancia por la doctrina científica, que no duda en afirmar que el sistema de ejecución de sentencias recogido en la misma merece ser calificado “como uno de sus mayores aciertos”¹³.

¹¹ Vid., p.e., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1987: 7-15); FONT I LLOVET, T., *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Civitas, Madrid, 1985; del mismo autor, “Medidas para hacer efectiva la ejecución de las sentencias”, en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L.(coordinador), *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, volumen II. “La Jurisdicción contencioso-administrativa”, Civitas, Madrid, 1993, págs. 1173-1186; BELTRÁN DE FELIPE, M., “Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso-administrativo”, en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.(coordinador), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, volumen IV, “Del Poder Judicial. Organización territorial del Estado”*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2085-3111, en especial, págs. 3102-3108; del mismo autor, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995; y, acerca de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en la materia, RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., “Ejecución de sentencias contencioso-administrativas y Tribunal Constitucional”, en SÁNCHEZ LAMELAS, A.(coordinadora), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas: IV curso sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi Thomson, Pamplona, 2006, págs. 13-32.

¹² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, volumen II, 15ª ed., 2017, pág. 603. Abunda en esta misma línea GONZÁLEZ PÉREZ, J., para quien “los Tribunales contencioso-administrativos, como en tantas otras ocasiones, no aprovecharon la importantísima innovación legislativa y continuaron actuando –hasta la Constitución de 1978– como si carecieran de potestades de ejecución frente a las Entidades públicas” (vid. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 6ª ed., 2011, pág. 1024).

¹³ Vid., p.e., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., (2017: 695); en la misma línea, ARNALDO ALCUBILLA, E. y FERNÁNDEZ VALVERDE, R., *Jurisdicción Contencio-*

Sin embargo, este parecer ni fue unánime en su día, ni lo es en la actualidad¹⁴. Más bien al contrario. Existen limitaciones y disfunciones, así como obstáculos y frenos que lastran la observancia del mandato constitucional de cumplimiento de las resoluciones judiciales y, por ende, la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial¹⁵, dificultando e incluso imposibilitando que “esta tutela sea real y verdadera y no meramente nominal o, dicho de otro modo, cuando real y verdaderamente, no sólo nominalmente, se resuelva el conflicto planteado o se actúe el derecho o se satisfaga la pretensión”¹⁶.

Sin ánimo de exhaustividad, mi propósito es dar cuenta de las limitaciones y disfunciones, así como de los obstáculos y frenos que son más habituales y, por ello mismo, más controvertidos¹⁷. En primer lugar, debe señalarse la ausencia de regula-

so-Administrativa. Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, La Ley y El Consultor, Madrid, 3ª ed., 2007, págs. 932 y ss.; FONT I LLOVET, T., “Justicia administrativa y ejecución de sentencias”, en MONTORO CHINER, M. J., (coordinadora), *La justicia administrativa: libro homenaje al Profesor Doctor D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, págs. 819-842; TORNOS MAS, J., BAÑO LEÓN, J.M., LOZANO CUTANDA, B., MÍGUEZ BEN, E., BELTRÁN DE FELIPE, M. o GÓMEZ PUENTE, M., en AAVV, “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, Civitas, Madrid, 1998, págs. 715 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L., *40 años de Derecho Administrativo post constitucional y otros ensayos rescatados*, Aranzadi Thomson Reuters y Gobierno de Cantabria, Pamplona, 2017, págs. 603 y ss.; ORTEGA ÁLVAREZ, L., “La ejecución de sentencias”, *Justicia Administrativa* (1999), número extraordinario consagrado a *La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, págs. 153-163; del mismo autor, “La ejecución de sentencias”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (directores), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 1999, págs. 481-501; SALA, P., XIOL RÍOS, J.A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Práctica procesal contencioso-administrativa*, tomo VII. *Ejecución de sentencias* (Artículos 103 a 113 LJCA), Bosch, Barcelona, 1999; SENÉN HERNÁNDEZ, M., “Capítulo 12. Ejecución de sentencias” en PENDÁS GARCÍA, B., (coordinador), *Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio sistemático*, ed. Praxis, S.A., Madrid, 1999, págs. 367-400; y TORNOS MAS, J. “Comentario al Capítulo IV del Título IV de la LJCA”, en SANTOS VIJANDE, J. Mª. (director), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, EDESA, Madrid, 1999, págs. 825-883.

¹⁴ Vid., por todos, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Iustel, Madrid, 1ª ed., 2010, págs. 1085 y ss.

¹⁵ Vid., p.e., MARTÍN VICTORIA, S. Mª., *La Jurisdicción Contenciosa: Análisis Práctico*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1ª ed., 2016, págs. 881 y ss.

¹⁶ Vid. DELGADO BARRIO, J., “El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso-administrativa”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., (coordinador), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, volumen II. La Jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 1187-1224, en particular pág. 1190.

¹⁷ Dejo al margen otras formas de inejecución administrativa, como las consistentes en la inactividad que pretende evitar el cumplimiento de sus propios actos [vid., al respecto, LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Jurisdicción contencioso-administrativa e inejecución 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. (coordinadores), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, volumen I. España, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 1ª ed., 2012, págs. 1519-1544], así como supuestos excepcionales y especialmente complejos, como el expuesto por FORTES MAR-

ción de un verdadero proceso ejecutivo. En puridad, hay autores como J. González Pérez que sostienen que en buena lógica lo razonable era la implantación pura y simplemente de una vía ejecutiva para tales supuestos. A su juicio, “si ante la inactividad de la Administración 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 aquella actividad”¹⁸.

Tanto es así que algún autor llega a afirmar que “sólo haciendo gala de una generosidad o un esfuerzo imaginativo sin límites puede hablarse de ejecución de sentencias en el ámbito contencioso-administrativo, sobre todo si se compara le extensa y detallada regulación contenida en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil con los escuetos, rácanos y muy deficientes diez artículos que la Ley 29/1998 de 13 de julio dice dedicar a la materia”¹⁹.

En segundo lugar, debe resaltarse la defectuosa técnica normativa empleada por la LJCA al abordar la materia. Algún autor va mucho más allá, poniendo en cuestión el mismo punto de partida de la ordenación positiva, como es la presunción del cumplimiento voluntario de la Sentencia por la Administración condenada y, en caso contrario, la suficiencia de la admonición del juez o Tribunal para vencer su resistencia. De ahí que, como resultado de la comparación entre los regímenes civil y contencioso-administrativo de ejecución de sentencias, se eleven voces en la propia Magistratura que sostienen que “esta diferencia de planteamientos pone en evidencia

TÍN, A., [vid. “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. (coordinadores), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, volumen I. España, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 1ª ed., 2012, págs. 1157-1191]. Por cierto, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de julio de 2018 (DF nº 109/2004) acordó declarar ejecutada la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2008, al estimar que en los informes llevados a cabo acerca de las mediciones del ruido producido por el sobrevuelo de aeronaves sobre la urbanización Santo Domingo de Madrid “se aprecia una contaminación acústica por debajo de los límites legales establecidos en las normas vigentes”.

¹⁸ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2011: 406).

¹⁹ Vid. PÉREZ ALONSO, J., “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 inexecución de sentencias”, *Revista General de Derecho Administrativo* (2015) 40, págs. 1-2 y 8. Sin llegar a esa valoración tan crítica, BAÑO LEÓN J. M^a. critica la ausencia de un proceso de ejecución diáfano como consecuencia de la superposición disfuncional de reglas y mecanismos [vid. BAÑO LEÓN J. M^a. “La eficacia de las sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo* (2016) 177, pág. 86].

que la Ley Jurisdiccional no está pensada para situaciones complejas. Parece que la idea de la que parte es que la ejecución de la sentencia por la Administración no plantea problemas, a lo sumo una cierta resistencia pasiva que puede ser vencida con una ligera presión ejecutiva”²⁰.

En tercer lugar, es objeto de crítica igualmente la pervivencia de privilegios administrativos de origen francés y justificación más que cuestionable. Me refiero a privilegios tales como

- la inembargabilidad de los caudales públicos²¹ y, muy en particular, la regla contenida en el artículo 106.4 LJCA. En la medida en que dicho precepto faculta 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”, está haciendo posible un cumplimiento gradual y diferido²². Ello implica la imposición al recurrente ganador de un deber de financiación a la Administración condenada, que se ha de sumar a los onerosos gastos a los que ha debido hacer frente hasta obtener la firmeza de la Sentencia estimatoria (la ejecución del acto recurrido, ya sea una sanción pecuniaria, ya la liquidación de un tributo, o ya el cumplimiento de una orden –p.e., urbanística de conservación o ejecución de obras-, las tasas y gastos judiciales y los honorarios de procurador y abogado, en todo caso). Como advierten 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 negociase 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”²³.

²⁰ Vid. PARICIO RALLO, E., “La insolvencia de la Administración. Ejecución judicial de deudas públicas”, *Cuadernos de Derecho Local* (2012) 30, pág. 6.

²¹ Ello es así, a pesar de la positiva 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 Administraciones condenadas de su insuficiencia. Vid. AAVV., “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 4^a ed., 2010, pág. 1094; y RUIZ OJEDA, A., “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”, *Revista Española de Derecho Administrativo* (1999) 103, págs. 423-449.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. lo denominan “aplazamiento escalonado de los pagos” (2017: 705).

²³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2017: 705).

- los plazos voluntarios de cumplimiento de los fallos (dos y hasta tres meses desde la comunicación de la firmeza, que suelen prolongarse varias semanas más en la práctica, p.e.). Amén de su falta de justificación objetiva, la doctrina científica resalta con buenas razones la disparidad de trato con respecto al régimen contemplado en la legislación procesal civil y laboral²⁴;

- la inobservancia del despacho automático de ejecución; y, por último,
- la exención de la imposición de costas en esta fase²⁵.

En cuarto lugar, numerosos autores subrayan el escaso interés de Jueces y Tribunales hacia la fase de ejecución de sentencia consecuente con aquélla²⁶. Así, J. M^a. Baño León estima que “para los jueces la ejecución de las sentencias contra la Administración suele concebirse como un estorbo, de suerte que lo usual es que rara vez el juez dirija la ejecución de la sentencia, permitiendo dilaciones indebidas e injustificadas de todo tipo en la ejecución”²⁷.

A ello se une el comportamiento de la Administración litigante y sus representantes procesales. J.A. Santamaría Pastor señala justamente que se trata de “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

²⁴ Vid. PÉREZ ALONSO, J. (2015: 8).

²⁵ Vid., entre otros, SORIANO GARCÍA, J.E., *El Poder, la Administración y los jueces (a propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial*, Iustel, Madrid, 2012, págs. 27 y 28. Hay que retener, entre otros privilegios administrativos; o PÉREZ ALONSO, J. (2015: 3).

²⁶ La Magistrada C. Picó Lorenzo reconoce que “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 jurisdiccionales que vedan eventuales “cambalaches” entre las partes para eludir el cumplimiento del fallo” (vid. PICÓ LORENZO, C., “La ejecución de sentencias”, en la obra colectiva dirigida por ella misma y titulada *La nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 465-530, en concreto pág. 474).

²⁷ Vid. BAÑO LEÓN, J. M^a. (2016: 86).

quejas de los recurrentes. En tal situación, el desinterés de algunos órganos judiciales hacia los incidentes de ejecución es no sólo comprensible, sino incluso justificable²⁸.

En quinto lugar, en conexión con lo anterior, todos los autores denuncian de forma contundente los abusos de las Administraciones litigantes que, so pretexto de un interés público al que dicen servir, con demasiada frecuencia emplean cualesquiera argucias para obstaculizar el cumplimiento de los fallos aprovechando los resquicios y carencias legales (por ejemplo, mediante la pura y simple pasividad o, por el contrario, el ejercicio de sus potestades normativas, etc...)²⁹. Resulta lapidaria la valoración de J. González Pérez: “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”³⁰.

En sexto lugar, también es objeto de crítica severa la resistencia de los Jueces y Tribunales a enjuiciar en sede de ejecución, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 103.4 LJCA, los actos y disposiciones dictados por la Administración para dar cumplimiento a sus sentencias y su preferencia en su lugar por proponer a los ejecutantes la interposición de un nuevo recurso contra los mismos en contra de lo establecido por aquélla y más aún, por el artículo 24 de la Constitución, que garantiza a todas las personas el derecho fundamental a una tutela judicial que sea efectiva³¹.

Semejante actuación suscita un dilema muy serio a los abogados que sintetiza el Profesor Fernández Rodríguez del modo que sigue: “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

²⁸ Vid. SANTAMARIA PASTOR, J.A. (2010: 1088 y 1089).

²⁹ Desde hace décadas la doctrina científica se pronuncia categóricamente contra el incumplimiento habitual de las sentencias por parte de las Administraciones Públicas. Baste por todas las citas de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1974: 151-178), PÉREZ ALONSO, J (2015: 40) o BAÑO LEÓN J. M^a. (2016: págs. 85-102).

³⁰ Vid. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 7^a ed., 2013, pág. 103.

³¹ No menos importancia desde un punto de vista cualitativo reviste la práctica de la Administración condenada que consiste en considerar el acto de ejecución exigido 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, BAÑO LEÓN J. M^a. (2016: 87 y ss.).

hacer entonces? Lo más sensato parece 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 Jurisdiccional 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” (sic)³².

Afortunadamente hay fallos meritorios como la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 27 de febrero de 2008 (recurso de casación nº 3247/2006), que pone de manifiesto cómo se esfuerza en interpretar y aplicar de forma correcta la LJCA: no puede tenerse por ejecutado un fallo, que es inequívoco, por unos Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que en rigor lo contradicen, máxime a la vista de la pasividad de la Administración condenada durante casi dieciocho años, porque

“la publicación del nuevo Real Decreto casi dieciocho años después de la promulgación del de 1987 sin que la Disposición Transitoria Primera de éste se hubiera desarrollado, y cuatro años y medio después de que una Sentencia firme hubiera dispuesto su desenvolvimiento, no satisface el derecho reconocido al recurrente por el Tribunal y, en consecuencia, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución, derecho que comprende ineludiblemente el de hacer ejecutar lo juzgado, y que en este caso no ha sido satisfecho” (sic).

En consecuencia, a la vista de las posibilidades legales y de la claridad del fallo de 14 de octubre de 2000³³, que contiene una condena a la Administración pendiente

³² Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “El artículo 103.4 LJ no les gusta a los Jueces”, en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y RIVERO YSERN, J.L. (coordinadores), *El nuevo Derecho Administrativo. Libro homenaje al Profesor Doctor Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis y Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, págs. 139-146, en particular página 146; y, en esta misma línea, p.e., HUERGO LORA, A., “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”, *Revista de Administración Pública* (2001) 156, págs. 283-306; BOCANEGRA SIERRA, R., “La anulación en incidente de ejecución de sentencia de decisiones administrativas que infringen lo ejecutoriado”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R., (coordinadores), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, volumen I. España, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 1ª ed., 2012, págs. 789-801; y DE MIGUEL PAJUELO, F., “Capítulo 7. La Ejecución de las Sentencias”, en PALOMAR OLMEDA, A., (director), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Tomo II. Recursos, Ejecución de Sentencias y Disposiciones Comunes*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2ª ed., 2012, págs. 795 y ss., en especial págs. 820-822.

³³ El Tribunal Supremo declara “el derecho del demandante a que por el órgano competente se dé cumplimiento al mandato contenido en la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 992/1987,

de ejecución ineludible, el Tribunal Supremo estima que en puridad su recto cumplimiento del fallo exige que ésta

“a través del órgano competente una vez que la Sentencia dio por acreditados en el recurrente los requisitos objetivos exigidos por la Disposición Transitoria Primera deberá requerir al Sr. Juan Antonio para que, de acuerdo con la misma, presente o bien un trabajo de investigación sobre la especialidad Obstétrico-Ginecológica (Matronas) que será evaluado del modo que la Administración disponga, o supere las pruebas que la Administración convoque y que versarán sobre los programas de formación de la Especialidad respectiva. Para cumplir lo expuesto se establece por la Sala un plazo de seis meses a partir del momento en que la Sentencia le sea notificada a la Administración” (sic).

En séptimo lugar, debe notarse que ciertas soluciones jurisprudenciales que no se compadecen de respaldo claro e inequívoco en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y en la legislación ordinaria. Es el caso, por ejemplo, de la autoatribución de una potestad jurisdiccional de suspensión de la ejecución de las sentencias en el supuesto de su impugnación en vía de amparo constitucional, siempre que de ella puedan derivarse daños y perjuicios irreversibles en caso de otorgamiento de dicho amparo, 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 nº 5270/2011])³⁴.

En octavo lugar, deben ponerse de relieve las dificultades de diverso tipo suscitadas por los casos de imposibilidad legal o material de ejecución de sentencias contemplados en el artículo 105.2 LJCA, a las que se suman en sectores paradigmáticos como el urbanismo³⁵ ciertos comportamientos de los particulares dirigidos a forzar

de 13 de julio, realizando el desarrollo reglamentario establecido en la misma, condenando a la Administración a estar y pasar por esta declaración y a adoptar las medidas necesarias para llevarla a efecto”.

³⁴ Vid. al respecto, EZQUERRA HUERVA, A., “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”, *Revista de Administración Pública* (2005) 197, págs. 271-304.

³⁵ Vid. acerca de la ejecución de sentencias en materia de urbanismo, en los últimos años se han sucedido un buen número de publicaciones interesantes. Valga la cita de las siguientes por orden cronológico, pero sin ánimo de exhaustividad:

-MENÉNDEZ PÉREZ, S., “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)”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2004) 10, págs. 119-125;

la prevalencia de los hechos consumados en los supuestos de anulación judicial de instrumentos de planeamiento o de licencias de obras con posterioridad a la terminación (o casi) de las obras de urbanización e, incluso, de la construcción de las viviendas y hasta después de la conclusión de una o varias transmisiones de las mismas

-
- SÁMANO BUENO, P., “La ejecución de sentencias en materia de urbanismo: repaso del estado de las cosas y alguna propuesta”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* (2007) 238, págs. 149-216;
 - RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “Tutela judicial efectiva e imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo”, *Revista Aranzadi Doctrinal* (2009) 3, págs. 85-99;
 - REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAINEZ, E., “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* (2010) 720, págs.1595-1646;
 - REVUELTA PÉREZ, I., “Demoliciones urbanísticas y buena fe dominical”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2011) 23, págs. 97-111;
 - GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe (Luces y sombras del registro español y del principio de fe pública: la incidencia de las sentencias de las salas 1ª y 3ª del Tribunal Supremo sobre su funcionalidad)*, Lex Nova, Valladolid, 2011;
 - GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Crítica civil a las demoliciones derivadas de la anulación de licencias: la aplicación del art. 34 L.H.”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2012) 26, págs. 21-49;
 - REVUELTA PÉREZ, I., “La ponderación del derecho de propiedad en la ejecución de sentencias urbanísticas. Crítica a la doctrina de la demolición del Tribunal Supremo”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coordinadores), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, volumen I. España, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 1ª ed., 2012, págs. 2035-2061;
 - MARTÍN REBOLLO, L., “Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas (A propósito de la STC 92/2013, de 22 abril)”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2013) 28, págs. 19-40;
 - FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2013) 29, págs. 77-95;
 - RUIZ ARNAIZ, G., “Los terceros de buena fe en la ejecución de sentencias (a propósito de la STS de 16 de abril de 2013)”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2013) 29, págs. 15-37;
 - RUIZ BURSÓN, J., “El tercero hipotecario frente a los deberes urbanísticos: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2014) 30, págs. 339-355;
 - ALONSO IBÁÑEZ, Mª. R., “La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones: medidas legales”, en SORIANO GARCÍA, J.E. (director), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, volumen I, pp. 963-994;
 - GONZÁLEZ BOTIJA, F. y RUIZ LÓPEZ, M.A. “La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2015) 35, págs. 23-45;
 - BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A. L. “La demolición urbanística a la luz del artículo 108.3 de la LJCA. Certezas e interrogantes”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2017) 39, págs. 43-71;
 - FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El contencioso urbanístico y su necesaria reforma”, *Revista de Administración Pública* (2017) 203, págs. 137-162;
 - PECES MORATE, J.E., “La justicia en el urbanismo y el medio ambiente: ¿se cumplen las sentencias?”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* (2017) 311, págs. 323-342; y
 - ALONSO MAS, Mª J. y REVUELTA PÉREZ, I., *Buena fe contra demolición urbanística. Cuestiones sustantivas y procesales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, monografía ligada a la Revista Aranzadi de urbanismo y edificación, 1ª ed., 2018.

a terceras personas y otros muchos negocios *inter privados* (contratación de créditos, constitución de hipotecas, etc.)³⁶.

Ello no impide para reconocer que en no pocas ocasiones esas dificultades (las legales, en especial) son más aparentes que reales, sobre todo cuando concurren razones sólidas de interés público que permiten evitar la demolición de las obras amparadas en licencias o autorizaciones anuladas por sentencia firme³⁷, validándolas mediante la aprobación ulterior de un instrumento de planeamiento que pretenda tan sólo atender aquéllas de forma racional, pero no convertir lo ilegal en legal e incumplirla³⁸.

Con todo, es palpable la tensión entre el principio de legalidad por un lado, que exige la demolición de lo construido, sobrevenidamente ilegal como consecuencia de la anulación de la correspondiente licencia mediante Sentencia firme, y los de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe registral por otro, que exigen la tutela de los terceros adquirentes de buena fe con fundamento en lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero lo cierto es que el Tribunal Supremo se ha venido inclinando mayoritariamente a favor del principio de legalidad³⁹.

³⁶ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2017: 141); y RUIZ LÓPEZ, M. A., “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)”, *Revista de Urbanismo y Edificación* (2013) 29, págs. 101-119.

³⁷ Vid. los ejemplos expuestos por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. relativos al reconocimiento de la existencia de sendas causas de imposibilidad material de ejecución de fallos anulatorios de

- un expediente expropiatorio que habría impedido la prestación del servicio público de suministro domiciliario de agua potable (Auto del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1994),

- las licencias para la instalación y construcción de una planta de cogeneración (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2009 y 25 de enero de 2011),

- los acuerdos de delimitación de una unidad de actuación urbanística y de elección del sistema de expropiación (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2009) (vid. 2013: 83 y 84).

³⁸ Vid. al respecto, FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico (Parte primera)”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2009a) 20, págs. 15-35; del mismo autor, “La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda)”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2009b) 21, págs. 15-47. Esta es justamente la tesis defendida con sólidos argumentos por GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. (vid. *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas Thomson, Madrid, 2008).

³⁹ Vid. una síntesis de la jurisprudencia contencioso-administrativa acerca la afectación de los terceros de buena fe por sentencias anulatorias de licencias urbanísticas que ordenan la demolición de lo construido en RUIZ ARNAIZ, G (2013: 20 y ss.). Por otra parte, es de indicar que la doctrina científica es prácticamente unánime al calificar la postura del Tribunal Supremo, tildándola de “tradicionalmente insensible a esta situación, al entender que el que los propietarios tuviesen la condición de terceros adquirentes de buena fe carecía de trascendencia a los efectos de impedir la ejecución de una sentencia que impusiese la demolición del inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística, pues la fe pública registral y el acceso de sus derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsanaba el incumplimiento del ordenamiento urbanístico” (vid. GONZÁLEZ BOTIJA, F. y RUIZ LÓPEZ, M.A. (2015: 25).

Ello explica la búsqueda de soluciones bienintencionadas de carácter alternativo, en un principio allí donde la tensión social y jurídica es más intensa. En este contexto se inserta, p.e, la reforma parcial de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, por medio de la Ley 2/2011, de 4 abril, con el fin de condicionar la demolición de lo construido a la previa terminación del expediente de responsabilidad patrimonial, la eventual fijación de una indemnización y su puesta a disposición de la víctima (D.A. 6^a).

No obstante, el Tribunal Constitucional acaba frustrándola por entender que dicho condicionamiento por ley autonómica de la eficacia de la ejecución de las sentencias firmes invade competencias estatales en materia de legislación procesal, motivo por el que la anula (STC 92/2013, de 22 de abril)⁴⁰. Lo hace no sin advertir, en línea con la jurisprudencia contencioso-administrativa contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2013, 13 de marzo de 2013 y 30 de abril de 2013⁴¹, que ello no prejuzga la actuación de Jueces y Tribunales, pues

“qué duda cabe de que los órganos judiciales deberán ponderar la totalidad de los intereses en conflicto a la hora de hacer ejecutar sus resoluciones y que no cabe descartar que tal ponderación pudiera llevar al órgano judicial a acomodar el ritmo de la ejecución material de las demoliciones que hayan de tener lugar a las circunstancias concretas de cada caso” (FJ 6, *in fine*).

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, pretende con el nuevo artículo 108.3 LJCA retomar en buena medida el planteamiento de la Ley cántabra 2/2011 declarada inconstitucional, a la vista de la argumentación sostenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 92/2013. No en balde dicho precepto prescribe que el Juez o Tribunal⁴² que declare ilegal la construcción de un inmueble y ordene motivadamente su demolición 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”. Significa, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, que, en contra de lo defendido por las Administraciones condenadas mediante Sentencias firmes,

“la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada

⁴⁰ Me remito en este punto al riguroso e incisivo estudio de MARTÍN REBOLLO, L. (2013: 19-40).

⁴¹ Vid. *infra*.

⁴² Vid. acerca del contenido y alcance de esta novedad legislativa, GONZÁLEZ BOTIJA, F. y RUIZ LÓPEZ, M.A. (2015: 23-45); y BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, A. L. (2017: 43-71); entre otros.

por un Juez o Tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ni requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo, sino que se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional” (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 [recursos de casación nº 138/2017 y nº 141/2017])⁴³,

⁴³ Existe ya un cuerpo de doctrina, a propósito por cierto de prácticamente los mismos litigantes (la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria, más conocida por su acrónimo ARCA, por un lado, y la Comunidad Autónoma de Cantabria y varios Ayuntamientos –Piélagos, Argos-ños- por otro), integrado por las Sentencias del Tribunal Supremo de Sentencias de 25 de mayo de 2018 (recurso de casación nº 325/2016), 1 de junio de 2018 (recurso de casación nº 571/2017), 18 de junio de 2018 (recurso de casación nº 1093/2017), 28 de junio 2018 (recurso de casación nº 1/2016), 2 de julio de 2018 (recurso de casación nº 1749/2017) y 11 de julio de 2018 (recurso de casación nº 140/2017).

Además, en su Sentencia de 1 de junio de 2018 (recurso de casación nº 571/2017), el Tribunal Supremo ratifica lo dispuesto en su fallo de 21 de noviembre de 2017, desmintiendo que el citado artículo 108.3 LJCA pueda ser considerado una causa de inejecución:

“de forma particular, del tenor literal del contenido de los últimos fundamentos de dicha resolución (FJ 12.º a 14.º), resulta claro así que, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial: 1.º el artículo 108.3 LJCA no impide la ejecución de sentencias; 2.º tampoco constituye causa alguna de inejecución de tales resoluciones, al amparo del artículo 105.2 LJCA; y 3.º no vulnera ello el artículo 24 de la Constitución (antes bien, precisamente, pudiera suceder esto así de prosperar el planteamiento de parte, esto es, de entenderse que el artículo 108.3 LJCA impide la ejecución de sentencias)”.

Ya en su Sentencia de 21 de septiembre de 2017 (recurso de casación nº 477/2016) el Tribunal Supremo había declarado con toda nitidez que

“tanto desde una perspectiva temporal como sistemática permite afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe. Esto es, mientras el art. 105 lo que prevé son supuestos de inejecución de sentencias por causas legales o materiales, el art. 108.3 se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto,

de forma que

“se asegura que, al margen de la efectividad y materialización del derecho a la regularización urbanística declarado en la sentencia que se ejecuta, resulte igualmente efectivo el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, que aun no habiendo sido objeto del proceso, pueda ser reconocido en otro distinto y legalmente previsto al efecto” (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 [recursos de casación nº 138/2017 y nº 141/2017]).

con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia.

Consecuentemente se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos.

En definitiva, el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar”.

Justamente esta argumentación conduce al Tribunal Supremo a entender que

“De todo lo expuesto se deduce la configuración de un trámite integrado en el procedimiento de ejecución de la sentencia, que no supone un obstáculo a la ejecución sino la acomodación de la misma a las circunstancias propias de este tipo de procesos desde una doble perspectiva, atendiendo, por un lado, a la efectividad del derecho y los intereses reconocidos en la sentencia y, por otro, a la garantía de aquellos otros intereses económicos o indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, y que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las mismas, medidas de aseguramiento que, como sucede en la generalidad de los supuestos en que se establecen por la ley en previsión de posibles responsabilidades, han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial competente para ello, atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional” (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 [recursos de casación nº 138/2017 y nº 141/2017]).

Así y todo, la fórmula introducida por la citada Ley Orgánica 7/2015 ni oculta, ni menos aún resuelve los complejos problemas que genera la imposibilidad legal de ejecución de sentencias, entendida rectamente como una vía de solución para supuestos excepcionales so pena de su desnaturalización.

Los motivos expuestos revelan, en definitiva, que para la mayoría de la doctrina científica y la abogacía “la situación no es que se haya estancado, sino que ha ido claramente a peor desde la perspectiva del ciudadano”, convertido en un “auténtico *vía crucis*”⁴⁴. Así, a juicio del Profesor Fernández Rodríguez, “por desgracia, nada ha cambiado realmente y (que) ni la Constitución, ni la Ley, ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han conseguido desarraigar la prepotencia de los administradores. Y, lo que todavía es peor, tampoco han logrado incrementar la fortaleza de muchos jueces, que, lejos de poner coto a esa prepotencia, prefieren mirar para otro lado con el más mínimo pretexto”⁴⁵.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Están lejos de cumplirse las previsiones formuladas por la doctrina científica⁴⁶. Qué duda cabe que ninguna previsión, por muy objetiva y racional que pretenda ser, puede confirmarse ante una conducta contumazmente arbitraria como, por ejemplo, la exhibida por la Generalidad de Cataluña, en materia de política lingüística⁴⁷.

⁴⁴ Vid. PÉREZ ALONSO, J. (2015: 1).

⁴⁵ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2011: 139). Más adelante, afirma, en coincidencia con el parecer de otros autores, como el Profesor Santamaría Pastor, que “el artículo 103.4 de la vigente Ley Jurisdiccional no tiene, ciertamente, la mejor redacción posible, pero, como ha podido verse, no es difícil de superar el desconcierto que produce en un primer momento su inciso final. El problema, repito, no está ahí. Sigue estando donde siempre estuvo: en la prepotencia y en el desahogo de los administradores y en el desfallecimiento de los Jueces, que lamentablemente terminan por ceder cuando el forcejeo con aquéllos se prolonga” (ibidem, pág. 143).

⁴⁶ En la 6ª ed. del volumen II, correspondiente al 25º aniversario de su publicación, los Profesores García de Enterría y Fernández afirmaban 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. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, volumen II, 6ª ed., 1999, págs. 640 y 641).

⁴⁷ Me remito a este respecto al concienzudo trabajo del Profesor Betancor, que concluye con una reflexión compartida por muchos otros autores: “el derecho sólo será eficaz, una vez más, si el juez, comprensivo de su función y de sus obligaciones, tiene la voluntad, pero también los medios, de vencer a la arbitrariedad. Nos encontramos con el nuevo eterno reto del Estado de derecho: doblegar, con la ley, a la arbitrariedad que atropella no sólo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino también al derecho que dicha tutela ampara, el derecho a que la enseñanza se imparta en las dos lenguas vehiculares en la proporción razonable, aquélla que la propia realidad ha ido estableciendo” [vid. BETANCOR, A. “Inejecución de sentencias que condenan a la Administración a desplegar una actuación dirigida a la realización de un derecho subjetivo. El caso de la reintroducción del castellano como lengua vehicular en la enseñanza catalana”, *Revista de Administración Pública* (2016) 201, págs. 145-177, en especial, pág. 177].

Dicho esto, ¿qué sería preciso para mejorar un estado de cosas tan insatisfactorio? En primer lugar, la mayoría de los autores insisten en la necesidad de un mayor compromiso de los Tribunales, que pasa indefectiblemente por el abandono del rigorismo formal prevalente en el curso de los últimos años⁴⁸. En este sentido, se antoja indispensable “un cambio de la mentalidad tradicional de los jueces, un tránsito desde la actitud propia de meros censores, ahora radicales, que se desentienden pura y simplemente del resultado de su censura por considerar que no es cosa suya, en una aplicación ciega del *fi at iustitia et pereat mundus* a la de colaboradores en una tarea común de *regularización* de lo que razonablemente pueda considerarse subsanable, de limitación de la contaminación de los actos posteriores al declarado nulo y de las subsiguientes nulidades en cadena e, incluso, de guía capaz de evitar ulteriores tropiezos”⁴⁹.

Lo expuesto no quita para reconocer que en algunos ámbitos se han producido avances elogiabiles. Particular interés reviste la interpretación finalista, y por ello mismo más flexible, del artículo 105.2 LJCA que postula el Tribunal Supremo. En virtud de dicha interpretación, el Juez o Tribunal competente puede pronunciarse al resolver el incidente de ejecución no sólo sobre la concurrencia o no de una causa de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia en sus propios términos, sino además, en caso afirmativo, sobre las medidas a adoptar (previsiblemente a instancia del Ayuntamiento condenado, pero también incluso 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, algo imposible tratándose de

⁴⁸ Vid., p.e., FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “Arbitrariedad y discrecionalidad, dos décadas después”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (directores), “Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Libro homenaje a T. R. Fernández”, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 1ª ed., 2012, págs. 1109-1144; del mismo autor, “¿Formalismo exacerbado o simple defensa de la legalidad?”, Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación (2015) 33, págs. 183-199; y “La paradoja de la insuficiencia de recursos hídricos hunde el Plan General de Santander. A propósito de la STS de 8 de noviembre de 2016 (RC 2682/2015)”, Revista de Administración Pública (2017) 203, págs. 165-183; además, en un plano más general, GARCÍA LUENGO, J., “Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo”, Iustel, Madrid, 2016.

A juicio del Profesor Fernández Rodríguez, “se ha olvidado, se está olvidando sistemáticamente en estos últimos años, que, como dijo la vieja Sentencia de 29 de Enero de 1915, ¡hace un siglo, por lo tanto!, la apreciación de si un vicio de forma o de procedimiento entraña nulidad «depende de la importancia que revista, de la derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadera significación y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlos»...hay que evitar también el rigor y el garantismo excesivos, cuyos resultados no son mucho mejores. Pasarse es tan malo como no llegar y aquí y ahora nos hemos pasado, nos estamos pasando” (vid. 2013: 92; más recientemente, del mismo autor, 2017: 146 y ss.).

⁴⁹ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2017: 158).

recursos abusivos o malintencionados⁵⁰) y el importe de la indemnización por la parte en la que no sea posible el cumplimiento pleno de aquélla⁵¹. Semejante doctrina jurisprudencial posibilita la subsanación de los vicios formales o de procedimiento determinantes de la anulación del instrumento de planeamiento, por razones de eficacia⁵².

En segundo lugar, es inexcusable, por un lado, romper la inercia general de pasividad e indiferencia de los legisladores y las Administraciones Públicas en este campo y, por otro, introducir cambios legales, siguiendo, por qué no, el ejemplo fran-

⁵⁰ “Crapuleux”, o sea, extorsivos y gangsteriles, según el Informe Labetoulle titulado « *Construction et Droit au recours: pour un meilleur équilibre* » de 25 de abril de 2013. Precisamente en su edición de fecha 10 de agosto de 2018 el diario *Le Monde* dio a conocer la fuerte (“*lourde*”) condena penal a un sujeto que, sirviéndose de una falsa asociación dirigida supuestamente a promover un urbanismo responsable y ecológico, entre 2015 y 2017 había interpuesto más de 70 recursos contra actos de concesión de licencias de obras de grandes proyectos inmobiliarios (de oficinas, equipamientos comerciales y hoteles) en París, con los que chantajeaba a propietarios (incluidas empresas muy conocidas), promotores y profesionales del sector, ofreciendo su desistimiento a cambio de la entrega de importantes sumas de dinero, gracias a lo cual amasó más de 1,6 millones de euros. La condena por la comisión de los delitos de estafa, falsificación y blanqueo de capitales conlleva una multa de 100.000 euros y la confiscación del beneficio ilegal.

⁵¹ Esta es la tesis defendida desde un principio por el Magistrado FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (2009b: 32) y acogida por el Tribunal Supremo ya en sus Sentencias de 12 de febrero de 2013, 13 de marzo de 2013 y 30 de abril de 2013. Para aquél, “se trata, sin duda, de una habilitación legal escasamente explorada en la práctica jurisdiccional y que, por su ubicación sistemática no debe de ser entendida como una habilitación, exclusivamente, establecida para proceder a la ejecución de la sentencia en los mismos términos del fallo (pues ese mandato ya se contiene en el artículo 104.1 de la LRJCA). Por el contrario, este inciso del artículo 105 lo que implica es una específica habilitación al Juez o Tribunal para que, en el marco del supuesto de imposibilidad que el precepto regula, el órgano jurisdiccional pueda adoptar –entendemos que incluso de oficio– cuantas medidas resulten necesarias para la ejecución de la sentencia, aunque fuere de una forma diferente a la contemplada en el fallo, y sin tener que recurrir, de forma irremisible y necesaria, al mecanismo expresamente previsto de la indemnización, que, si bien se observa, no cuenta con el carácter de obligatorio, por cuanto el legislador se cuida de establecerla «*en su caso*». A título de ejemplo bien pudieran –cual medida compensatoria o indemnizatoria de ámbito general– imponerse, como modificaciones obligatorias del planeamiento, algún tipo de determinaciones urbanísticas de carácter público o social, con las que tratar de compensar la anterior vulneración de las normas urbanísticas cuya eliminación no ha resultado posible por la concurrencia de la causa expresada; la participación o la colaboración material o económica de los causantes o responsables de la infracción o de los beneficiados por la misma –jurisdiccionalmente impuesta con este apoyo– podría resultar un adecuado mecanismo que socialmente paliare o rehabilitare la situación de hecho producida y de imposible alteración futura; instrumento éste que, por otra parte, tendría acogida tanto en el marco del esencial principio de equidistribución de beneficios y cargas, como en el del ámbito de la adecuada gestión urbanística”.

⁵² Como precisa el Profesor Fernández Rodríguez, “si no han sido satisfactoriamente justificadas en la documentación del plan impugnado determinadas decisiones, apórtese en el propio incidente de ejecución la justificación adicional que se considere necesaria; si se omitió un informe solicítese éste; si el estudio económico-financiero era insatisfactorio, otórguese un plazo para su corrección; si es precisa una segunda información pública sobre las «modificaciones sustanciales» introducidas, practíquese, etc. Todo antes de meterse en un callejón sin salida que conduce a una demolición que es en muchos casos social y políticamente imposible” (vid. 2013: 91).

cés, del que tenemos aún hoy día tanto que aprender⁵³ tanto en lo relativo a las reglas procesales como en lo concerniente a las reglas sustantivas que aminoren la complejidad y la desmedida conflictividad actual y alivien la presión que soportan los Jueces y Tribunales⁵⁴ permitiéndoles examinar con el tiempo y el sosiego y la serenidad indispensables los asuntos de verdadera enjundia, cambios que por lo tanto han de afrontar tanto el legislador estatal como los legisladores autonómicos.

¿Cuáles son las modificaciones legales que pueden contribuir a una mejora sustancial de la operatividad y eficacia de la ejecución de las sentencias? Deben comprender, entre otras medidas legales,

1) la erradicación de la acción pública, a la vista de la extraordinaria amplitud de la legitimación activa con fundamento en el artículo 24 CE y su interpretación jurisprudencial, pues tal como la experiencia evidencia una y otra vez, “más allá de estos límites no hay intereses dignos de protección, porque no pueden ser considerados tales en ningún caso los que mueven a los recurrentes abusivos”⁵⁵. El Profesor Fernández Rodríguez afirma de forma categórica que “nadie tiene derecho a la anulación de una decisión por infracciones que no le afectan”⁵⁶;

⁵³ Este es justamente el empeño del Profesor Fernández Rodríguez, de forma acusada en los últimos cinco años, a través de sus trabajos arriba citados, “*Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español*”, por un lado, y “*El contencioso urbanístico y su necesaria reforma*”, por otro.

⁵⁴ Tomo en préstamo las expresiones empleadas por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2013: 78 y 93 y 2017: 139 y ss.).

⁵⁵ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., (2013: 93); asimismo, MEDINA ALCOZ, L., “*Liberdad y autoridad en el derecho administrativo: derecho subjetivo e interés legítimo, una revisión*”, Marcial Pons, Madrid, 1ª ed., 2016. Añade aquél que “mi experiencia, ya larga, me lleva a la profunda convicción de que la acción pública en materia de urbanismo no solo no ha aportado nada positivo, sino que ha contribuido a normalizar la corrupción, porque ha propiciado la aparición de personas que han hecho de ella una profesión” [Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2017: 158)].

Recuérdese que el Código de Urbanismo francés impone desde su reforma parcial de 2013-2014 varias limitaciones en materia de legitimación activa, temporales unas y materiales otras, con el fin de exigir cuando menos la titularidad de un interés legítimo, cuando no un interés directo. Vid. sobre el tema, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2017: 142 y 158).

⁵⁶ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2017: 155); y GARCIA LUENGO, J. “*Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*”, cit., pág. 103. El Profesor Fernández Rodríguez argumenta más adelante que “esto es tanto más necesario cuanto más compleja es dicha decisión y lo es en grado máximo cuando el objeto de la misma es la aprobación de un plan urbanístico, ya sea de ordenación territorial o de ordenación urbana, porque en estos casos y de modo especial en el último de ellos hay miles, docenas de miles de determinaciones muy diferentes entre sí, que se proyectan sobre puntos muy distintos y muy alejados unos de otros dentro de un territorio muy extenso. Esa exigencia de concreción es muy importante, además, porque la valoración del vicio o defecto denunciado no puede ser nunca el resultado puro y simple de la aplicación mecánica de una norma legal, que se limita por su generalidad a indicar la dirección que hay que seguir, pero que no impone en absoluto hasta donde hay que llegar en todo caso. La valoración tiene que hacerse siempre a la vista de las circunstancias del caso”.

2) la atribución a los Jueces y Tribunales de una potestad para suspender la tramitación del proceso contencioso-administrativo y otorgar un plazo para intentar la subsanación del vicio constatado, cuando ello sea posible (p.e., la falta de motivación suficiente, 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), con audiencia a las partes, “solución que –como subraya el Profesor Fernández Rodríguez– está en la línea de los poderes que la Ley vigente les otorga en sus artículos 33.2, 65.2 y 77” LJCA⁵⁷;

3) el otorgamiento a los demandados, en procesos contencioso-administrativos promovidos contra disposiciones generales o actos de concesión de títulos habilitantes en todo caso, de una facultad para presentar conclusiones reconventionales de naturaleza indemnizatoria que persigan, 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 interposición⁵⁸;

4) la depuración de los privilegios antedichos que carecen de justificación objetiva hoy día;

5) el reconocimiento expreso de instrumentos tales como el principio de intangibilidad de la obra pública, en términos análogos a los previstos en el Derecho francés⁵⁹. Esto es, no debe entenderse como una pura y simple

⁵⁷ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2013: 94; 2017: 154 y ss. y 160-161).

⁵⁸ El Profesor Fernández Rodríguez vaticina que la implantación de tal medida supondría que “los profesionales de la acción pública desaparecerían con toda seguridad del escenario” (vid. 2013: 94). La experiencia acumulada lo hace más que probable, como deja patente el asunto en Francia (vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2017: 142-143 y 159).

⁵⁹ Vid. al respecto, BARCELONA LLOP, J., “La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad (Ouvrage public mal planté ne se détruit pas)”, *Revista de Administración Pública* (2001) 154, págs. 463-499; del mismo autor, “Nuevas tribulaciones del principio de intangibilidad de la obra pública en Francia”, *Revista de Administración Pública* (2001) 164, págs. -; FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “Compromisos y desafíos de la Justicia administrativa en el marco de un nuevo Derecho administrativo”, en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y RIVERO YSERN, J.L., (coordinadores), *El Nuevo Derecho Administrativo. Libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Universidad de Salamanca y Ratio Legis, Salamanca, 1ª ed., 2012, págs. 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, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2013: 82-83 y 94-95).

Lo que sugiere este último autor es “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

prerrogativa administrativa en virtud de la cual sea imposible jurídicamente que un Juez o Tribunal ordene la destrucción, modificación o desplazamiento de la obra pública aunque sea ilegal. Debe concebirse más bien como una obligación del Juez o Tribunal de indagar, en primer lugar, si cabe una regularización apropiada de la obra pública y, de no ser posible, en segundo lugar, evaluar por un lado las desventajas de su presencia para todos los intereses concurrentes, y en particular para los del propietario de los terrenos en los que se ubique, y, por otro, los efectos negativos de su demolición para el interés general, y en especial su carácter desproporcionado⁶⁰. Se trata, como pretende en el curso de los últimos años el Consejo de Estado francés, de modular el alcance de las prerrogativas judiciales y garantizar así la efectividad del principio de intangibilidad de la obra pública, en especial cuando el interés general exige preservarla en atención a sus características y dimensiones⁶¹; y

6) el robustecimiento de los deberes de información a cargo de todos los operadores (en el ámbito del urbanismo, el enajenante, el Ayuntamiento y

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, FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. (2017: 143-145 y 159-160).

⁶⁰ Tal como señala el Consejo de Estado francés en fallos como el de 13 de febrero de 2009 (*Communauté de communes du Canton de Saint-Malo de la Lande*), recae sobre 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 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)”.

⁶¹ Vid. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “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)”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2011) 23, págs. 115-121.

cualesquiera otras Administraciones competentes para el otorgamiento de otros títulos habilitantes)⁶².

En tercer y último lugar, resulta preciso un esfuerzo serio, y no meramente aparente, de racionalización del ejercicio de las potestades normativas, que frene los excesos reglamentistas y simplifique los procedimientos de toma de decisión, en ciertos sectores como el urbanístico en todo caso (los instrumentos de planeamiento y las licencias lo precisan indubitablemente)⁶³.

Estos son los retos y desafíos que urge afrontar con una voluntad decidida para que la Justicia administrativa siga desempeñando su papel de garante fundamental del Estado de Derecho y de eficaz protector de los derechos fundamentales y las libertades públicas⁶⁴.

⁶² Vid. MENÉNDEZ PÉREZ, S. (2004: 123-125).

⁶³ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2013: 92).

⁶⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de Paradigma?*, Civitas Thomson, Madrid, 1ª ed., 2007, pg. 145; y FERNÁNDEZ TORRES, J.R. (2012: 149).

La ejecución de las sentencias urbanísticas con especial referencia a la imposibilidad legal y material.

Venancio Gutiérrez Colomina

Secretario General del Ayuntamiento de Málaga

Profesor Asociado de Derecho Administrativo

(Profesor Titular Acreditado por la ANECA)

Universidad de Málaga

SUMARIO. I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS URBANÍSTICAS. 1. Factores y causas que originan la especial dificultad de ejecutar las Sentencias Urbanísticas. 2. Mecanismos preventivos y represivos autonómicos y municipales, ante la construcción ilegal. A. Ideas Generales. B. Legislación autonómica de incidencia en las demoliciones de edificaciones ilegales. C. Reposición exprés de la realidad física alterada por obras manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística. D. Las parcelaciones ilegales en el SNU. 3. La nulidad de los planes urbanísticos y los efectos perversos de la impugnación indirecta y de la acción pública. A. Punto de partida: Naturaleza jurídica de Disposición General. B. La impugnación indirecta del Planeamiento. C. La acción pública. D. La distinción entre los actos de tramitación del Plan y el Plan en sí. E. Efectos de la nulidad del Planeamiento. *a). Efectos Generales. b). En el Planeamiento de Desarrollo. c). En los Instrumentos de Gestión y las Expropiaciones. d). En las Licencias.* 4. El desequilibrio entre la obligación legal y el incumplimiento de la obligación interadministrativa de hacer efectivo el derecho a la vivienda como freno a la ejecución de la demolición de edificaciones ilegales que constituyan el domicilio habitual familiar. A. Derecho a la vivienda de los ciudadanos y deber interadministrativo. B. La protección judicial del derecho a la vivienda. 5. Las luces y sombras de la regulación penal, administrativa y de la jurisdicción Contencioso Administrativa acerca de las medidas de protección de la legalidad sobre la demolición de edificaciones ilegales. A. La obligatoriedad de la protección de la legalidad y de la reposición de la realidad física alterada. *a). Sin procedimiento judicial: Sólo administrativo. b). Con procedimiento judicial firme.* B. La incidencia de las modificaciones de la legisla-

ción penal y de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la ejecución de las sentencias sobre edificaciones ilegales. a) *La modificación del art. 319 del Código Penal.* b) *La incidencia de la reforma de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa.* i) Modificación del Recurso de Casación. ii) La reforma del art. 108.3 de la LJCA. II. LA IMPOSIBILIDAD LEGAL Y MATERIAL DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS. 1. Ideas Generales. 2. La imposibilidad legal. A. Delimitación y límites. B. Requisitos. 3. La imposibilidad material. III.- CONCLUSIONES.

RESUMEN: La mejora conseguida en la ejecución de las Sentencias contencioso-administrativa tiene una excepción, la ejecución de las sentencias de demolición de edificaciones ilegales. Su origen radica en algunos defectos en las legislaciones urbanísticas, y a la falta de la suficiente voluntad política municipal y autonómica, a los graves trastornos originados por la nulidad de los planes urbanísticos, consecuencia de su carácter normativo y de los efectos negativos de la impugnación indirecta y de la acción pública, estudiando para su solución una parte de la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado; y al desequilibrio entre la obligación legal, el cumplimiento efectivo del derecho a la vivienda y a una jurisprudencia española y europea protectora de la vivienda como domicilio residencial.

Las reformas del Código Penal y, especialmente, del art.108.3 de la LJCA han dado lugar a una jurisprudencia del TS que ha concluido que no hay nuevos obstáculos para la ejecución, no se precisa resolución previa de un procedimiento de responsabilidad patrimonial y una delimitación adecuada de los terceros de buena fe. La jurisprudencia ha realizado una interpretación restrictiva de la imposibilidad legal y material del cumplimiento de las sentencias.

PALABRAS CLAVES: Ejecución Sentencias Urbanísticas. Demolición de edificaciones ilegales. Impugnación indirecta. Acción Pública. Imposibilidad legal y materia

ABSTRACT: The improvement achieved in the execution of the contentious-administrative judgments has an exception, the execution of the sentences of demolition of illegal buildings. Its origin lies in some defects in the urban legislations and to the lack of the municipal and regional political will enough; the serious disorders caused by the nullity of the urban plans, as a result of their normative nature and the negative effects of the indirect challenge and public action, studying for its solution a part of the doctrine, jurisprudence and comparative law; and the imbalance between the legal obligation and the effective accomplishment of the right to housing and a Spanish and European jurisprudence that protects housing as a residential domicile.

The reforms of the Penal Code and, especially, of art.108.3 of the LJCA have led to a jurisprudence of the TS that has concluded that there are no new obstacles to the execution, it is not necessary to previously resolve a patrimonial responsibility procedure and a delimitation appropriate from third parties in good faith. The jurisprudence has made a restrictive interpretation of the legal and material impossibility of compliance with the judgments.

KEYWORDS: Execution of Urban Sentences. Demolition of illegal buildings. Indirect impugment. Public Action. Legal impossibility and matter.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS URBANÍSTICAS

1. Factores y causas que originan la especial dificultad de ejecutar las Sentencias Urbanísticas

Una de las cuestiones más controvertidas en el Urbanismo viene siendo la impunidad existente como consecuencia del incumplimiento generalizado de las sentencias urbanísticas. Peces Morate¹ pone de relieve la insatisfacción que le produce al juez este incumplimiento de sentencias «por las Administraciones a quienes el ordenamiento jurídico impone el deber de “llevarlas a puro y debido efecto” según la expresión utilizada por la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Artículo 104.1)».

El régimen de ejecución de Sentencias contencioso-administrativa es una de las cuestiones más controvertidas de nuestro sistema jurisdiccional. En la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, en el art. 103 se establecía que “La ejecución de las Sentencias corresponderá al órgano que hubiera dictado el acto o la disposición objeto del recurso.” Posteriormente la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio, (LJCA) que sustituyó la anterior, señalaba en su preámbulo VI.3 que “La Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema Contencioso Administrativo. El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones jurídicas y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia Constitución les atribuye”.

¹ PECES MORATE, J. E., “La Justicia en el Urbanismo y el Medio Ambiente: ¿Se cumplen las sentencias?”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. N° 311, Madrid, Enero-Febrero 2017.

Así, estableció en su art. 103.1 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.”

Sin embargo, lo cierto es que a pesar del importante cambio, la cuestión no se resolvió. Como acertadamente, había puesto de relieve Betancort Rodríguez²: “La propia necesidad de la colaboración en todo caso de la Administración para proceder a la realización fáctica del fallo, la sitúa en una posición de ventaja que pudiera haber determinado y determina en la práctica, incluso en los sistemas judicialistas su incumplimiento por inactividad.”

Lo cierto es, como señala Samano Bueno³, “que un buen puñado de Sentencias contrarias a la Administración Pública no se cumplen por ésta voluntariamente, pero los Jueces y Tribunales no logran ejecutarlas o lo consiguen excesivamente tarde, lo que genera un descredito social de la Administración de Justicia y provoca una tremenda frustración en los recurrentes.”

Alonso Ibañez⁴ cree que el panorama es desolador, pues “la realidad edificatoria revela un poder judicial que juzga pero que en demasiadas ocasiones no puede hacer ejecutar lo juzgado, donde la tutela judicial efectiva solo ampara realmente la obtención de un fallo declarativo, permaneciendo fácilmente las edificaciones ilegales.”

Siguiendo estos mismos razonamientos, Peces Morate⁵ ponía de relieve como “a la intrascendencia de la fase probatoria se une la escandalosa inutilidad de las sentencias firmes ante hechos consumados o la renuencia a utilizar instrumentos de justicia cautelar y preventiva, que se salda después con la imposibilidad legal o material de ejecutar aquellas (artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa) por la pasividad de quien tiene el deber de hacerlas cumplir (artículo 104 de la misma Ley) y que para no efectuarlo, llega hasta recabar, en ocasiones, la cooperación del legislador, lo que provoca el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, con lo que el proceso se hace inacabable e inservible”.

² BETANCORT RODRÍGUEZ, A., “La evolución histórica normativa de la ejecución de Sentencias Contencioso Administrativas”. *DA* N° 209. Enero-Abril 1987.

³ SAMANO BUENO, P. “La ejecución de Sentencias en materia de urbanismo, repaso al estado de las cosas y alguna propuesta”. *RDU* N° 238. Diciembre 2007.

⁴ ALONSO IBAÑEZ, M. R. “La imposibilidad de ejecución de Sentencias de Demolición de Edificaciones. Medidas legales”. Obra colectiva *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría*. Iustel Madrid 2014.

⁵ PECES MORATE, J. E., (2017).

También, hace ahora algo más de 40 años, Fernández Rodríguez⁶ ya señalaba que el incumplimiento indirecto o el defectuoso cumplimiento de las sentencias se debe esencialmente a que la tenacidad de la Administración es muy superior a la de los Tribunales, especialmente cuando del Tribunal Supremo se trataba. Entre otras cosas, porque en aquel momento la Ley del Suelo de 1956, en su artículo 228 permitía que “si en virtud de sentencia se hubiere de desistir de la construcción o destruir alguna obra de urbanización, el Juzgado o Tribunal al que compete ejecutar el fallo lo comunicará a la Comisión Provincial de Urbanismo para que en el plazo de dos meses notifique al órgano jurisdiccional si, por motivos de interés público, se impone seguir o conservar la obras, y si no lo hiciere, se entenderá que nada obsta a la ejecución” y en caso que se dispusiera la prosecución o conservación de la obra, el Juzgado o Tribunal fijaría la indemnización que el condenado debía abonar al perjudicado.

Sin embargo, como muy posteriormente el propio Fernández Rodríguez constataba, la derogación del art. 228 de la Ley del Suelo de 1956 por la Ley de 2 de Mayo de 1975, no impidió que los Tribunales llegaran a eludir la demolición de las obras realizadas al amparo de una licencia o autorización anulada por sentencia firme cuando mediaban razones atendibles de interés público.⁷ Así como estableció la STC de 26 de noviembre de 1984, la inejecución de la sentencia en sus propios términos solo podrá acordarse “si el interés público que impone seguir o conservar la obra, en todo o en parte, ha de calificarse de prevalente”, sobre el interés público que concurre, por ejemplo, en la defensa de los Parajes Pintorescos de Interés Nacional, prescribiendo por ello que la ejecución en sus propios términos solo puede ser sustituida mediante la realización del “juicio de prevalencia” entre los distintos intereses públicos en juego.

Por otra parte, en opinión que compartimos, para el autor anteriormente citado, la LJCA, de 13 de Julio de 1998, perfeccionó notablemente la regulación de sentencias, de tal manera “que hoy puede decirse que este asunto está razonablemente resuelto..., salvo en el ámbito urbanístico”. Cabría preguntarse por tanto, ¿Cuáles son las causas que impiden que la ejecución de las sentencias urbanísticas, se lleven a cabo de manera adecuada? Existen muchas opiniones sobre el particular y se señalan muchas causas que, en mi opinión, se pueden sintetizar en las siguientes:

- a) Necesidad de mecanismos preventivos y represivos eficaces ante la construcción ilegal, que atenúen los problemas políticos, sociales económicos

⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.. “Algunas Reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las Sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo”. *Revista de Administración Pública*. N° 73. Enero-Abril 1974.

⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Proceso contencioso-administrativo y urbanismo. Semejanzas y diferencias de los casos francés y español”. *Revista de Urbanismo y Edificación*. N° 29, 2013.

y jurisdiccionales que atenazan a los gobiernos municipales a la hora de cumplir la obligación de llevar a efecto la ejecución de las sentencias.

b) La nulidad de los planes generales y los efectos perversos de la impugnación indirecta y de la acción pública.

c) El desequilibrio entre la obligación legal y el incumplimiento de la obligación interadministrativa de hacer efectivo el derecho de la vivienda como freno a la ejecución de la demolición de edificaciones ilegales que constituyan el domicilio habitual familiar.

d) Las luces y sombras de la reforma de la legislación penal y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa acerca de la demolición de edificaciones ilegales.

2. Mecanismos preventivos y represivos autonómicos y municipales, ante la construcción ilegal

A. Ideas Generales

Hace algún tiempo pusimos de relieve⁸ que la acción municipal para evitar las edificaciones ilegales tenía que tener un carácter bifronte, por un lado a través de medidas represivas, con actuaciones ágiles de tipo inspectora (mediante planes de inspección), medidas cautelares y con una priorización de la persecución de la parcelación ilegal y la aplicación efectiva y rigurosa de las medidas de protección de la legalidad especialmente las referentes a las obras incompatibles con la ordenación y la imposición de un riguroso régimen sancionador. Pero de otro lado, era conveniente la adopción de medidas previas positivas, tales como ordenar suelo y ponerlo en el mercado a precio asequible para satisfacer la demanda de viviendas como residencia habitual para los sectores más desfavorecidos.

Estas ideas siguen pendientes de adoptarse en la dimensión debida, pues los gobierno municipales y los autonómicos, desafortunadamente, en la mayoría de los casos, por cuestiones clientelares o para no incomodar a su electorado, no adoptan eficaces medidas preventivas ni represivas inmediatas que impidan el hecho consumado. En otras ocasiones el problema radica en los adquirentes de buena fe de viviendas ilegales o en el incumplimiento del deber de los gobiernos municipales y autonómicos de hacer efectivo el derecho a la vivienda de los ciudadanos españoles y de los extranjeros a los que se lo otorguen las leyes y los Tratados. No hay que perder de vista tampoco el quebranto económico que podría llegar a ocasionar en los Ayun-

⁸ GUTIERREZ COLOMINA, V. "La reacción ante las urbanizaciones ilegales". Del libro *Urbanizaciones de Iniciativa particular*. TAL. N° 22. CEMCI. Granada. 1988.

tamientos afectados la demolición de una edificación ilegal, como consecuencia de las indemnizaciones que se puedan originar para los propietarios de buena fe.

B. Legislación autonómica de incidencia en las demoliciones de edificaciones ilegales

Como acabamos de decir, el tratamiento de las construcciones ilegales demanda dos tipos de medidas: preventivas y represivas, pero sobre todo requiere una voluntad política decidida para resolver el problema, no solo desde la Administración Local sino también desde la Autonómica. Esta última debe actuar a través de una actividad normativa que se refiera no solo a los aspectos disciplinarios, sino que contenga las bases que propicien la solución de los problemas que originan las construcciones ilegales existentes e inatacables jurídicamente. Así, mientras la Ley 4/1985 de 4 de diciembre de la CA de Madrid especial para el tratamiento de actuaciones urbanísticas ilegales en la Comunidad de Madrid contenía una regulación realista y práctica acerca de esta cuestión, la legislación cántabra y gallega, como veremos después, han supuesto una forma inadecuada y parcialmente anticonstitucional, de resolver este problema.

Puede decirse que en general la legislación autonómica no ha llevado a efecto medidas previas efectivas para evitar posteriores edificaciones ilegales. En Andalucía la LOUA sólo ha propiciado novedades en cuanto a las medidas represivas, siendo una ellas la legalización de usos y edificaciones, afectados por incumplimientos no sustanciales. El Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, (RDU), aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo, ha desarrollado la regulación de estas medidas, incorporando la situación de asimilado al fuera de ordenación. El Decreto 2/2012 desarrolló normativamente la regulación de edificaciones y asentamientos en el SNU contra los que no pudieran adoptarse medidas de protección de la legalidad. Dentro de estas normas se contienen algunas actuaciones cautelares para evitar que nos encontremos ante el hecho consumado que impida llevar adelante la restauración del orden urbanístico. De entre todas las anteriores cuestiones merecen destacarse por su relevancia, la agilidad para resolver los expedientes de protección de la legalidad de las obras manifiestamente incompatibles con la Ordenación y la regulación de las parcelaciones ilegales.

C. Reposición exprés de la realidad física alterada por obras manifiestamente incompatibles con la Ordenación Urbanísticas

En lo referente a la primera medida, la agilidad para resolver la restauración del orden urbanístico, conviene decir que aunque las obras no sean compatibles con la ordenación, el previo expediente de legalización siempre es necesario, según la jurisprudencia, salvo cuando sea clara la ilegalidad e improcedente la obra cuya demolición se pretende (Ss. TS 30 de Enero de 1985, 26 de Febrero y 28 de Marzo de 1988

y 29 de Octubre de 2004). Hemos defendido desde hace algún tiempo la oportunidad y eficacia de este procedimiento⁹ ya que “desde el punto de vista del sentido común, parece ilógico la concesión del plazo de legalización de los dos meses cuando nos encontramos con una infracción claramente ilegalizable, como según queda dicho, normalmente ocurre en el suelo no urbanizable.” Y a tal efecto señalábamos que nos parecía loable la interpretación jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1985 que decía que: “No se causó indefensión al demandante al no darle el plazo de dos meses para que regularizara las obras efectuadas pues estas efectivamente no lo son”.

La legislación autonómica también fue incorporando una regulación que resolvía lo anterior de la misma manera. Así, el art. 207.a) de la Ley 2/2001, de 25 de junio de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico de Suelo de Cantabria, estableció que sin perjuicio del expediente sancionador, “si las obras fueran incompatibles con el planeamiento vigente decretará su demolición, reconstrucción o cesación definitiva a costa del interesado.” El art. 118.a) de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León igualmente establece, que con independencia de las sanciones, el Ayuntamiento resolverá: “si los actos sancionados fuesen incompatibles con el planeamiento urbanístico su definitiva suspensión, con demolición o reconstrucción de las construcciones e instalaciones que se hubieran ejecutado o demolido, respectivamente a costa de los responsables.” En sentido similar se regula en el art. 211.1 a) de la Ley 5/2006 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Rioja, y en el art. 202 a) del Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra. (DL 1/2017, de 26 de Julio).

En Andalucía se contiene en el art.183 a) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), previéndose para las actuaciones de urbanización o edificación que sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística. El art. 52 del RDUa señala que el Ayuntamiento o la Consejería, dispondrán la inmediata demolición de las actuaciones de urbanización o edificación que sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, previa audiencia del interesado, en el plazo máximo de un mes. En el apartado 2 del artículo, recoge las actuaciones que son manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, como son los siguientes:

- Cuando exista una previa resolución administrativa denegatoria de la licencia para la ejecución de las obras objeto del procedimiento.

⁹ Vid del Autor *Régimen jurídico urbanístico del espacio rural: la utilización edificatoria del suelo no urbanizable*. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid 1990. Pág. 254.

- Cuando la ilegalidad de las obras o edificaciones resulte evidente de la propia clasificación o calificación urbanística y, en cualquier caso, las actuaciones de parcelación o urbanización sobre suelos no urbanizables, y cualesquiera otras que se desarrollen sobre terrenos destinados por el planeamiento a sistemas generales o dotaciones públicas.

- En los supuestos de actos sujetos a licencia urbanística realizados sobre terrenos de dominio público sin haber obtenido previamente la correspondiente concesión o autorización demanial.

Se establece un procedimiento ágil y expreso, en el que el acuerdo de inicio tendrá que declarar la causa de incompatibilidad manifiesta con la ordenación urbanística y estar precedido de informes técnico y jurídico que la fundamenten. De dicho acuerdo se concederá audiencia a los interesados por un plazo entre 10 y 15 días. La resolución acordando la demolición de las actuaciones de urbanización o edificación se dictará antes del transcurso del plazo de un mes desde que se haya producido la notificación del acuerdo inicio del procedimiento. Si no se llevase a cabo por el interesado el cumplimiento de la Resolución en el plazo fijado, se prevé como medio de ejecución forzosa solo la ejecución subsidiaria, excluyéndose expresamente la imposición de medidas coercitivas. Es indudable, que esta regulación le ofrece la posibilidad a la Administración municipal de actuar rápidamente para impedir el hecho consumado, pero requiere una auténtica voluntad política, lo que desgraciadamente no ocurre en la práctica. Es necesario tener previsto en la organización municipal una unidad que gestione la disciplina urbanística y que actúe con rapidez y profesionalidad, así como disponer de medios operativos internos o externos, es decir, a través de una empresa que gestione las demoliciones, que pueda actuar con la debida inmediatez. Nos parece por ello muy acertado, que solo se permita en este supuesto la ejecución subsidiaria y no la multa coercitiva, que solo tiene en el ámbito del urbanismo un cómodo objetivo meramente recaudatorio pero que no suele servir para la efectiva restauración de la legalidad urbanística.

D. Las parcelaciones ilegales en el SNU

En Andalucía, el Decreto 2/2012, de 10 de Enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en el suelo no urbanizable, establece que se adoptarán las medidas que procedan para el restablecimiento de la legalidad urbanística y del orden jurídico infringido sobre éstos. Aunque debe tenerse en cuenta que la no caducidad de la acción para restaurar el orden urbanístico en una parcelación ilegal en SNU, fue incorporada por la LOUA y por tanto, como es obvio, pueden existir estos asentamientos con anterioridad a la vigencia de ésta y puede por ello haber caducado, en ese caso, la acción de protección de la legalidad.

Como decíamos¹⁰ no regía la limitación temporal de los cuatro años (actualmente de seis años) desde la terminación de la parcelación ilegal en el SNU para la reposición de la realidad física alterada, que era, sin embargo, de aplicación a las edificaciones ilegales en el SNU que no fuese de especial protección, para las que si contaba el plazo de seis años (art. 185.4 LOUA), para restaurar la legalidad.

Por ello, alertábamos que se podía producir una auténtica disfunción sobre la legalización o no de la actuación, en el caso, que transcurrieran seis años desde la construcción de una edificación ilegal y se hubiera producido una parcelación ilegal también, en un SNU común. Porque en ese caso, en nuestra opinión, había caducado la acción para restaurar el orden urbanístico en lo referente a las edificaciones ilegales, si el SNU no era protegido, pero no habría caducado la acción para poner fin a la parcelación ilegal, por lo que pensábamos que para conciliar ambas situaciones, solo era posible la protección de la legalidad mediante la reagrupación en una parcela indivisible de todas las parcelaciones existentes y de las edificaciones existentes bajo el régimen de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario de acuerdo con el art. 82 del RD 1093/1997.

Sin embargo, el desarrollo reglamentario de Andalucía no siguió el planteamiento indicado, sino que el artículo 49.2 RDUa estableció, que la resolución que pusiera fin al procedimiento de reposición de la realidad física alterada, en el caso de parcelaciones ilegales en el SNU, debería adoptar las siguientes medidas:

En el caso de parcelaciones urbanísticas en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, el restablecimiento del orden jurídico perturbado **se llevará a cabo mediante la demolición** de las edificaciones que la integren y reagrupación de las parcelas, a través de una reparcelación forzosa de las que han sido objeto de dichos actos de previa parcelación”.

Partiendo de un distinto enfoque normativo al del RDUa, se aprobó en el Parlamento de Andalucía la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modificaba la LOUA para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

Como decíamos¹¹, esta Ley de modificación de la LOUA, era verdaderamente una amnistía encubierta para unas determinadas edificaciones ilegales, porque sólo venía a resolver el problema de las edificaciones ilegales existentes dentro de una

¹⁰ Vid del autor “Comentarios al art. 21.4 de la LOUA sobre parcelaciones en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable. Pág. 1529 del libro *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*, codirigido por GUTIERREZ COLOMINA, V. y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A. Ed. Thomson. Aranzadi. Pamplona 2007. Y *Urbanismo y Territorio en Andalucía* 3ª Edición. Thomson Aranzadi. 2012.

¹¹ Vid del Autor. “Los efectos de la nulidad de los Planes Urbanísticos en Andalucía y su repercusión en las edificaciones ilegales.” *Revista Andaluza de Administración Pública*. Nº 96, 2016.

parcelación ilegal, para las que hubiera pasado el plazo de 6 años siguientes a su completa terminación, pero no resolvía, por ejemplo, el problema de las edificaciones ilegales en los Suelos No Urbanizables calificados de Protección Territorial en los Planes Subregionales de Ordenación del Territorio de Andalucía, que propiamente no tienen unos valores que conlleven una específica protección, y por ello, sin una adecuada fundamentación¹², le otorgan un indebido carácter de especial protección, por lo que la acción para restaurar el orden urbanístico y la consiguiente demolición, en este caso no caducara nunca, y salvo que se flexibilice en los Planes de Ordenación Territorial esta “singular especial protección”, permitiendo determinados usos residenciales existentes, la modificación de la LOUA por la Ley 6/2016, no habrá servido para resolver esta cuestión. En efecto, según el apartado tres de su artículo único esta excepción de limitación temporal de la caducidad de la protección de la legalidad, únicamente será de aplicación a la parcela concreta sobre la que se encuentre la edificación en la que concurran los citados requisitos, no comprendiendo al resto de parcela o parcelas objeto de la parcelación. No se arbitra un procedimiento, proporcionado para la reposición física de las parcelaciones ilegales existentes y futuras, puesto que es indudable que desafortunadamente se van a seguir produciendo, y la subsistencia de la regulación del art.49.2 j que comporta la restauración del orden urbanístico, a través de la demolición y la reagrupación de parcelas, no va a ser fácil de llevar a cabo en la práctica, y va a producirse un agravio comparativo con las “amnistiadas” por la Ley 6/2016¹³.

3. La nulidad de los planes urbanísticos y los efectos perversos de la impugnación indirecta y de la acción pública

A. Punto de partida: Naturaleza jurídica de Disposición General

Desde la aprobación de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 27 de diciembre de 1956 y de las leyes del suelo de 1956 y posteriormente la de 1975 (Texto Refundido de 1976) surgió un amplio debate sobre la naturaleza jurídica de los planes generales como reglamento o acto administrativo de carácter general, que concluyó en que la mayor parte de la doctrina y sobre todo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, de manera mayoritaria, le atribuye a los Planes ur-

¹² Estos Planes no tienen en cuenta el carácter reglado del SNU de especial protección, reconocido por la doctrina jurisprudencial. Así, por ejemplo, la STSJ de Andalucía, de 10 de febrero de 2016, anula en el POTAUM la clasificación como SNU de especial protección de determinadas fincas puesto que están en terrenos que carecen de riesgo de inundabilidad, erosión, condiciones ecológicas ambientales y paisajísticas, que merezcan dicha protección.

¹³ Prueba de cuanto decimos, es la última modificación por ahora de esta Ley, aprobada por el Parlamento el 11 de abril de 2018, extendiendo la autorización provisional para acceder a servicios básicos no solo a las viviendas aisladas sino a las que formen parte de determinados asentamientos.

banísticos la naturaleza de Reglamento. Ello ha comportado que cualquier tipo de defecto jurídico en su tramitación o contenido, provenga de una infracción formal o sustantiva, provoca la nulidad de pleno derecho, de acuerdo con lo que disponía el art. 62.2 de la LRJPAC, para el que eran nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas. Tampoco cambia dicha situación con la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, puesto que mantiene la misma regulación en su artículo 47.2. Esta nulidad radical de pleno derecho comporta la imposibilidad de subsanación, convalidación o conservación de trámites, así como la no admisión de la “retroacción de actuaciones al momento procedimental en que se cometió el error”¹⁴ y la imposibilidad de interposición de recurso de reposición de acuerdo con lo que decía el art. 107.3 de la LRJPAC, que se regula de la misma forma en el art. 112.3 de la Ley 39/2015. No obstante, como señala Agoúes Mendizábal¹⁵ el art. 50 TRLS08 (actual 64.2 TRLSRU) hace una remisión al legislador autonómico para que éste pueda regular los posibles recursos administrativos frente a los actos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos y de ordenación territorial. Lo que ha originado que determinadas legislaciones autonómicas obliguen a la interposición del recurso de alzada contra el acto de aprobación definitiva de los planes para acudir a la vía judicial contenciosa – administrativa. Así el art. 16.4 del Derecho Legislativo 1/2010, de 3 de Agosto que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña establece “Contra los actos y acuerdos, expresos o presuntos, de las comisiones territoriales de urbanismo y del director o directora general de Urbanismo, incluidos los relativos a las resoluciones definitivas sobre planes y otros instrumentos urbanísticos, se puede interponer recurso de alzada ante el consejero o consejera de Política Territorial y Obras Públicas. Contra los actos y acuerdos del consejero o consejera de Política Territorial y Obras Públicas y los del Gobierno de la Generalidad, se puede interponer recurso potestativo de reposición previo a la vía contencioso-administrativa.” Igualmente el art. 13 del Decreto 163/2003, de 18 de septiembre de Cantabria establece que los acuerdos de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo serán recurribles en alzada ante el Consejo de Gobierno, según el art. 5.2.h), entre otros acuerdos “aprobar definitivamente los Planes Generales de Ordenación Urbana”.

¹⁴ De COMINGES CÁCERES, F., “Los efectos de la anulación judicial de un Plan General. La necesaria modulación de la equiparación de Planes Urbanísticos y Disposiciones Reglamentarias. Propuestas de Mejora del Sistema”. *RDU*. Núm. 314. Madrid, junio 2017.

¹⁵ AGOÚES MENDIZÁBAL, C., “Reflexiones sobre el alcance del Recurso indirecto contra Reglamento en relación con los planes urbanísticos”. *RAP*. N° 190. Madrid Enero-Abril 2013.

B. La impugnación indirecta del Planeamiento

Como establece el art. 26.1 de la LJCA, además de las impugnaciones directas de disposiciones de carácter general, también es admisible la de actos que se produzcan en aplicación de estas, fundadas en que tales disposiciones no son conforme a Derecho. Pero esta norma que tuvo en su origen una finalidad garantista de la legalidad, ha comportado en la práctica, en muchos casos, una consecuencia “perversa”, en su aplicación a la impugnación indirecta del plan urbanístico, como es que en cualquier momento, sin límite de tiempo, está abierta la posibilidad de que se produzca la nulidad de un plan urbanístico, siempre que haya una relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y de desconformidad con el acto de aplicación, o incluso a través de un recurso directo contra un Plan de desarrollo¹⁶ que también produce un efecto indirecto contra el Plan General, dando lugar a lo que Casanova Gómez¹⁷ llama “la perpetua interinidad del planeamiento General en nuestro país.” El Tribunal Supremo, ha señalado por ello, que aunque la LJCA no excluye la impugnación de vicio alguno por esta vía indirecta, no se puede “transformar la impugnación indirecta de los reglamentos en un procedimiento abstracto de control de normas permanentemente abierto y con independencia de que el vicio advertido se proyectase o no sobre el acto concreto de aplicación, como sucedería si a través de la impugnación indirecta se pudiesen plantear los vicios formales o de procedimiento en que pudiera haber incurrido la elaboración de una disposición reglamentaria. Por lo contrario, la impugnación de los vicios de procedimiento tiene su sede natural en los recursos directos y en los plazos para ellos establecidos, quedando el recurso indirecto tan solo para depurar con ocasión de su aplicación los vicios de ilegalidad material en que pudieran incurrir las disposiciones reglamentarias y que afecten a los actos de aplicación directamente impugnados.”(STS 26 de diciembre 2011. Recurso de Casación 2124/2008).

C. La acción pública

Basada en el derecho a la tutela judicial efectiva, en el urbanismo se instauró la acción pública. En virtud de la acción pública se atribuye a cualquier persona la legitimidad para exigir la observancia del ordenamiento urbanístico, sin necesidad de ser titular de ningún derecho subjetivo, ni de interés alguno, que no sea el interés de la mera defensa de la legalidad (STS de 24 de enero de 2001, Sala 3ª R/2001/632).

Los Tribunales han sido reticentes a limitar el ejercicio de la acción pública por un supuesto ejercicio abusivo, entendiendo que la finalidad prevalente y fundamental de ella, es la de procurar el cumplimiento de la legislación urbanística y del planea-

¹⁶ AGOUES MENDIZÁBAL, C., (2013).

¹⁷ CASANOVA GÓMEZ, C., “La restauración del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid tras su anulación parcial por resoluciones judiciales o la perpetua interinidad del Planeamiento General en nuestro país.” *RDU*. N.º 287. Enero-Febrero 2014.

miento urbanístico, ahora también territorial, aunque sus razones sean “represalia de actuaciones anteriores, tal como sostiene el recurrente, son irrelevantes frente a los fines prevalentes de protección y observancia del ordenamiento urbanístico, en su concreta aplicación” (STS 29 de enero de 2002).

Lo anterior, ha originado que la acción pública se haya utilizado de una manera abusiva, contraria para lo que estaba pensado, de ahí, que Fernández Rodríguez,¹⁸ con el fin de “poner coto a los recursos abusivos en España después de más de medio siglo de experiencia,” haya señalado que “no hay más remedio que suprimir la acción pública.”

D. La distinción entre los actos de tramitación del Plan y el Plan en sí

Es indudable por tanto que con lo laborioso y complicado que es el procedimiento de tramitación de un PGOU, su nulidad arrastra unas consecuencias bastante traumáticas. Y puede hacerse como hemos dicho al cabo de mucho tiempo puesto que no existe plazo alguno, si acudimos a la impugnación indirecta a través de un acto de aplicación, como ha ocurrido con Planes Generales como el de Madrid, anulado después de más de 15 años. Son innumerables los Planes anulados en los últimos tiempos, entre los que destacan, además del de Madrid, el de Ourense, Zamora, Toledo, Ávila, Castellón, Gijón y Marbella. Y la forma de remediarlo los efectos de esta anulación no suele ser fácil, puesto que como hemos dicho, hay que volver a iniciar la tramitación desde el principio. Aunque existen algunas posturas autorizadas que intentan apuntar hacia una atenuación de esa nulidad radical. Entre otros, Santamaría Pastor¹⁹ considera que puede hablarse de una auténtica plaga, que está provocando en los últimos tiempos, una considerable anulación de instrumentos de planeamiento, especialmente de planes generales y considera que parece difícilmente sostenible “conferir una calificación única a un amplio complejo documental, “el plan”, cuyo contenido es manifiestamente heterogéneo, y buena parte del cual carece con absoluta evidencia de todo contenido normativo.” Por ello entiende que la imposibilidad de la de la convalidación no afecta más que a los trámites irregulares, pero que esto debe ser contemplado con lo dispuesto en lo referente a los trámites realizados conforme a Derecho, es decir “aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción” (actualmente regu-

¹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Proceso contencioso – administrativo y urbanismo. Semjanzas y diferencias de los casos francés y español”. *Revista de Urbanismo y Edificación*. N.º 20, 2013.

¹⁹ Véase SANTAMARÍA PASTOR, J. A. “Muerte y transformación de la desviación de poder: Sobre las sentencias anulatorias de Planes Urbanísticos”, *RAP* N.º195, 2014 y “Los Proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de Régimen Jurídico del Sector Público: Una primera Evaluación”, *D.A.* N.º 2 Enero-Diciembre 2015 y RENAUF AUBELL, F., “La nulidad “radiactiva” de los planes urbanísticos por defectos en el procedimiento de aprobación”. *Noticias Jurídicas* 10-3-2016.

lado en el art. 51 LPAC), puesto que “esta conservación no puede ser eludida con el pretexto de que el plan es un reglamento y que está viciado de nulidad” ya que el art. 51 debe ser aplicado “tanto cuando el acto final es anulable como cuando es nulo” porque “no se refiere solo a los actos administrativos, sino a todo tipo de “actuaciones administrativas”. En el mismo sentido De Cominges Cáceres²⁰ subraya que de todos los documentos del plan, solo las ordenanzas tienen carácter normativo indubitado.

Parejo Alonso²¹ pone de relieve el necesario reconocimiento de la singularidad del plan “como proceso decisional y matizándola en función de la peculiaridad, complejidad y diversidad del contenido y el alcance de los instrumentos de ordenación territorial urbanística”, llegando como consecuencia a la diferenciación de la impugnación de los actos de tramitación y aprobación por un lado, y de otro, la de los planes. Siendo a efectos del control judicial de la tramitación y aprobación de los planes, el régimen de los actos administrativos. Y la aplicación del régimen de las disposiciones administrativas para los planes mismos²².

El art. 64.2 del TRLSRU abona esta misma distinción entre los actos de tramitación y el Plan en sí, puesto que establece que “Los actos de aprobación definitiva de los instrumentos de ordenación territorial y de los de ordenación y ejecución urbanísticas, sin perjuicio de los recursos administrativos que puedan proceder, podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos prevenidos por su legislación reguladora”.

También hay alguna legislación en derecho comparado que transita por un camino similar para abordar esta cuestión²³.

Desde la perspectiva jurisprudencial es conveniente resaltar por su interés sobre la cuestión que comentamos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008, RJ 2009/458, referida al recurso contencioso-administrativo in-

²⁰ De COMINGES CÁCERES, F., (2017)

²¹ PAREJO ALFONSO, L., “El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza”, *Práctica Urbanística*. Nº 144, Sección Estudios. Editorial Wolters Kluwer. La Ley 9895/2016.

²² En esta línea, de distinguir entre defectos que provoquen la nulidad y anulabilidad de los Planes, parecía ir un anteproyecto de ley que ultimaba el Ministerio de Fomento, según lo manifestado en la comparecencia para informar del Plan Estatal de Vivienda 2018/2021, efectuada ante la Comisión de Fomento del Congreso.

²³ Véase el nuevo artículo L-600-9 del Código urbanístico francés. La ley francesa Nº 2014-366, de 24 de marzo de 2014, ley para el acceso a la vivienda y un urbanismo renovado, introdujo en el Código Urbanístico francés el nuevo artículo L600-9. En la redacción vigente, establecida por la Ordenanza Nº 2015-1174, de 23 de septiembre de 2015, posibilita al juez administrativo que conoce un recurso interpuesto contra un plan urbanístico, en el caso que el motivo alegado sea un vicio de procedimiento, puede subsanar ese defecto. Durante este plazo de subsanación el plan recurrido sigue en vigor. Subsanado por la Administración el defecto de procedimiento, el Tribunal resolverá el recurso.

terpuesto contra una Resolución de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalitat Valenciana, de 1 de Marzo de 2000, por la que se aprueba definitivamente la revisión del PGOU de Castellón, acuerda la necesidad de sometimiento a un nuevo trámite de información pública, a la vista de las modificaciones sustanciales introducidas con relación al documento aprobado inicialmente, estableciendo en su Fundamento de Derecho, que al ser la razón de la estimación del recurso de índole formal o procedimental, procede “ordenar la retroacción del procedimiento administrativo al momento inmediatamente posterior al acuerdo de aprobación provisional, para su sometimiento a un nuevo trámite de información pública a la vista de las modificaciones sustanciales introducidas con relación al documento aprobado inicialmente.”

En la misma línea, la STS de 20 de Septiembre de 2012, RJ 2012/9755, a propósito de la declaración de nulidad del Plan General de Parets del Vallés, por no haberse vuelto a sacar a nueva información pública, antes de la aprobación provisional, por haberse producido modificaciones sustanciales y en contestación a las alegaciones efectuadas sobre la necesidad de llevar a cabo una nueva tramitación del planeamiento desde el principio. El TS señaló que “no se puede permitir confundir lo que es la nulidad de planeamiento urbanístico por falta de haber agotado la tramitación preceptiva para equipararla a la nulidad de todos los trámites producidos en el procedimiento administrativo de su razón”. Deja claro que no era necesaria una nueva aprobación inicial del planeamiento general y que no debe producirse un acuerdo de convalidación, sino que estamos ante nuevas actuaciones, como son la información pública, la nueva aprobación provisional por el Ayuntamiento y la aprobación definitiva “que tienen valor por sí mismas”.

Por otra parte la STS de 31 de octubre de 2014 recoge una jurisprudencia que ha declarado en más de una ocasión (SS TS 4-7-00, 21-6-00, 23-7-99, 27-5-99 y 22-11-94) que “existen determinaciones dentro de los planes urbanísticos que carecen de los elementos necesarios que permiten calificarlas como verdaderas normas o disposiciones administrativas de carácter general, y que no son sino actos administrativos singulares al ser concretos y determinados sus destinatario y su vigencia no indefinida sino referida a un concreto periodo de ejecución” También el TSJ de Cataluña, en sentencia de 1 de Marzo de 2011 ha mantenido que “Los preceptos de la legislación urbanística catalana en los que regula el procedimiento de aprobación de los planes deben ser interpretados concordante con el citado artículo 107.3 de la Ley 30/92, pues si cabe una interpretación armonizadora debe aceptarse para evitar el desplazamiento que la prevalencia de Ley básica estatal producirá en otro caso sobre la norma autonómica. (Artículo 149.3 de la C.E.)” Y como consecuencia “El acuerdo de aprobación definitiva de un Plan de Urbanismo tiene un aspecto de acto administrativo (el acuerdo en sí adoptado por la Comisión, con sus requisitos de

procedimiento, de quórum, etc.) y otro aspecto de disposición de carácter general (el propio Plan de urbanismo que se aprueba). Pues bien, la exigencia de agotamiento de la vía administrativa que imponen en el Derecho Autonómico de Cataluña los artículos 294 del TR 1/90, de 12 de Julio y 16.4 de la Ley Autonómica 2/2002, de 14 de marzo, es conforme a Derecho en cuanto se impugne el acuerdo de la Comisión en el aspecto que tiene de acto administrativo, pero no en cuanto se impugne la disposición misma, pues en este último caso el artículo 107.3 de la Ley 30/92 prohíbe la alzada”.

No obstante, hay que tener en cuenta que la STS de 25 de mayo de 2015, RJ2015/2712, establece que en lo relativo a la jurisprudencia acerca de los efectos de la nulidad de un plan urbanístico como consecuencia de la omisión de algún trámite relevante en el curso del procedimientos conducente a su aprobación, **no cabe proceder sin más a la mera reposición del trámite omitido, en el caso que los presupuestos normativos hayan cambiado.** Así pues a sensu contrario, si los presupuestos normativos no han cambiado, no habrá problema en retrotraer el expediente al momento en que se produjo la omisión del informe. En mi opinión, a la misma conclusión habría de llegarse, si el cambio normativo no fuera sustancial.

E. Efectos de la nulidad del Planeamiento

a) Efectos generales

Las Sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectan por si misma a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes que la anulación alcanzara efectos generales, salvo que como señala el art. 73 de la LJCA, el precepto suponga la exclusión o reducción de sanciones no ejecutadas completamente. De la misma manera, el art. 64.1 LRJPAC (derogado) señalaba que la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero. (La misma redacción tiene el art. 49.1 de la LPAC, que lo ha sustituido). En el mismo sentido, el art. 40.1 de la Ley 2383/1979 Orgánica del Tribunal Constitucional. Por tanto se produce la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando, como señala Sánchez Goyanes²⁴, “la anulación o la derogación, en que los efectos son “ex nunc” y no “ex tunc”, si bien sólo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable, una vez declarada nula la disposición general”.

²⁴ SÁNCHEZ GOYANES, E., “Extinción jurídica de un plan y supervivencia de sus actos derivados: uniformidad en la diversidad jurisprudencial”. *Práctica Urbanística*. Nº 106, Sección Estudios, Julio 2011. Pag 16 Ed. La Ley.

b) Efectos en el Planeamiento de Desarrollo

La nulidad del Plan General de Ordenación Urbanística provoca también la nulidad del Planeamiento secundario. En efecto la STS de 28 de septiembre de 2012, recurso de casación 1009/2011 señala que “los efectos propios de la nulidad plena impiden igualmente que el ordenamiento derivado, planes parciales y de sectorización, puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas, como venimos señalando de modo profuso y uniforme en el ámbito urbanístico”. La Sentencia TS, de 19 de junio de 2013, RJ2013/5629, igualmente señala que en el caso de la anulación del planeamiento general, el fallo declarativo tiene un efecto expansivo derivado de la exigencia de la realización completa del fallo sobre el planeamiento secundario, con independencia de si su aprobación hubiese sido anterior a la sentencia anulatoria. La efectiva realización del fallo puede comportar la invalidación de determinados actos o disposiciones, lo que requerirá seguir “el trámite previsto en el art. 109 LJCA.” En este sentido es aconsejable recordar que el art. 104.1 de la LJCA habilita con evidente amplitud al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la sentencia con la finalidad de que se “practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.”

Existen otras figuras urbanísticas, acerca de las que no es pacífica su consideración como planes urbanísticos. Un ejemplo de lo anterior, sucede en los supuestos en los que se atribuye mediante un determinado procedimiento de declaración de utilidad pública o interés social (calificación, actuaciones de interés pública o declaración de intereses comunitarios) un determinado aprovechamiento del Suelo No Urbanizable. Según Blanquer²⁵ la calificación urbanística para lo que él llama actuaciones “impropias” en el suelo rústico, aunque “sea un simple acto habilitante y no tenga la naturaleza normativa que es propia de los instrumentos de planeamiento, lo cierto es que en alguna medida cumple una función parecida o similar a la de un plan especial”, pero “no es un auténtico plan urbanístico, aunque puede parecerlo”, y por ello reconoce que en la Comunidad Valenciana, la declaración de interés comunitario se precisa cuando no exista planificación del suelo rústico (Art. 202.2 Ley 5/2014), de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana.

En mi opinión, este instrumento de calificación del aprovechamiento en suelo rústico desde su propio arranque tenía carácter reglamentario²⁶. Así, como decíamos, el art. 85 del TRLS76 remitía al procedimiento de un Plan Especial simpli-

²⁵ BLANQUER, D., “Espacios de discrecionalidad en las licencias urbanísticas.” Del libro *El Derecho de la Ciudad y el Territorio. Estudio en Homenaje a Manuel Ballbé Prunés*. INAP, 2016.

²⁶ Véase del Autor, *Régimen Jurídico Urbanístico del espacio rural. La utilización edificatoria del Suelo no urbanizable*. Editorial Montecorvo 1990 Madrid.

ficado regulado en el art. 43.3 de la misma norma. En la regulación andaluza, en el art. 42 de la LOUA se utiliza, según los supuestos, su calificación a través de un Plan Especial o Proyecto de Actuación sin que se establezca diferencia de contenido entre ambos. Sin embargo existe cierta confusión jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del proyecto de actuación. Así la STSJ de Andalucía de 16 de febrero de 2015 señala que “la ejecución de una sentencia que anula un Proyecto de Actuación extiende sus efectos a todas las licencias que pudieran traer causa de la actuación anulada”. No parece muy acertado lo establecido en esta sentencia, determinando la anulación automática de la licencia, sin entrar a valorar si el proyecto de actuación tiene el carácter de Disposición General, en cuyo caso no procedería la anulación de la licencia, si había alcanzado firmeza. O si tiene carácter de acto administrativo, en cuyo caso como opina García Tejada debería acudir a la revisión de oficio para la anulación de la licencia²⁷.

c) En los Instrumentos de Gestión y las Expropiaciones

Según la anterior Sentencia del TS de 19 de junio de 2013, “es distinto lo que ocurre con los instrumentos de gestión, porque no tienen la consideración de disposiciones generales”, por tanto, aunque haya desaparecido su presupuesto legitimador la existencia de un Plan previo del que dependa, esto no produce la nulidad automática de los instrumentos aprobatorios de la gestión, sino que para acordarla, habrá de seguirse el trámite del art. 109 de la Ley Jurisdicción Contencioso Administrativa con audiencia de las personas que puedan verse afectadas por la ejecución, singularmente las entidades urbanísticas”.

En efecto, como dice De Comingues Cáceres²⁸, “para salvaguardar el principio de seguridad jurídica y proteger los intereses públicos, desde tiempo atrás la jurisprudencia ha venido moderando la aplicación del referido axioma del contagio retroactivo de la nulidad de la disposición general a sus actos de aplicación, en el sentido de “inmunizar” a los que hubiesen devenido firmes antes de la declaración de nulidad de aquella”.

La jurisprudencia se refería en principio a las liquidaciones firmes de carácter tributario o análogo, en base a un reglamento declarado nulo, se extendió después posteriormente a todas las ramas del derecho administrativo. Actualmente viene regulado en el art. 73 de la LJCA y 106.4 de la LPAC.

²⁷ GARCÍA TEJADA, D. J., “La ejecución de sentencias en la anulación de Proyectos de Actuación en suelo no urbanizable”. *El Consultor de los Ayuntamientos*. Nº 2, Sección Urbanismo y Medio Ambiente, febrero 2018, editorial Wolters Kluwer.

²⁸ COMINGES CÁCERES, F., (2017).

Con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de noviembre de 2010, RJ 2010/829, pareció que se había producido un cambio en la anterior doctrina jurisprudencial pues distinguió entre actos de aplicación y actos de ejecución urbanística, considerando que los actos de aprobación y constitución de los Estatutos de la Junta de Compensación, así como los Proyectos de Urbanización y Reparcelación, no podían ser considerados como “meros actos de aplicación de una disposición general sino que añaden una cualidad superior, que son actos dictados en ejecución del propio Plan Parcial declarado nulo.” Conviene señalar, no obstante, que se partía de la anulación de un Plan Parcial porque no se había citado personalmente para la información pública a los propietarios de terrenos y que por ello, lo establecido en la Sentencia comentada era consecuencia de la necesidad de proteger la indefensión que se había generado a los propietarios²⁹ y que se reproducía, por tanto, en los actos de gestión en aplicación del planeamiento. Por ello, coincidimos con Plaza González³⁰ que en esta Sentencia de 12 de noviembre de 2010 “no se ha establecido una nueva doctrina con vocación de generalidad, en virtud de la cual se exceptúe la aplicación del art. 73 de la LJCA a todos los actos de gestión urbanística.” Prueba de lo anterior es lo que recoge la STS, de 12 de marzo 2015, RJ 2015/3626, de que no resulta de aplicación la STS de 12 de noviembre de 2010, porque no se trata de un supuesto equivalente, es decir, no existe un problema de indefensión de los propietarios y porque lo que procede es preservar la firmeza alcanzada por los actos administrativos. “Porque no tienen la consideración de disposiciones generales.” Y además “la indefinición de la nulidad que se propugna menoscabaría elementales exigencias del principio de seguridad jurídica”.

Aunque conviene señalar que en lo referente a la Expropiación Forzosa el criterio que mantiene el Tribunal Supremo es distinto. Así, establece la STS de 5 de Septiembre de 2015, recurso 3.003/2013, que es doctrina del TS (Ss 19 de Mayo y 6 de Junio de 1992, 11 de Noviembre de 1993 y 19 de Diciembre de 2003, entre otros), que “la anulación de los actos administrativos por los que se aprueba el planeamiento urbanístico del que trae causa la expropiación deja sin efecto ni valor alguno las declaraciones de utilidad pública y necesidad de ocupación desapareciendo la causa expropiandi y acarreando todo ello la nulidad del procedimiento expropiatorio, incluido la determinación del justiprecio”.

d) En las Licencias

²⁹ Véase NIETO GARRIDO, E., “Emplazamiento personal a los afectados por la modificación puntual del Planeamiento Urbanístico en el contencioso-administrativo”. *RDU* N° 287. Enero-Febrero 2014.

³⁰ PLAZA GONZÁLEZ, M., “La nulidad de los instrumentos de Planeamiento General y la Preservación de los actos firmes dictados a su amparo”, *RDU* N° 312. Madrid - Marzo 2017.

No ha sido exactamente igual la jurisprudencia, recaída sobre los puros actos de aplicación del planeamiento, como son las licencias, que la recaída sobre el planeamiento³¹.

Como ya señalaba el TS en Sentencia de 25 de marzo de 1991 “la nulidad de un Plan de Ordenación no provoca siempre la de las licencias otorgadas a su amparo” sino que quedan “subsistiendo en principio las que sean firmes por aplicación de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo, dado el carácter normativo de los Planes y la condición de aplicación de ellos de las licencias urbanísticas”. Otra cuestión es la posición de las licencias no firmes, que quedan “solo ante el resto de la normativa urbanística vigente, que podrá decidir si las mismas son nulas de pleno derecho, anulables o incluso válidas”.

¿Y qué ocurre por tanto con las licencias declaradas ilegales por nulidad del Planeamiento urbanístico? Como señala la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2015, recurso 313/2014: “Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento la nueva ordenación no deja sin efecto aquella sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución.” De acuerdo con el art. 5 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía cuando la ejecución de la Sentencia sea imposible legal o materialmente, se llevará a efecto su cumplimiento por equivalencia mediante la indemnización correspondiente. El apartado 2 del art. 53, señala que en ese caso quedarán los actos de uso del suelo y en particular las obras, instalaciones y construcciones y edificaciones, en situación de asimilación a la de fuera de ordenación.

4. El desequilibrio entre la obligación legal y el incumplimiento de la obligación interadministrativa de hacer efectivo el derecho a la vivienda como freno a la ejecución de la demolición de las edificaciones ilegales que constituyan el domicilio habitual familiar

A) Derecho a la vivienda de los ciudadanos y deber interadministrativo

Entre los derechos de los ciudadanos, enumerados en el art. 5 TRLSRU, está el derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible. A su vez el art. 34 del TRLSRU establece la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para que los derechos y deberes de los ciudadanos sean reales y efectivos, subordinando y vinculando el uso residencial al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada en los términos que disponga la legislación en la materia.

³¹ Véase ESCRIBANO TESTAUT, P., “Las causas y los efectos directos y colaterales de la declaración de nulidad del PGOU de Ourense. *Practica Urbanística*. N° 121 Marzo-Abril 2013. Editorial La Ley

Como señala Vaquer Caballería³², aunque son muchos los usos a que se puede dedicar el suelo (forestal, agrícola, ganadero, industrial, etc.), la CE solo vincula de forma expresa la regulación de su utilización con uno de ellos, con el de la vivienda. Pero conviene advertir que “la vivienda a que se refiere el artículo 47 de la Constitución no es la vivienda como cosa sino la vivienda como hábitat”. El bien que protege la Constitución no es la vivienda como un valor de inversión sino como vivienda habitual. No es que tengan que ser incompatibles ambas cosas, pero el objetivo preferente y primordial se centra en la vivienda como domicilio habitual. En el ámbito europeo, el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”. Y el art. 47 de la Carta dispone que toda persona cuyos derechos y libertades garantizadas por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva. La STJUE, de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, señala en su apartado 64 que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que “la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida.” (SS TEDH, McCann C. Reino Unido, demanda nº 19009/04, apartado 50, y Rousk c. Suecia, demanda nº 27183/04, apartado 137). Y también en su apartado 65, declara que en el Derecho de la Unión, “el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el art. 7 de la Carta”.

La Constitución Española ha establecido en su artículo 47 el mandato a todos los poderes públicos de “promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo” el derecho a una vivienda digna y adecuada, en especial, “regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. No obstante, como dice Villalibre Fernández³³ “El derecho a una vivienda digna tiene unos límites en su exigibilidad establecidos por el artículo 53.3 CE, además de los límites económicos vinculados a la capacidad económica del Estado. Así, en cuanto a su justiciabilidad, solo puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria según lo que dispongan las leyes que lo desarrollen y, a día de hoy, no hay ninguna ley, ni estatal ni autonómica, que reconozca el derecho a toda persona para interponer un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa exigiendo el derecho a una vivienda y, menos aún si cabe, digna y adecuada.”

Con carácter general, las Administraciones públicas son titulares de Patrimonios de terrenos. En el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley

³² VAQUER CABALLERÍA, M., “Estudio preliminar” del libro *Comentarios a la ley de Suelo* de PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, R., IUSTEL 2007.

³³ VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V. “El derecho a una vivienda adecuada. Un derecho del siglo XXI”. *Estudios de Progreso*. Fundación Alternativas 2011.

33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su art. 108 establece que las rentas, frutos o percepciones de cualquier clase o naturaleza producidos por los bienes patrimoniales de la Administración General del Estado se ingresarán en el Tesoro Público con aplicación a los pertinentes conceptos del presupuesto de ingresos, haciéndose efectivos con sujeción a las normas y procedimientos del derecho privado. Igualmente, en el apartado 2 del anterior artículo se establece que si la explotación conllevase la entrega de otros bienes, derechos o servicios, éstos se integrarán en el patrimonio de la Administración General del Estado o en un organismo público con el carácter de patrimonial, pero sin que se recoja afectación alguna. Así pues, los bienes del Patrimonio del Estado no son “finalistas” ni “cerrados”, sino que se pueden “trasvasar” a través del Tesoro. Existen ejemplos concretos de gestión de Patrimonios Públicos de Suelo de Organismos dependientes de la Administración General del Estado o de otras Administraciones públicas que han actuado sin vinculación con los fines del art. 47 de la Constitución y han venido interviniendo en el mercado del suelo como un promotor inmobiliario más, tratando de obtener el mayor beneficio de la enajenación de su patrimonio, excusándose en la finalidad de reinvertir los ingresos en la mejora del servicio público de que se trate³⁴.

Por otra parte, aunque el art. 183 de la LPAP prescribe que las Administraciones públicas ajustarán sus relaciones recíprocas en materia patrimonial al principio de lealtad, a través del art. 191.5 de la LPAP se le ha impuesto a los Ayuntamientos de manera imperativa y contraria a la autonomía municipal la obligación de custodiar y mantener los bienes desafectados a los que no se les haya dado una nueva calificación urbanística, una vez transcurridos dos años desde dicha desafectación.

El mandato del art. 47 de la Constitución, durante mucho tiempo, no ha contado demasiado para la Administración del Estado. Por ello, aunque de manera insuficiente aún, es digno de destacar la relativa vinculación al destino de VPO que contiene la Disposición Adicional Cuarta del TRLSRU que regula la Gestión de Suelos del patrimonio del Estado. Esta Disposición establece que es de aplicación a los bienes inmuebles que constituyen el patrimonio del Estado lo dispuesto en el TRLSRU sobre el control registral previsto en su art. 52 cuando se destine a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Pero solo en el caso que se refieran a enajenaciones de fincas destinadas a algún régimen de protección pública.

³⁴ La Ley 28/1984, de 31 de julio, creaba la Gerencia de Infraestructura de la Defensa como Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Defensa destinada a realizar las actuaciones inmobiliarias y urbanísticas derivadas de la reordenación espacial de las fuerzas armadas con una vigencia temporal limitada. El Real Decreto de 6 de octubre de 2.000 aprueba el Estatuto de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa al que le confiere carácter indefinido y que tiene entre otras funciones la enajenación a título oneroso de bienes muebles o inmuebles, sin afectación alguna, siempre que sean declarados innecesarios y disponibles por el Ministerio de Defensa.

Como no existe ninguna disposición que obligue al Estado a dedicar un porcentaje de sus inmuebles a la construcción de VPO, habrá que entender que el primer apartado de esta disposición se refiere a los bienes inmuebles que obtenga por la gestión urbanística y que están afectados a la construcción de VPO como consecuencia de la aplicación de la reserva mínima del 30 % previsto en el art. 20 del TRLSRU³⁵.

B. La protección judicial del derecho a la vivienda

El artículo 47 de la CE reservaba el derecho a la vivienda solamente para los españoles. El artículo 13 de la CE y la STC 107/1984 se lo concede a los extranjeros, a los que se lo otorguen las leyes y los Tratados. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su art. 13 reconoce el derecho de la vivienda a los extranjeros residentes que tengan “derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles”.

En diversos países europeos se han llevado a cabo legislaciones que reconocen derechos de acceso a un alojamiento a personas que se encuentran sin un hogar. Destaca en primer lugar la legislación inglesa y del País de Gales, la Housing Act de 1996, de acuerdo con la cual los municipios tienen la obligación jurídica de alojar a ciertas clases de personas sin hogar. Los municipios tienen obligación de proporcionar alojamiento, inmediatamente que lo soliciten, a toda persona sin hogar perteneciente a la categoría legal de personas “con necesidades prioritarias” (entre otras, mujeres embarazadas o personas con menores a su cargo). Tal alojamiento puede ser temporal, hasta que se encuentre una vivienda más adecuada, pública o privada. La legislación escocesa ha ido progresivamente reforzando la situación jurídica de las personas sin hogar, a partir de 2001, mediante la Hosing Scotland Act de ese año y en la Homelessness Scotland Act de 2003, se introduce un derecho de alojamiento de toda persona sin hogar, aunque no pertenezca a las categorías legales de “necesidades prioritarias” o, incluso, su situación resulte de su comportamiento. Los municipios deben tener una estrategia para los sin hogar por exigencia legal. En Francia, se aprobó la Ley de 5 de marzo de 2007, relativa al derecho al alojamiento oponible y a diversas medidas a favor de la cohesión social (Loi Instituant un droit au Logement Opposable, o DALO), que preveía el derecho a la solicitud de un alojamiento al sector público (para toda persona residente en Francia de modo regular y estable).

³⁵ Vid del Autor “Comentario a la disposición adicional cuarta. Gestión de suelos del patrimonio del Estado”, del libro *Estudio del Articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo Estatal (RD Legislativo 2/2008, de 25 de junio*, dirigido por GUTIERREZ COLOMINA, V. y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A., Thomson Aranzadi 2009.

La falta de cumplimiento de las obligaciones legales por la Administración permite la defensa del derecho legal ante los tribunales de justicia.

En España además de la Constitución, el derecho a la vivienda se recoge en los distintos Estatutos Autonómicos, así el Estatuto de Autonomía para Andalucía desarrolla esta regulación constitucional, incluyendo el derecho de vivienda entre los derechos sociales, deberes y políticas públicas y extendiendo este derecho a todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía. El art. 25 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (EAA) recoge el deber de los poderes públicos de realizar la promoción pública de la vivienda, para favorecer el ejercicio constitucional a una vivienda digna y adecuada. El art 56.1 del EAA establece que le corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de vivienda.

Se entiende por vivienda digna la que esté libre de inmisiones contaminantes, especialmente las referidas al ruido y a la que esté incardinada en un medio ambiente adecuado. Y además, en relación con la contaminación acústica, se ha ido produciendo una jurisprudencia que responsabiliza a la Administración por no tomar medidas efectivas que impidan la contaminación acústica. Esta jurisprudencia ha tenido como punto de partida la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra España, a la que han seguido otras como las de 19 de febrero de 1998, caso Guerra contra Italia y la de 2 de octubre de 2001 contra el Reino Unido referida al aeropuerto de Heathrow. En estas sentencias se advierte que en determinados casos de especial gravedad ciertos daños ambientales, aunque no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a que se respete su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio. Igualmente establecen que la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido pone en grave peligro la salud de las personas, y que esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). También suponen una infracción de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (18.2 CE). Esta doctrina ha sido recogida igualmente por el TC (por todas, la STC 35/1995, de 6 de Febrero, FJ 3). El TS igualmente ha acogido esta doctrina y así, por ejemplo, en Sentencia de 29 de Mayo de 2003 condena al Ayuntamiento de Sevilla a indemnizar a un particular como consecuencia de la vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por no haber cerrado una discoteca que excedía del ruido permitido.

Los TSJ también han dictado una serie de sentencias en el mismo sentido anterior. Así, el TSJ de Andalucía (sede de Sevilla) por Sentencia de 29 de octubre de 2.001 estimó el recurso interpuesto por una Asociación de vecinos, demandando al Ayuntamiento de Sevilla para que tomara medidas contra “la movida”. Igualmente,

en una sentencia del TSJ de Andalucía (sede de Málaga), de 16 de Junio de 2003, de la que fue ponente Bernaldo de Quirós, se condenaba al Ayuntamiento de Vélez-Málaga a hacer cumplir la normativa autonómica sobre control de ruido y el control de la efectiva insonorización de los locales, así como indemnizar a los propietarios por los daños soportados.

Para que una vivienda sea digna y adecuada, además de estar libre de inmisiones contaminantes, debe ser accesible y con arreglo al principio de diseño para todas las personas. En efecto, como han puesto de relieve Ponce Solé y Fernández Evangelista³⁶ el derecho a la vivienda “no es solo el derecho al goce de un espacio habitable, o una morada, sino también el derecho a un medio urbano digno y adecuado en el que se inserta tal vivienda”.

Algunas CCAA para contribuir al cumplimiento material de derecho a la vivienda, han incluido dentro de los bienes integrantes, los de dominio público, especialmente los dotacionales. Así, el art. 179 de la LSM de la CA de Madrid permite constituir derecho de superficie en los terrenos de su propiedad o integrantes del PMS con destino a vivienda sujeta a algún régimen de protección público o de integración social.³⁷ El art. 34.3 del Decreto Legislativo catalán 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, establece la posibilidad de que el planeamiento urbanístico prevea como sistemas urbanísticos reservas de terrenos para viviendas dotacionales públicas dirigidas a satisfacer las necesidades temporales de colectivos de personas con necesidades de asistencia o de emancipación. El art. 55.6 de la Ley 1/2017, de 26 de Julio, de Navarra, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo, se refiere a la reserva obligatoria de terrenos para viviendas de titularidad pública, con carácter de dotación supramunicipal. El art. 81 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo, va aún más lejos y crea una obligación para municipios de 20.000 o más habitantes, que deberán calificar en sus planes suelo con destino a alojamientos dotacionales siempre por encima de un estándar fijado en la propia ley. En Andalucía la modificación del art. 10.1 A b) de la LOUA por la Ley 2/2012 ha incorporado la posibilidad de alojamientos transitorios en suelo de equipamiento público, cuya edificabilidad no computa dentro de la reserva de vivienda protegida.

³⁶ PONCE SOLÉ, J. Y FERNÁNDEZ EVANGELISTA, G., “Derecho urbanístico, derecho a la vivienda y personas sin hogar. Nuevos desarrollos y perspectivas en España a la vista de las novedades europeas en la materia”, *RDU*. N° 256.

³⁷ Según el art. 174.1.d) Ley 9/2001, del Suelo de Madrid, los derechos sobre dotaciones supramunicipales obtenidas por cesión con destino a dotaciones para redes locales y supramunicipales, forman parte PMS.

Domínguez Vila³⁸, pone de relieve que las Administraciones Locales deben modificar el papel a desempeñar en la política de vivienda, donde como consecuencia de la situación económica, si bien no pueden suplir a las entidades de crédito y financiera, si pueden seguir ostentando un papel importante, en la estimulación de la construcción de viviendas protegidas. Lo que es indudable, es que los Ayuntamientos disponen de una serie de instrumentos, que pueden servir, mediante una utilización adecuada, para ayudar a facilitar de manera efectiva el derecho de la vivienda.

Lo cierto es que a pesar de todo el reconocimiento legal de la obligación interadministrativa y del derecho de los ciudadanos, la vivienda sigue siendo en España un problema sin resolver satisfactoriamente. Ello está incidiendo en una cierta ralentización tanto administrativa como jurisprudencial en las demoliciones de edificaciones ilegales que constituyen domicilio residencial, porque el Tribunal Supremo viene considerando, de manera reiterada, que “la demolición de un edificio o parte del mismo destinado a la morada familiar de su propietario, constituye una muy importante destrucción de riqueza material, implicando además una fuerte incidencia negativa en la convivencia normal de la familia y en las raíces psicológicas de las personas afectadas, que la destrucción de la propia vivienda lleva consigo, siempre de difícil reparación, independientemente de la mera entidad económica” (STS. de 7 de Marzo de 2001, REC 182/1999).

El incumplimiento por las Administraciones Públicas del deber de procurar la vivienda, ha originado en muchos casos, la suspensión de las órdenes de demolición en vía judicial de viviendas en general y especialmente las que constituyen vivienda habitual. En base al art. 130 LJCA que señala: “1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

Existe una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que en el caso de demolición de una vivienda, si no se adopta la medida cautelar de suspensión solicitada, la ejecución parcial o total de la vivienda, conllevaría perjuicios económicos y daños personales o morales, por la privación parcial o total de la vivienda de difícil reparación, incluso de imposibilidad material, en otros casos.

En efecto como señala la STS de 30 de Septiembre de 1996, Recurso de casación 6038/1993, existe una reiterada doctrina del TS, “de que toda orden de de-

³⁸ DOMÍNGUEZ VILA, A., “El Derecho Constitucional a la Vivienda Teoría y Práctica”. *RDU*. Nº 271 y 272. 2012.

molición, en general, y específicamente, la atinente al domicilio familiar habitual, por su propia naturaleza, si se ejecuta prematuramente antes de la culminación del proceso pendiente en el que ha de decidirse acerca de su procedencia y legalidad, puede dar lugar, en el caso de quedar revocada posteriormente, a perjuicios de muy difícil reparación”.

Esto ha originado una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, vinculada al principio de proporcionalidad, que trata de evitar derribos que procederían por una estricta aplicación de las normas urbanísticas, pero que pugnaría con los principios de justicia material recomendando que la “drástica solución de la demolición, ya por ser extrema, impone la necesidad de ser aplicada con mesura y restrictivamente, a fin de evitar que con ella se origine un mal o resultado más grave que el producido por la discordancia entre lo autorizado y lo que se realiza, por lo que a aquella ha de llegarse solo excepcionalmente, en casos verdaderamente límites”. Debe existir una “congruencia entre su fundamentación y los fines que la justifican.” Por lo que “resulta procedente estimar la pretensión de la sentencia que no tuvo en cuenta tan reiterada aplicación del principio de proporcionalidad”³⁹ (STS de 28 de Enero de 1987).

“El principio de proporcionalidad conlleva la necesidad de estar siempre al principio de no demolición.” En efecto, como señala la STS de 21 de enero de 1994 (Ponente Delgado Barrio, Francisco Javier) “la demolición da lugar a una destrucción de riqueza que puede resultar injustificada en caso de estimación del recurso contencioso administrativo y que, por tanto, exigencia inmediata del interés público ha de evitarse en tanto no exista sentencia firme” puesto que como dice la STS de 30 de Julio de 1996, Recurso de Casación 6022/1993, no debe considerarse como acto trámite el que conlleve la demolición de un edificio, “ya que la orden de demolición de un edificio, desde luego supone la coronación de la actividad administrativa”. La STS, de 7 de marzo de 2001, Rec. 182/1999, reitera la anterior jurisprudencia acerca de la demolición del domicilio familiar habitual. Esta jurisprudencia del Alto Tribunal aún sigue impregnando la de los Tribunales Superiores de Justicia. Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de abril de 2014, dice que en los supuestos de demolición, debe ponderarse el interés público representado por la ejecución del acto administrativo y el particular del recurrente, que se centra en la conservación de lo construido; y por ello reconoce que “toda orden de demolición, por su propia naturaleza, implica destrucción de riqueza material, por lo que, si se ejecuta antes de la culminación del proceso pendiente en el que ha de decidirse acerca de su procedencia y legalidad, puede dar lugar, en el caso de que quede revo-

³⁹ Véanse las Ss. TS de 2 de Octubre de 1972, 22 de Diciembre de 1978, 15 de Mayo de 1980, 19 de Septiembre de 1981, 25 de Mayo de 1982, 9 de Junio de 1982, 27 de Junio de 1983, 2 de Noviembre de 1983, 28 de Abril de 1984 y 9 de Abril de 1985.

cada posteriormente, a perjuicios de muy difícil reparación”, todo ello, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, de la que es exponente, entre otros, el Auto del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 1996. En otra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del 17 de julio de 2017, Recurso de apelación 111/2017, se mantiene la anterior jurisprudencia, que se considera doctrina reiterada, pero dejando claro que **“la demolición de una chabola no puede considerarse como un acto de destrucción de riqueza**, el mantenimiento de la infravivienda dificulta la ejecución del planeamiento por lo que en ese caso el acto administrativo no puede ser suspendido.” Se señala además que “el derribo está justificado por razones de salubridad, a más que no constituye el domicilio habitual del recurrente, que conforme a aquella vieja doctrina era condición sine qua non para que pudiera acordarse la suspensión de la demolición”.

5. Las luces y sombras de la regulación penal, administrativa y de la jurisdicción contencioso administrativa acerca de las medidas de protección de la legalidad sobre las edificaciones ilegales

A. La obligatoriedad de la protección de la legalidad y de la reposición de la realidad física alterada

Como hemos dicho, las licencias ilegales otorgadas en base a un PGOU anuladas que sean firmes, quedarán subsistentes. En resto de los casos habría que distinguir las siguientes situaciones:

a) Sin procedimiento judicial: Sólo administrativo

Habría que diferenciar si existe o no una orden de demolición acordada. En el caso que no exista la orden de demolición acordada, y no hayan caducado las medidas de protección de la legalidad, es inexcusable el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad, salvo que exista imposibilidad legal o material de su ejecución. Si se hubiera producido la caducidad de las medidas de protección de la legalidad, sería posible, según proceda, la aplicación del régimen de fuera de ordenación o el de asimilada al de fuera de ordenación, situaciones semiconsolidadas y situación legal de consolidación. (Art.3 1.B a) y b) del Decreto 2/2012, de 10 de Enero de Andalucía, art. 193 Ley Valenciana 5/2014, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje y art. 44 bis 1.a) del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias DL 1/2000, de 8 de mayo, (actual art. 159.1.a de la ley 4/2017 de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias) respectivamente.

En segundo lugar, cuando exista una orden de demolición acordada por órgano administrativo pero no judicial, si no ha prescrito esta orden de demolición, debe

ejecutarse inexcusablemente⁴⁰, salvo que exista una imposibilidad legal o material y así se acredite en un expediente individualizado, por el órgano administrativo competente, “sin perjuicio de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado, en los casos que haya recaído resolución judicial firme. Art.51.1 RDU).

La legislación urbanística no ha regulado la prescripción de esta orden de demolición y se aplicaba, mayoritariamente el plazo general de prescripción de 15 años del art.1964 CC a contar desde la firmeza (Sentencias Tribunal Supremo 11 julio 1985, 5 de junio 1987, 17 de febrero 2000. De manera minoritaria el Tribunal Superior de Justicia de Madrid señalaba aplicable el plazo quinquenal previsto para la demanda ejecutiva del art. 518 LEC. La STS 29, de diciembre 2.010, desestimó la anterior doctrina jurisprudencial del TSJM. Actualmente, la DT Quinta de la ley 42/2015 ha modificado el plazo de prescripción del Cc, reduciéndolo a 5 años. Y para el régimen transitorio se remite al art. 1939 Cc.

b) Con procedimiento judicial firme

Deberá, como hemos señalado, cumplirse la ejecución de la sentencia en sus propios términos, salvo en los que así se determine, en el caso de imposibilidad legal o material, por el propio poder judicial. O bien haya prescrito el plazo de ejecución de la orden de demolición, referida en el apartado anterior. Ha habido varios intentos en la legislación autonómica para alterar en alguna medida las condiciones a que debe someterse la ejecución de sentencias que lleven aparejado el derribo de edificaciones ilegales, afectando por tanto a la competencia judicial. Así el art.65 bis.1 de la Ley cántabra 2/2001, añadido por la Ley 4/2013 de 20 de junio, estableció la posibilidad que el órgano municipal competente autorizara provisionalmente su mantenimiento en la situación existente y se produjera la suspensión provisional de las ordenes de demolición administrativas o judiciales, previa comprobación que resultaban conformes con el nuevo planeamiento municipal en tramitación. La STC 254/2015 declaró nulo e inconstitucional el inciso “judicial”, dejando subsistente exclusivamente las “administrativas”. A su vez la Disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia reconoció, a los titulares de las viviendas construidas al amparo de un título anulado, el derecho a residir en el inmueble mientras no se determinase por la Administración competente, a través del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, el alcance de la indemnización que pudiera corresponderles, al haber establecido que el acto administrativo o sentencia firme que determinara la anulación del título e implicara la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido, llevaría consigo, como efecto legal

⁴⁰ Véase GUTIERREZ COLOMINA, V. “La protección de la legalidad en el régimen urbanístico de Andalucía”. *Practica Urbanística*. Nº112. El Consultor, Febrero 2012.

necesario la apertura de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial. La STC 82/2014 de 28 de mayo declaró nulo el inciso “o Sentencia” del apartado 2 de la DA sexta de la ley 8/2012, por lo que a partir de ésta, la DA sexta sólo regulará el procedimiento a seguir cuando la anulación del título, se produzca mediante acto administrativo firme y no por sentencia, puesto que aquel no afecta al ejercicio de la potestad jurisdiccional, ni a la competencia reservada al Estado en materia de legislación procesal (arts. 117.3 y 149.1.6 CE).

B. La incidencia de las modificaciones de la legislación penal y de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la ejecución de las sentencias sobre edificaciones ilegales

a) La modificación del art. 319 del Código Penal

En el ámbito de la legislación estatal se han producido dos modificaciones que afectan decididamente a esta cuestión y que es indudable que acrecientan los requisitos, y por ende las dificultades para la ejecución de las sentencias urbanísticas sobre la demolición de edificaciones ilegales⁴¹. La primera ha sido la del Código Penal, llevada a cabo, adicionando por el número ciento setenta y uno del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la LO 10/1995, del Código Penal, un apartado 3 al art.319 que dice:

“En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

En relación con esta innovación del Código Penal conviene destacar que la suspensión temporal de la demolición para la constitución de garantías para hacer frente a las indemnizaciones a terceros de buena fe, encomendada por el poder legislativo al judicial, tiene carácter facultativo y no imperativo. Y además, el Juez deberá hacerlo valorando las circunstancias y oída la Administración competente. Al no ser de aplicación automática, ni de carácter imperativo, no parece que pueda tener riesgo de inconstitucionalidad.

⁴¹ ALONSO IBÁÑEZ, M. R., “La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones. Medidas Legales”. Obra colectiva *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Prof. Juan Alfonso Santamaría Pastor*. Iustel, Madrid 2014.

Conviene resaltar, como dice Fernández Aparicio⁴², que desde un punto de vista legal no es “plenamente coincidente la demolición en sede administrativa con la demolición en sede penal. Hay divergencias significativas en cuanto a la naturaleza y plazo de prescripción”.

La STS, Sala 3ª, de 30 de junio de 2000, ponía de relieve que la demolición “no constituye una sanción propiamente dicha sino el mecanismo adecuado para restaurar la legalidad vulnerada. La demolición es compatible y distinta de la imposición de sanciones a los responsables.” Fernández Aparicio, en la obra citada anteriormente, señala que el legislador debía de haber incluido la demolición en alguno de los siguientes apartados: “pena, responsabilidad civil o consecuencia accesoria del delito”. En el ámbito de los delitos contra la Ordenación del Territorio se han producido una serie de Sentencias del Tribunal Supremo bastante relevantes, como las Ss. de 27 de noviembre de 2009, 21 de marzo de 2012, 21 de junio de 2012 y 22 de noviembre de 2012.

La sentencia del Alto Tribunal de 21 de junio de 2012 dice que “La demolición de la obra o reposición a su estado originario a la realidad física alterada son medidas que poseen un carácter civil más que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio. Según la doctrina mayoritaria se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP. Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística: No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el CP”. “La consideración de la demolición como consecuencia jurídica del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal”.

En efecto es cierto, que el precepto que analizamos establece la demolición de forma no imperativa, pero ni el tenor literal del art. 319.3 anteriormente vigente, ni la redacción actual a la que nos estamos refiriendo, como reconoce la sentencia Penal 152/2016, Audiencia Provincial de Cáceres, de 10 de mayo, permiten afirmar que la demolición de lo construido sea la consecuencia obligada, necesaria e ineludible de la comisión de un ilícito de esta naturaleza. El “En cualquier caso...” con el que se inicia la redacción del artículo puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado -”podrán”- sólo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador menciona “en cualquier caso” se está refiriendo a que tanto los supuestos

⁴² FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “Regularizaciones administrativas y su incidencia en los delitos urbanísticos. La demolición”, RDU. N° 284. Septiembre – Octubre 2013.

a los que se refiere el núm. 1º del precepto como los del núm. 2º, cabe la posibilidad de la demolición”.

Así por regla general, como recoge la doctrina jurisprudencial del TS, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables, en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad de rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

Así pues, para demoler, en principio podría estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado, sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador que es a quien incumbe mediante la fijación en los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal -ni tampoco al de proporcionalidad, pues siempre será proporcionado acordar la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado.

La Sentencia 152/2016, de la Audiencia Provincial de Cáceres, en relación con los tres motivos que el juzgado de instancia había rechazado para la demolición de vivienda ilícitamente edificada, como eran el destino a vivienda habitual, el no estar levantada dicha edificación en espacio protegido o singular alguno, junto con su aparición al lado de otras construcciones en el mismo enclave, los ha desestimado interpretando lo siguiente:

En primer lugar, señala que dos de ellos aparecen expresamente rechazados en la jurisprudencia del TS citada, en la que se señala que la demolición resulta aplicable no solo a la modalidad cualificada por la naturaleza del suelo como viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección a que se refiere el artículo 319.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), como también a su modalidad básica del artículo 319.2 (“suelo no urbanizable”), y considera que no es argumento de suficiente peso que no pueda repararse todo el daño causado genéricamente en la zona por existir otras construcciones en ella, pues supondría una torticera interpretación de la normativa urbanística en vigor con la finalidad de alterar el régimen jurídico del suelo -suelo urbano donde no lo había- y posibilitar luego una consolidación de las edificaciones con una apariencia de legalidad y con afectación de terceros de buena fe, los posibles compradores.

La otra razón sobre la que se sustenta la decisión impugnada es la de que la vivienda construida por el condenado no estaba destinada al ocio sino a su uso como vivienda habitual. Pero el destino de la edificación es una cuestión ajena al delito tipificado en el artículo 319 del Código Penal, para el que dicho destino sea ocio, sea desarrollar una actividad productiva o residencial, resulta algo intrascendente. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de junio de 2.012 (RJ 2012, 6963), que se transcribe en la de 24 de noviembre de 2.014 (RJ 2014, 6004), lo que hace es tomar en consideración ese destino como uno de los datos que pueden tenerse en cuenta a la hora de ponderar la “proporcionalidad de la medida en relación con el daño que [la demolición] causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, o verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia”. Es cierto que la adopción de esta medida, precisamente “por no ser de automática y necesaria imposición”, no debe afectar a derechos fundamentales, y uno de ellos es el que todos tienen a “a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (artículo 47 de la Constitución (RCL 1978, 2836)), pero no es menos cierto que los derechos fundamentales deben ejercitarse, siempre que ello sea posible, de forma que no se afecten otros derechos fundamentales que, por ser esenciales, constituyen bienes jurídicos penalmente protegidos.

No basta con que el uso de la edificación sea el de vivienda, pues el derecho a una vivienda digna no es absoluto y no autoriza, sin más, a edificar donde uno quiera. Para considerar desproporcionada la demolición por afectar al derecho a una vivienda digna es necesario algo más, de forma que la vivienda que se pretende demoler sea la única opción razonable para el condenado de gozar de una vivienda, es decir, por ejemplo, que no sea titular catastral de otra vivienda o que no disponga de recursos económicos para procurarse lícitamente una vivienda.

En definitiva, el Tribunal Supremo establece como regla general la demolición como el medio más eficaz y necesario para restaurar el orden jurídico perturbado. Las excepciones a esta regla general serían la extralimitación mínima y la posterior legalización.

En opinión de Fernández Aparicio⁴³ los procesos de regularización no deben afectar a la demolición en ninguna de las fases del proceso y la inexecución total o parcial de la demolición como consecuencia de una modificación del planeamiento o por imposibilidad material de llevarlo a cabo, deben estar justificados.

Tienen bastante interés algunos acuerdos sobre unificación de criterios sobre la demolición de obras ilegales, como el llevado a cabo por la Audiencia Provincial

⁴³ FERNÁNDEZ APARICIO, J.M., (2013).

de Málaga⁴⁴. En estos acuerdos destaca lo siguiente en relación con la demolición de sentencias firmes en delitos referentes a la ordenación del territorio:

- El incumplimiento deliberado por parte del condenado de la obligación de demoler lo construido, puede ser tenido en cuenta, junto con el resto de factores concurrentes, en el momento de resolver el otorgamiento o no de la suspensión de la ejecución de la pena impuesta. Pudiéndose además condicionar dicha suspensión a la ejecución de la demolición acordada en el plazo impuesto por el órgano que haya dictado la sentencia.
- Se establece el carácter excepcional de la suspensión de la demolición por la posible regularización de lo construido y siempre que se aporte documentación acreditativa que esta regularización resulta viable, no bastando la sola aportación de la solicitud dirigida al ayuntamiento competente.

b) La incidencia de la reforma de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo

i. Modificación del Recurso de Casación

A través de la DF tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modificaba la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se acometió una importante reforma del recurso de casación que ha originado la supresión de los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de Ley. Judith Gifreu⁴⁵ dice que en realidad, la Ley Orgánica 7/2015, ha transformado lo que hasta ahora era un simple recurso extraordinario de revisión en el instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del Derecho, de ahí que se prescindiera en el orden contencioso-administrativo de las modalidades de los recursos de casación en interés de Ley y para la unificación de doctrina, cuyos presupuestos quedan subsumidos en el nuevo recurso de casación. Como destacaba Pérez Alonso,⁴⁶ este nuevo modelo de casación en la jurisdicción contencioso administrativa tiene como elemento clave, a efectos de la admisión, el “interés casacional”, “recordando en gran manera el existente en el Tribunal de los Estados Unidos para la admisión de “writ of certiorari”, que ha permitido al Tribunal Supremo de los Estados Unidos un control total sobre su trabajo, hasta tal punto que del total de

⁴⁴ Acuerdos adoptados por la Junta de Magistrados Penales de dicha Audiencia, el 9 de noviembre de 2017, tomando conocimiento por la Presidencia de la Audiencia Provincial el 29 de enero de 2018.

⁴⁵ GIFREU FONT, J., “Reflexiones críticas en torno al control jurisdiccional de la actividad urbanística de los entes locales”. *RDU*. N° 310, Madrid, diciembre 2016.

⁴⁶ PÉREZ ALONSO, J., “El nuevo sistema de casación en el orden contencioso administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, con la vista puesta en el certiorari estadounidense”. *Diario La Ley*. N° 8621, Sección Tribuna, 8 de octubre de 2015. Ref. D-366, Editorial La Ley.

recursos presentados en los últimos años, se sitúa en uno por ciento los recursos que se suelen resolver, al eliminarse con carácter general las apelaciones y establecerse como única vía, en la práctica, el “writ of certiorari” para acceder al Tribunal Supremo, limitado además a conocer supuestos en los que existen diversos criterios jurisprudenciales entre dos o más Tribunales de Apelación o donde se persiga para su resolución, en cuanto al fondo, un juicio de constitucionalidad de las leyes aplicables al caso enjuiciado.

A tal efecto en la nueva regulación del recurso de casación, el interés casacional, que es un concepto jurídico indeterminado, se exige en el fundamento exclusivo en que se basa su admisión.

De esta reforma es destacable lo siguiente:

- Se introduce un nuevo trámite según el cual la admisión o inadmisión del recurso será decidida por una Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (art. 90.2 LRJCA).
- La distinción entre dos tipos de asuntos, en primer lugar, cuando se invoque una concreta infracción del Ordenamiento jurídico, bien de carácter procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, y la Sala considere que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. (art. 88.2 LRJCA), debiendo motivarlo expresamente en el auto de admisión y se refiera, entre otros, a los supuestos siguientes:

Cuando fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea, sienta una doctrina sobre estas normas gravemente dañosa para los intereses generales, afecte a un gran número de situaciones, resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de la decisión una doctrina constitucional, aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general o un convenio celebrado entre Administraciones públicas, dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

Y en segundo lugar, en los supuestos en que se presuma la existencia de interés casacional objetivo, entre otros los siguientes: cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas que sustenten la decisión sobre las que no exista jurisprudencia, o se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente, la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que carezca de trascendencia, o resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o

de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Audiencia Nacional.

- En los párrafos segundo y tercero del apartado 3 del artículo 86 se establecen una serie de medidas organizativas referentes a los Tribunales Superiores de Justicia⁴⁷.
- El Art. 86, abre la casación a las Sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, pero solo en el caso de “sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos”.

Es indudable que esta reforma del recurso de casación va a incidir en el urbanismo de una manera considerable. De un lado bajo una perspectiva cuantitativa, por la inclusión de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo que tienen una amplia competencia en el ámbito urbanístico. Y de otro lado porque existen una serie de temas urbanísticos de indudable trascendencia que previsiblemente, como señala Gifreu Font⁴⁸, van a tener un interés objetivo casacional, como son los convenios interadministrativos y con particulares⁴⁹ que se declaren nulos o cuando haya que aplicarse normativa de reciente aprobación de la que no exista jurisprudencia, así como las operaciones de rehabilitación, regeneración, renovación urbana y los problemas de desconsolidación del suelo urbano.

ii. La reforma del art. 108.3 de la LJCA

ii.1.- Incidencia en la ejecución de sentencias urbanísticas.- Junto a esta reforma del recurso de casación, la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, introdujo otra importante modificación por su incidencia en el ámbito urbanístico, como es la llevada a cabo en el art. 108 de la LRJCA, para adaptarse a la modificación del Código Penal, introduciendo en el apartado cuarto de la disposición final tercera, el apartado 3 del art. 108 en la LJCA⁵⁰, que señala lo siguiente:

⁴⁷ El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 19 de junio de 2018 (BOE 26-6-2018) ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad n° 2860-2018 planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en relación con el art. 86.3 párrafos segundo y tercero de la LJCA, por posible vulneración de los arts. 9.3, 14 y 122.1 de la CE.

⁴⁸ GIFREU FONT, J. (2016).

⁴⁹ Se ha reforzado, en el ámbito local, la seguridad jurídica de estos Convenios, al exigirse informe preceptivo del Secretario del Ayuntamiento, mediante el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con Habilitación Nacional.

⁵⁰ Enmienda de Adición presentada por el Grupo Socialista, en la que señala que se formulaba en aras de fomentar la seguridad jurídica y el tráfico jurídico, para proteger el derecho de propiedad, y de

“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”.

Esta regulación provoca alguna contradicción con algunos postulados de la doctrina del Tribunal Supremo, como el reiterado en la sentencia del TS de 9 de febrero de 2009, Recurso Casación 1745/2007, que había establecido que “la ejecución de la Sentencia obliga a la adopción de las medidas necesarias de demolición de las obras que resultan carecer de la licencia como consecuencia de la anulación acordada en dicha sentencia, siendo por completo inaceptable que la demolición así procedente según lo acordado por la Sala se haga depender de un nuevo expediente de protección de la legalidad urbanística”, mientras que esta nueva regulación exige que además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, se ordene motivadamente la demolición del mismo.

Por otra parte, el carácter imperativo para el juez de la exigencia de garantías suficiente para hacer frente al pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, plantea una cierta incertidumbre en la interpretación del precepto y su contenido dejaba irresueltas, entre otras cuestiones, la cuantía de las garantías, el plazo de suspensión y el sujeto a quien le corresponde hacer frente a las garantías y cuya determinación, obviamente, complicará y alargará el procedimiento de ejecución. Al respecto como señalan Revuelta Pérez y Narbón Laínez⁵¹ “el análisis del tratamiento de los terceros de buena fe en las jurisdicciones civil y penal, permite comprobar que, a diferencia de lo que ocurre en el orden contencioso administrativo en materia de urbanismo, se considera causa de imposibilidad legal.” Y por ello concluyen que no existe razón convincente para que no se aplique el mismo criterio en la jurisdicción contencioso administrativa y que por ello debería reformularse el tratamiento de los terceros de buena fe, en el tratamiento de las sentencias, en particular, en las que anulan licencias. Esta modificación del art. 108.3 LJCA parece seguir esta corriente de protección al tercero de buena fe, aunque algunos opinan que no es así⁵². El ATS 8042/2017, admitió a trámite

forma análoga al cambio introducido en el Código penal para proteger a terceros adquirentes de buena fe.

⁵¹ REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAÍNEZ, E., “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*. N° 720.

⁵² MEDIAVILLA CABO, J. V., “El artículo 108.3 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Innecesaridad de indemnizar con carácter previo o simultáneo a la demolición”. RDU. N° 322, Junio 2018. Este autor opina que el

el recurso de casación dictado en ejecución de sentencia, porque estima que debe esclarecerse la cuestión de si el concepto de tercero de buena fe debe entenderse que comprende a los titulares de otros derechos, distintos de propiedad que puedan surgir como consecuencia de la demolición y si corresponde al juez o tribunal promover la identificación y emplazamiento de los terceros de buena fe titulares de un eventual derecho de indemnización. En mi opinión la protección a los terceros de buena fe prevista en este artículo debería darle un plus a la salvaguarda del derecho a la vivienda como domicilio habitual familiar, bien al propietario o al que tenga otro tipo de derecho legal sobre dicho domicilio, como a un arrendatario. Al efecto señalan Alonso Mas y Revuelta Pérez⁵³ el margen de apreciación, “se estrecha considerablemente cuando lo que se halla en juego es el derecho a la vida privada y familiar”.

Díaz Murias⁵⁴ opinaba que para la aplicación de este precepto era preciso determinar e identificar a los posibles terceros de buena fe, determinar las cuantías de las indemnizaciones debidas y posteriormente garantizar la inclusión de las partidas correspondientes y la tramitación de los correspondientes expedientes de responsabilidad patrimonial. Entendiendo que para “la tramitación de tales expedientes, es preciso suspender la ejecución del Fallo, y simultáneamente tramitar conforme a la Ley los expedientes de responsabilidad patrimonial.” Sin embargo no es congruente este planteamiento con lo dispuesto en la STC 82/2014 de 28 de mayo de 2014 que anuló parcialmente la Disposición adicional sexta de la ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, únicamente en lo referente a la fase de ejecución de sentencia, porque el precepto anulado se refiere a la “efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada de suerte que la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado”.

ii.2. La reciente jurisprudencia del TS sobre el art. 108.3

Se han admitido por el TS una serie de recursos de casación justificándose el interés casacional por no existir jurisprudencia para determinar “si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Ju-

art. 108.3, interpretando en el sentido que lo ha hecho el TS no conlleva ninguna mejora en el tercero de buena fe.

⁵³ ALONSO MAS, M^a J. y REVUELTA PÉREZ, I., *Buena fe contra demolición urbanística*. Thomson Reuters Aranzadi 2017.

⁵⁴ DÍAZ MURIAS, R. “El recurso de casación y demoliciones urbanísticas”. *El Consultor de la Ayuntamientos*. N^o 13, Sección Opinión/Comentarios de Jurisprudencia, Quincena del 15 al 29 de Julio. 2017, Ref.: 1737/2017.

risdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inejecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá de determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal". (Autos TS 5094/2017, 1596A/2017 y 8042/2017, entre otros).

Se ha resuelto en primer lugar el recurso planteado contra Auto de 11 de enero de 2016, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Galicia, que inadmite a trámite el incidente de inejecución de Sentencia por imposibilidad legal. En el fundamento de Derecho Decimo y s.s. de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 2017, Recurso de casación 477/2016, de la que es ponente Cesar Tolosa Triviño, entra a analizar la incorporación del art. 108.3 al proceso de ejecución, y señala lo siguiente:

- La ley procesal no se aplica retroactivamente a procesos anteriores, sino a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, aunque los hechos materiales y jurídicos que han dado origen al proceso sean anteriores. En definitiva, al tratarse de una norma procesal, incluida en legislación procesal y además sobre incidente procesal de ejecución, resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance al modo de demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución.
- Interpretar el nuevo artículo 108.3, considerando que constituye un supuesto de suspensión o inejecución de sentencia, obligaría a plantear serias dudas en el sentido que la suspensión automática de la ejecución de una sentencia, no resulta conforme ni compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, que se concreta en un derecho de contenido prestacional a que la sentencia sea llevada a su debido efecto y en sus propios términos.
- El legislador no ha modificado el art. 105.1 LJCA, cuya prohibición de suspender sigue vigente sin matiz alguno, sino que lo que ha hecho, ha sido incorporar dicha medida dentro del art. 108 LJCA, precepto que tanto desde una perspectiva temporal como sistemática permite afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la Administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las Sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición

no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe. **El art. 108.3 se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia.** La norma no establece un obstáculo a la ejecución, sino añade un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa. En ningún caso la Sentencia condiciona la ejecución a la resolución de expediente de responsabilidad alguna. Por ello, el supuesto contemplado en el art. 108.3, no se trata de imposibilidad ni material ni legal de ejecutar la sentencia.

En segundo lugar es destacable la STS 1900/2017 de 4 de diciembre, RC 832/2016, de la que es ponente Rafael Fernández Valverde, en un incidente de ejecución de la sentencia de “El Algarrobico”, señala que entre las cuestiones que se pueden plantear vía incidental en base al art. 109, estarían en determinados supuestos los relacionados con la ejecución de sentencias, como los que se suscriben al amparo del art. 108.3 LJCA y que esta vía incidental del art. 109, posibilita que “el periodo probatorio sería viable en este incidente”. Y que en lo referente a los terceros de buena fe no puede limitarse o blindarse al tercero registral del art. 34 del Reglamento Hipotecario.

Posteriormente se han dictado una serie de SsTS que han delimitado e interpretado sin género de dudas la doctrina jurisprudencial sobre el art. 108.3, como son las de 21 de marzo de 2018, Recursos de Casación 138/2017 y 141/2017 y de 25 de mayo de 2018, recurso 325/2016.

De las dos primeras conviene destacar, en primer lugar que ratifican la jurisprudencia anterior a la aprobación del art. 108.3 LJCA, en el sentido de que el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y en segundo lugar que considera como la “interpretación más acertada del art. 108.3, que la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un juez o tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio, ni requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero y

determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo”. (FD 8º Sentencia 476/2018, de 21 de marzo).

Se considera el art. 108.3 por estas Sentencias, como un trámite integrado en la ejecución, que comporta la adopción por el órgano judicial de medidas de aseguramiento para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso. Estas medidas han de ser valoradas atendiendo a los datos y elementos del juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviendo las controversias que surjan en el incidente de ejecución. Por ejemplo en el caso de la Administración Pública, que está exenta de prestar garantías, se pueden adoptar medidas consistentes en la fijación de un plazo perentorio para que realice la correspondiente modificación presupuestaria e incluso la imposición de multas coercitivas para que lleve a término estas obligaciones.

Finalmente la STS de 25 de mayo de 2018, Recurso 325/2016, de la que es ponente Cesar Tolosa Triviño, reafirma una delimitación positiva y negativa sobre el tercero de buena fe. En cuanto la delimitación positiva, su ámbito subjetivo “no puede circunscribirse a la de terceros de buena fe protegidos, por la fe pública registral, sino que ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados, en su condición de terceros perjudicados”. Y por otra parte “la condición de terceros de buena fe no puede predicarse exclusivamente de los titulares de edificaciones que constituyan su vivienda habitual o el lugar donde desarrollar su actividad profesional, dado que tal restricción supondría dejar fuera de la protección del precepto el grueso de los supuestos reales que suelen afectar a residencias vacacionales o segundas residencias”.

En cuanto a la delimitación negativa de la condición de terceros de buena fe, se excluye al promotor que obtuvo la licencia declarada nula porque, “como titular de la licencia ha sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerado tercero”. Y en segundo lugar porque el art. 108.3 LJCA “viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos pueden verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso”. Se ratifica, en definitiva, la doctrina del TS, consistente que no siempre los terceros propietarios deben ser considerados tercero de buena fe (STS 3 de noviembre de 2015, RC 1782/2014).

II. LA IMPOSIBILIDAD LEGAL Y MATERIAL DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

1. Ideas Generales

La imposibilidad de ejecutar las Sentencias podrá ser por imposibilidad legal o material. Se fundamenta en el art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 105.2 LJCA. La competencia para declarar que concurren alguna de estas circunstancias le corresponde al Poder Judicial. Como muy acertadamente señala Fernández Valverde⁵⁵, si se examina “la realidad actual, bien pudiéramos distinguir entre imposibilidad por causa legal, imposibilidad por causa reglamentaria o administrativa e imposibilidad por causa material”.

En efecto, la obligación de ejecutar la Sentencia en sus propios términos, también puede ser enervada por la aprobación de una nueva Ley. Ante esta nueva Ley no se aplica lo previsto en la LJCA, puesto que el control de legalidad de una ley estatal o autonómica le corresponde al Tribunal Constitucional. Este tema fue abordado por la STC 73/2000,⁵⁶ en relación con la imposibilidad legal de ejecutar el fallo que anulaba la puesta en marcha de la Presa de Itoiz como consecuencia de la aprobación de una nueva norma legal. En esta Sentencia el Tribunal declara que una modificación del marco normativo, efectuada por una norma de rango legal puede determinar la imposibilidad legal de proceder a la ejecución de un fallo judicial.

Ahora bien, en su Fundamento Jurídico 11º deja claro que: “aun siendo indudable que la Constitución reconoce al legislador un amplio margen de libertad al configurar sus opciones, no es menos cierto que también le somete a determinados límites. Y en lo que aquí interesa, no sólo al genérico límite antes aludido de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y al que impone al principio de igualdad (art. 14 CE) sino también al límite que se deriva del art. 24.1 CE.” Y por ello cuando “no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la Ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar.” “cabría estimar que tal Ley sería contraria al art. 24.1 en relación con los arts. 117.3 y 118 CE, al faltar la debida proporción «entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto”.

En segundo lugar, se viene incluyendo, como dice Fernandez Valverde, dentro de imposibilidad legal, lo que no es más que una simple imposibilidad de carácter

⁵⁵ FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “La Ejecución de las Sentencias en el ámbito urbanístico”, *Revista de Urbanismo y Edificación*. 2ª Parte, Nº 21, 2010.

⁵⁶ Véase comentarios de FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “La Ejecución de las Sentencias en el ámbito urbanístico.” 1ª Parte. *Revista de Urbanismo y Edificación*. Nº 20, 2009 y (2010). Y SÁNCHEZ GOYANES, E., *Problemática en la ejecución de las Sentencias urbanísticas, Jornadas Nacionales sobre interpretación y Aplicación de las Sentencias Urbanísticas*, 2014.

administrativo o reglamentario, lo que se produce frecuentemente en el ámbito del planeamiento urbanístico.

La discrecionalidad de la Administración Pública inherente a la potestad planificadora no puede modular los efectos de las ilegalidades y fundamentar el nuevo planeamiento en función del carácter aprovechable de lo anterior, pues señala la STS de 27 de octubre de 2015, Rec 313/2.014, no es de recibo la “metodología seguida para la normalización urbanística”, llevando a cabo una valoración conjunta de las diversas infracciones a través de los denominados coeficientes de ponderación de la naturaleza de la infracción. Y ello es así porque estamos en una diferente regulación del art. 103.1 de la LJCA, con respecto a la Ley 39/1956, de una manera totalmente contraria, señalando de acuerdo con la CE, que “la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional.” La Administración, como parte está obligada a cumplir la Sentencia y también está obligada a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales (arts. 103.2 y 3) como Administración Pública, una vez que sea firme esta sentencia, pues el órgano que hubiera realizado la actividad del recurso, y reciba la comunicación del Secretario judicial, deberá llevar “a puro y debido efecto” lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo (art. 104.1 LJCA). Si la Administración incumple la ejecución de la Sentencia en los plazos señalados, se podrá proceder a su ejecución forzosa, a la imposición de multas coercitivas a autoridades, funcionarios, a agentes que incumplan los requerimientos, hasta la completa ejecución del fallo judicial, así como deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder, (arts. 112 y 113 LJCA). Por ello, sin alterarse los términos en que la disputa procesal fue planteada y resuelta, no puede pretenderse privar de efectos, posteriormente, al pronunciamiento judicial. Sólo es posible de acuerdo con el principio de congruencia, si concurren elementos que impidan física/jurídicamente la ejecución o la dificulten por circunstancias sobrevenidas impeditivas. En efecto, como hemos dicho anteriormente, si concurren causa de imposibilidad material o legal, el órgano obligado a su cumplimiento lo comunicará al Tribunal para que adopte las medidas para su mayor efectividad ejecutoria o en su caso la indemnización que proceda por la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno de acuerdo con el art.105.2 LJCA.

Sánchez Castro⁵⁷ señala que a pesar que el TS, había considerado, en el ámbito civil, el cumplimiento por equivalente como una partida indemnizatoria derivada del art. 1.101 del Cc, existen una serie de sentencias más recientes del TS en la que

⁵⁷ SÁNCHEZ CASTRO, J. D. “El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda prestación indemnizatoria?”, *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 63, Nº 4, 2010. Págs. 1725-1787.

se considera como un medio autónomo y distinto de la indemnización de daños y perjuicios. La STS, Sala 1ª de 23 de Marzo de 2007, distingue perfectamente lo anterior, diciendo lo siguiente: “Para la aplicación del cumplimiento por equivalencia basta que no sea posible el cumplimiento “in natura”, o no sea ya útil al acreedor; en cambio para la indemnización de daños y perjuicios del art. 1.101 Cc, es preciso que se prueben éstos, o conste su existencia “in re ipsa” (en la cosa misma), y al nexo causal y concurra un criterio de atribución”.

La indemnización sustitutiva deriva de la imposibilidad de ejecutar una sentencia en sus propios términos y es inherente al derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE, como dice la STC de 15 de Diciembre de 1998, que pone de relieve que “este Tribunal ha venido considerando también como cumplimiento “en sus propios términos”, la sustitución del cumplimiento “por razones atendibles”. Esto había sido avalado constitucionalmente en las Ss.TC 58/1983, (“tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total, entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que por razones atendibles la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación.”), 87/1984 (“El derecho o la tutela judicial efectiva se ha de ejercer por los cauces y con los requisitos procesales que cada caso requiera. Claro está que estos requisitos han de ser razonables”, por ejemplo, es razonable la presencia personal del acusado en el proceso penal que es un deber, 149/1989. (El derecho a la tutela efectiva “no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de la Sentencia”, aunque “debe plantearse como un posible ataque al derecho a la tutela judicial efectiva las dilaciones injustificados que puedan acontecer en cualquier proceso”) entre otras, para las que es plenamente constitucional una ejecución de sentencia que por razones atendibles, el fallo condenatorio es sustituido por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación.

Una de las cuestiones más debatidas sobre la imposibilidad legal o material es el plazo para comunicar al Tribunal la existencia de esta imposibilidad. La Sentencia de 29 de diciembre de 2015, RJ 2015/6436, recoge un estudio de esta cuestión.

El plazo, como regla general, es de dos meses a que se hace referencia en el artículo 104.2 de la LJCA, o bien, en algunos casos, el plazo especial fijado en la Sentencia al que el mismo precepto se remite, por la vía del artículo 71.1.c) de la LJCA. No obstante, el Tribunal Supremo ha venido interpretando, de manera tradicional, con flexibilidad el mencionado plazo, determinando la STS de 30 de enero de 1996 que: “este plazo no puede considerarse de caducidad y el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no lo contempla”.

Después de un largo proceso evolutivo puede señalarse que la última doctrina del TS, (como señala la Sentencia de 29 de diciembre de 2015, RJ 2015/6436) consiste en “que el plazo de dos meses, establecido por el citado artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional, no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que su inobservancia, si está justificada, no impide promover, transcurrido el plazo de dos meses, el incidente de imposibilidad legal o material de ejecutar las sentencias », pero que «la ejecución de una sentencia firme no puede quedar supeditada indefinidamente a la promoción sucesiva de incidentes de imposibilidad legal o material de ejecución de una sentencia por causas existentes al momento de haberse promovido el primero », porque esta pretensión es contraria a lo establecido por el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción y a la jurisprudencia, interpretativa del mismo, y, en definitiva, contradice abiertamente lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución y 103.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

Ahora bien, esas modulaciones interpretativas, acordes con la finalidad de la norma, de ningún modo significan que el plazo legalmente establecido carezca de toda virtualidad o pueda ser enteramente ignorado. Cabe señalar que la inobservancia del mencionado plazo, “dependiendo de que esa inobservancia sea o no justificada, podrá ser un factor relevante o incluso determinante a la hora de valorar la seriedad del alegato de imposibilidad, y, en definitiva, a la hora de decidir la procedencia de la declaración de imposibilidad de ejecución que se solicita de forma tardía”.

En cuanto al inicio del cómputo del plazo anterior, de acuerdo con las Sentencias del TS, de 25 de noviembre de 2009, (recurso (6237/2009) y 29 de diciembre de 2010 (recurso 500/2008), conviene señalar que “no es, pues, el momento de la notificación de la sentencia al representante procesal de la Administración el que determina el inicio del cómputo del plazo para la ejecución voluntaria de la sentencia por parte de la Administración demandada, ya que tal momento será el de la comunicación -realizada de oficio- de la misma sentencia al órgano que hubiere realizado la actividad objeto del recurso”.

Por otra parte la jurisprudencia del TS ha establecido que los autos que declaran la inejecutabilidad de una sentencia por imposibilidad material o legal conforme al artículo 105 LJCA eran susceptibles de ser impugnados en la vía casacional atípica como ha reiterado en sentencias de 26 de marzo de 2008 (recurso 4014/2006), 28 de mayo de 2008 (recurso 2900/2003), 7 de octubre de 2008 (recurso 4066/2006) y 25 de noviembre de 2006, puesto que “...no hay resolución que contradiga más lo decidido en sentencia que aquélla que la declara inejecutable...” Igualmente, entendemos que van a seguir siendo recurso de casación estos Autos después de la reforma introducida en la LJCA por la Ley 7/2015, por su interés casacional objetivo.

2. La imposibilidad legal

A. Delimitación y límites

La STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de fecha 3-7-2000, recurso 2061/1995 nos dice que “la existencia de una modificación en aquel (se refiere al planeamiento) puede determinar la posterior adecuación de lo construido al mismo, y originar un supuesto de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia dictada que ha de ser planteado en trámite de ejecución de sentencia y resuelto por el propio tribunal sancionador”.

El Tribunal Supremo tiene reiterado que una de las causas de imposibilidad de ejecutar una sentencia es el cambio del planeamiento derivado del “ius variandi” urbanístico de la Administración.” Y no es porque la revisión del PGOU impida la demolición decretada en una Sentencia, sino que, “al haber variado la normativa aplicable, el edificio se ha convertido en legalizable de forma que iría en contra de las más elementales reglas de la lógica y del respeto de la riqueza creada, al llevar a cabo la demolición de un edificio que podría ser reedificado a renglón seguido” (STS de 30 de noviembre de 1996, de 22 de enero de 1997 y 25 de junio de 1998).

Si bien no puede perderse de vista la postura jurisprudencial de que las legalizaciones posteriores por la vía de alteración del planeamiento vigente deben encontrar adecuada justificación en consideraciones y criterios de Ordenación superiores a la simple voluntad de esa legalización, por todas ellas la STS de 6-6-1.995, recoge que “el ius variandi reconocido a la Administración por la legislación urbanística, se justifica en las exigencias del interés público, y que en la potestad modificatoria de los planes, la Administración no queda vinculada por Ordenaciones anteriores, pudiendo establecer nuevas previsiones sobre clasificación y uso de los terrenos. Y efectivamente ello es así, aunque conviene recalcar que tal facultad innovadora de la Administración materializada en la ordenación territorial propia de un Plan de urbanismo, tiene unos límites propios derivados del necesario acatamiento a los estándares urbanísticos previstos en la legislación general sobre el suelo y su ordenación, no menos que a la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público a cuyo servicio ha de estar subordinada la ordenación territorial con ausencia, en todo caso, de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de los problemas urbanísticos dentro de una realidad social determinada”.

También el respeto a las características físicas del suelo pone límite a la imposibilidad legal de ejecutar la Sentencia. Así en la STS de 17 de noviembre de 2018, RJ 2008/5964, resolviendo el recurso de casación interpuesto contra el Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, sobre ejecución de sentencia contra el Ayuntamiento de Estepona que adujo la imposibilidad legal de la ejecución porque en el PGOU de Estepona aprobado en 1994, los terrenos figuran clasificados como Suelo no Urbaniza-

ble no Programado, lo que haría inviable el otorgamiento de licencia de edificación sin el previo planeamiento de desarrollo. Sin embargo el Alto Tribunal, tras señalar que la Sala de Instancia había declarado en la Sentencia el carácter de urbano de los terrenos y que en ella, no solo hizo una valoración sobre las características físicas de la parcela y sobre su condición de suelo urbano, sino que se emite, “un pronunciamiento claro e inequívoco de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, declarando expresamente en la parte dispositiva de la Sentencia el derecho de la recurrente a la concesión de la licencia solicitada. Es este un pronunciamiento en el que no existe ninguna nota de provisionalidad o transitoriedad sino definitivo y concluyente, por lo que no puede considerarse supeditado a las ulteriores vicisitudes del planeamiento”, puesto que al amparo del planeamiento nuevo, no pueden ignorarse situaciones de hecho y derecho subjetivos ya reconocidos en Sentencia firme. Sin embargo hay que tener en cuenta, tal como señala la STS de 30 de octubre 2008, Rec. 5853/2006, que **el carácter reglado del Suelo Urbano “destierra como ejercicio discrecional de la facultad de planeamiento para materializar tal clasificación, por ello ha de atenderse a la realidad fáctica existente en el momento de aprobarse el instrumento de planeamiento”**. Y en consecuencia, si se establecen los servicios urbanísticos con posterioridad, no por ello se le confiere cobertura jurídica a las obras realizadas. Puede originar todo lo más “una dificultad en la ejecución, que no de una imposibilidad legal en su cumplimiento”.

B. Requisitos

Siguiendo sustancialmente la STS, de 4 de febrero de 2009, Recurso 1745/2007, de la que es ponente Rafael Fernández Valverde, existen algunos criterios materiales en relación con los requisitos precisos para la concurrencia de causa de imposibilidad legal de ejecución, como consecuencia de una modificación del planeamiento urbanístico, entre los que destacan los siguientes:

a) La modificación del planeamiento no produce una legalización automática “ex post facto”, de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo aunque no lo fueran con el anterior. Por ello, cuando medie una Sentencia anulatoria de una disconformidad con la nueva ordenación no deja sin efecto dicha Sentencia, sino que “acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución”.

La STS de 28 de septiembre de 2012, RJ 2012/9512, dice que ni siquiera una legalización formal a través de un Plan Especial, sí no solventa la auténtica “ratio decidendi” de la sentencia, es decir, el incumplimiento de la integración en el conjunto y la contemplación del paisaje, puede constituir causa de inejecución de una sentencia por imposibilidad legal.

b) Si la modificación del planeamiento se lleva a cabo con la intención de que la sentencia no se ejecute, dicha innovación no conllevará la inejecución de la reso-

lución judicial, (Ss.TS de 30 de noviembre de 1996, de 22 de enero de 1997 y de 25 de junio de 1998). En el mismo sentido las SsTS, de 20 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004, reiteran que “eran nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las Sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento”.

c) En el caso que la Administración Pública ejercite el *ius variandi* sobre el planeamiento en actuaciones declaradas ilegales en Sentencia firme, tendrá que demostrar que la ordenación tiene como finalidad “atender racionalmente al interés público urbanístico”.

La Administración mantiene sus facultades para la Ordenación Urbanística y por tanto podrá modificar el planeamiento, pero cuando afecte a actuaciones y edificaciones declaradas ilegales por Sentencia judicial firme, tendrá que justificar y demostrar que la finalidad del ejercicio de sus facultades de Ordenación tienen como objeto el interés público y no resolver una situación particular, buscando eludir el cumplimiento de la ejecución de una Sentencia.

d) La imposibilidad legal requiere la aprobación definitiva del nuevo planeamiento.

La STS de 29 de junio de 2002 admitió que se podía dejar sin efecto la demolición acordada, si las obras ejecutadas son habilitadas por las determinaciones de un nuevo planeamiento, habilitando la posibilidad de espera en el cumplimiento de la resolución adoptada en su momento a la aprobación del instrumento de planeamiento, cuando exista posibilidad de su legalización, dado que consideraba que en este caso, el interés público no se ve gravemente afectado por la eventual tardanza en la materialización de la demolición si ello en su día se ratificara como procedente.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, había dictado una serie Autos referidos al PGOU de Marbella, como el de 11 de Enero de 2.008, en los que acordaba aplazar la decisión sobre la procedencia de la demolición hasta el momento de la aprobación definitiva del Plan, que se encontraba tan solo aprobado inicialmente.

Sin embargo la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de Enero de 2009, ha desautorizado esta línea jurisprudencial señalando que “la decisión judicial de suspender la demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizará, supone una vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos” y por ello “no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración

alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta”. La STC 254/2015 reitera la anterior doctrina constitucional señalando que las sentencias firmes de demolición de construcciones ilegales han de ser ejecutadas aun cuando resulten conformes con el planeamiento en tramitación.

Ruíz Bursón⁵⁸ señala que también debe considerarse como exigencia de imposibilidad legal, la legalización mediante licencia u otra autorización administrativa del acto objeto de disputa procesal, citando al respecto las SsTS de 13 de junio, 26 de septiembre y 4 de octubre de 2006, 6 de febrero de 2007 y 4 de febrero y 29 de abril de 2009. Aunque esta exigencia no es admitida por todos.⁵⁹

3. La imposibilidad material

En lo referente a la imposibilidad material, el avance actual de la técnica, determina que en puridad nada es imposible de ejecutar materialmente. Habrá de analizarse si esta imposibilidad material, se refiere más bien a actuación desproporcionada, costosa o dificultosa de la “restitutio in natura”. En opinión de Gifreu Font⁶⁰ c) “En la práctica este supuesto ha sido pretextado como una vía para eludir el derribo de edificaciones ilegales, cuando la ejecución del fallo, aunque físicamente compleja por el concurso de dificultades técnicas o jurídicas, es del todo posible”. La STS de 17 de Diciembre de 2010 consideró de imposibilidad material, en el Municipio de Villaviciosa, la ejecución de la sentencia, por encontrarse la finca ya urbanizada, y ejecutadas las obras. En el mismo sentido la STS 25 de Septiembre de 2015, considera imposibilidad material la reposición a origen de una urbanización, totalmente ejecutada por el Ayuntamiento de Valladolid. Llegándose incluso, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla León, casada por el TS, a considerar, no sólo que era imposible la “restitutio in natura” de las fincas sino que no tendría ventaja para nadie, ni siquiera para quien la solicitaba, y “que bien podría decirse que al efectuar una solicitud de esa índole parte de la irreversibilidad o prácticamente irreversibilidad de unos hechos consumados para hacer un ejercicio abusivo de su derecho”. Es indudable que los aspectos técnicos son claves en esta cuestión, cuando ponen de relieve, por ejemplo, que la “única solución técnica viable en este caso sería la demolición total del edificio. Dicha afirmación se apoya en cálculos precisos de estructuras que vienen a demostrar que la demolición del fondo de edificio dejaría al mismo tan profundamente afectado que sería totalmente inviable no solo para garantizar en lo sucesivo la seguridad de las personas residentes en el inmueble, sino

⁵⁸ RUÍZ BURSÓN, F.J., “Las Innovaciones en el Planeamiento urbanístico como causa de imposibilidad legal para la ejecución de Sentencias”, *Revista General de Derecho Administrativo*. N° 33, 2013.

⁵⁹ Véase GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Editorial Civitas, 2008.

⁶⁰ GIFREU FONT, J. (2017).

para permitir la ocupación del mismo”. Hay que tener en cuenta que “la sentencia no ordena la demolición total del edificio para reducirlo a solar, sino una demolición parcial del mismo que se ha revelado como técnicamente inviable” (STS de 27 de julio de 2001RJ 2001/8327).

También se considera imposibilidad material cuando afecta a un servicio esencial (Auto TS, de 19 de enero 1994, RJ/1994/50), como es el caso de un acuífero, porque tendría “como resultado práctico la falta de prestación de tan esencial servicio público, de vital trascendencia social y sanitaria” lo que tiene como efecto jurídico la inexecución de la sentencia por “material imposibilidad de su cumplimiento dadas tales trágicas consecuencias”.

La Sentencia del TS de 23 de febrero de 2010, acerca de un convenio sobre el nuevo desarrollo de Anoeta (San Sebastián) deja claro, no obstante, el carácter restrictivo del concepto, de imposibilidad material que no puede confundirse con una “mera dificultad técnico jurídica de reponer jurídicamente, la situación surgida como consecuencia de la incorrecta licitación, a la situación debida”.

Por tanto, si para ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste tiene que llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo el art.118 CE, y en otro caso, el juez adoptará las medidas necesarias para su ejecución sin dilaciones indebidas. El art.103.2 de La LJCA centra la obligación del cumplimiento de las Sentencias en las partes procesales. Pero la obligación de colaboración para su ejecución, según el artículo 118 CE y el art.103.3 LRJCA se amplía a todas las personas y entidades públicas y privadas. No obstante, el órgano jurisdiccional valorando las observaciones efectuadas, en relación con la imposibilidad legal o material de ejecución de las Sentencias, decidirá lo procedente en cada caso concreto, por lo que no se puede pretender “aislar o blindar jurídicamente situaciones de infracción judicialmente declaradas al socaire de un nuevo -e incluso integral y completo- planeamiento frente a la potencialidad jurídica de una resolución de un órgano judicial”.

A veces confluyen la imposibilidad legal y material. Esto suele ocurrir porque en la realidad la aprobación de un nuevo planeamiento comporta en el ánimo del juzgador, una inclinación de entender legitimado, a través de él, las situaciones deslegitimadas por la anulación de un Plan previo. Así se puede apreciar en la STS de 9 de febrero de 2009, RJ 2009/3217, que señala que la Sala de instancia adoptó la decisión, luego confirmada por el Tribunal Supremo, de anular los acuerdos del Ayuntamiento de Soria por los que se aprobaba definitivamente la delimitación de la unidad de actuación de un polígono industrial y se adoptaba para dicha unidad el sistema de actuación el de expropiación. Posteriormente se suceden una serie incidencias y trámites seguidos en relación con el cumplimiento de la sentencia y como

consecuencia la Sala de instancia declara la imposibilidad legal y material de su ejecución, ordenando el inicio de los trámites encaminados a fijar de la indemnización compensatoria. Hay que tener en cuenta que la revisión del PGOU de Soria de 1994 supuso la desaparición de las causas que motivaban la nulidad de las actuaciones urbanísticas que se habían practicado con lo que había dado lugar a la consolidación de situaciones legales al amparo del nuevo marco urbanístico que habían de ser respetadas en esta ejecución. De ahí que la única solución para intentar ejecutar la sentencia era la contenida en el auto recurrido que debía ser confirmado, puesto que el Tribunal Supremo entendía que no procedía la “restitutio in natura”, al haber sido declarado conforme a derecho el PGOU de Soria, al no haberse admitido el recurso de casación interpuesto contra su aplicación y en consecuencia “todas las licencias y actuaciones urbanísticas, realizadas quedan convalidadas sin que los titulares de dichas licencias y derechos adquiridos con base en las actuaciones urbanísticas que han recibido la oportuna cobertura legal tengan que verse afectados por la satisfacción de los legítimos intereses de los recurrentes ejecutantes.” En el mismo sentido que la anterior, la STS de 25 de enero de 2011, RJ 2011/499, sobre la construcción en Boiro de una planta de cogeneración, establece la inejecución por imposibilidad legal, tras el cambio de planeamiento declarado conforme a derecho por Sentencia firme y por imposibilidad material, puesto que como consecuencia de lo anterior se permite la declaración de utilidad pública de determinada construcción y el otorgamiento de licencia de obras que legaliza las realizadas, así como licencia de actividad.

III. CONCLUSIONES

1. Mayor dificultad actual de la ejecución de las sentencias urbanísticas

La especial dificultad de ejecución de las sentencias contencioso-administrativas originada esencialmente por una falta de colaboración de la Administración, se ha mejorado en los últimos años, como consecuencia principal de la modificación experimentada en el artículo 103.1 de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que atribuyó la potestad de ejecución en exclusiva a los juzgados y tribunales en lugar de a la Administración Pública, pero esta mejora no puede predicarse igualmente de la ejecución de las Sentencias en el ámbito urbanístico.

2. Mejoras de la legislación urbanística y exigencia de voluntad política para remediar las causas que ocasionan la falta o la demora en la ejecución de las sentencias urbanísticas

Es necesario disponer de mecanismos preventivos y represivos efectivos para evitar el hecho consumado de las viviendas ilegales. Todo pasa por una continua

mejora de la legislación urbanística autonómica, que entre otras cosas arbitre una regulación mejor de la protección de la legalidad y restauración física de las construcciones ilegales así como de las parcelaciones ilegales. Por otra parte de nada servirá esta mejora legislativa si no va acompañada de una auténtica voluntad política tanto autonómica como municipal, que en caso de no producirse debe ser exigida de manera efectiva por el poder judicial.

3. Modificación de la regulación de los planes urbanísticos para atenuar la nulidad radical y limitación de la impugnación indirecta de la acción pública para evitar la indefinida interinidad de los planes

La consideración mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia de los planes urbanísticos como Reglamento ha comportado que cualquier defecto jurídico, formal o sustantivo, provoque la nulidad de pleno derecho. Ello unido al abuso de la acción pública, así como la reiterada utilización de su impugnación indirecta, ha traído consigo una gran interinidad en su vigencia anulándose muchos planes al cabo de largo tiempo de su aprobación, lo que ha provocado un gran trastorno social, económico y jurídico.

Existen algunos pronunciamientos jurisprudenciales, así como una determinada legislación comparada y doctrinal que abren una vía de gran interés para solucionar o atenuar los problemas que afectan a la nulidad de los Planes. Sustancialmente tienen en común, la distinción entre los actos, trámites y el Plan en sí, así como entre los defectos formales y los sustantivos. Existe una relevante doctrina que, compartimos, que propugna su clarificación, mediante la inclusión en una Ley.

4. El desequilibrio entre la obligación legal y el incumplimiento efectivo del derecho a la vivienda de los ciudadanos como freno a la demolición de viviendas ilegales

Aunque el derecho a la vivienda viene reconocido constitucionalmente, en los distintos Estatutos de Autonomía y en el derecho comunitario, su efectividad dista bastante en España de ser algo garantizado. Por ello, existe una reiterada doctrina jurisprudencial que procura la salvaguarda del domicilio residencial familiar por razones psicológicas y materiales, frenando o retardando en multitud de casos la ejecución de la demolición de edificaciones ilegales si constituyen el domicilio habitual de una persona.

5. Luces y sombras de las modificaciones generales administrativas y jurisdiccionales

Mientras que la reforma de la legislación penal no ha incidido demasiado en la ejecución de sentencias de demolición de construcciones ilegales en los delitos de

ordenación del territorio y urbanismo, sobre todo, por el carácter potestativo de las medidas a adoptar por el juez penal, no ha ocurrido lo mismo con la reforma del art. 108.3 de la LJCA que ha introducido una serie de incertidumbres en su aplicación, referidas especialmente a la obligación de garantizar de manera efectiva las indemnizaciones de los terceros de buena fe. Recientemente se ha ido produciendo una jurisprudencia que ha arrojado más claridad a la interpretación del art. 108.3, que no está exenta de debate. Entre los pronunciamientos de esta jurisprudencia destacan los siguientes:

- El art. 108.3 se convierte en una fase más de la ejecución pero nunca en un impedimento para la ejecución de la sentencia. No es un obstáculo para la ejecución, añade un deber, el de garantizar el reconomiento de los perjuicios para los terceros de buena fe.
- En ningún caso se condiciona la ejecución de la sentencia a la resolución de expediente de responsabilidad alguno.
- Se delimita positiva y negativamente el tercero de buena fe. No puede circunscribirse a los terceros de buena fe protegidos por la inscripción registral, tampoco se puede reducir a los propietarios ni a los titulares de edificaciones que constituyan la vivienda habitual. Y se excluye al promotor de la vivienda que obtuvo la licencia declarada nula porque ha sido parte en el proceso y no puede considerarse tercero.

6. La restricción de la imposibilidad legal y material de cumplir las sentencias en sus propios términos

Las Sentencias deben cumplirse en sus propios términos salvo imposibilidad legal o material. Por ello, la jurisprudencia ha ido interpretando cada vez más restrictivamente esta posibilidad. La imposibilidad legal tiene que ser provocada por un nuevo ordenamiento urbanístico o territorial, pero no se produce automáticamente, y no puede llevarse a cabo esta aprobación con la intención de que la Sentencia no se ejecute, debiendo justificarse el interés general de la Ordenación.

La imposibilidad técnica, en un sentido estricto, no tiene cabida prácticamente ante los avances tecnológicos. Por tanto, deberá ser construida en base a la desproporción que puede provocar la “restitutio in natura”, pero no podrá justificarse en una mera dificultad técnica.

BIBLIOGRAFÍA

AGOÚES MENDIZÁBAL, C. “Reflexiones sobre el alcance del Recurso indirecto contra Reglamento en relación con los planes urbanísticos. RAP. N^o 190. Madrid Enero-Abril 2013.

ALONSO MAS, M^a J. y REVUELTA PEREZ, I. Buena fe contra demolición urbanística. Thonson Reuters Aranzadi 2017.

ALONSO IBÁÑEZ, M. R. “La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones. Medidas Legales. Obra colectiva Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Prof. Juan Alfonso Santamaría Pastor. Iustel, Madrid 2014.

BLANQUER, D. “Espacios de discrecionalidad en las licencias urbanísticas.” Del libro El Derecho de la Ciudad y el Territorio. Estudio en Homenaje a Manuel Ballbé Prunés. 2016.

BETANCORT RODRÍGUEZ, A. “La evolución histórica normativa de la ejecución de Sentencias Contencioso Administrativas”. DAN^o 209. Enero-Abril 1987.

CASANOVA GÓMEZ, C. “La restauración del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid tras su anulación parcial por resoluciones judiciales o la perpetua interinidad del Planeamiento General en nuestro país.” RDU, N^o 287. Enero-Febrero 2014.

DÍAZ MURIAS, R. “El recurso de casación y demoliciones urbanísticas. El Consultor de la Ayuntamientos. N^o 13, Sección Opinión/Comentarios de Jurisprudencia, Quincena del 15 al 29 de Julio. 2017, Ref.: 1737/2017.

DE COMINGES CÁCERES, F. “Los efectos de la anulación judicial de un Plan General. La necesaria modulación de la equiparación de Planes Urbanísticos y Disposiciones Reglamentarias. Propuestas de Mejora del Sistema”. RDUMA Núm. 314. Madrid, junio 2017.

DOMÍNGUEZ VILA, A. “El Derecho Constitucional a la Vivienda Teoría y Práctica”. RvDU N^o 271 272. 2012.

ESCRIBANO TESTAUT, P. “Las causas y los efectos directos y colaterales de la declaración de nulidad del PGOU de Ourense”. Practica Urbanística. N^o 121 Marzo-Abril 2013. Editorial La Ley.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. “Regularizaciones administrativas y su incidencia en los delitos urbanísticos. La demolición” RDU n^o 284. Septiembre – Octubre 2013.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.

- “Algunas Reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las Sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo”. Revista de Administración Pública, nº 73. Enero-Abril 1974.

- “Proceso contencioso-administrativo y urbanismo. Semejanzas y diferencias de los casos francés y español”. Revista de Urbanismo y Edificación. Nº 29, 2013.

FERNÁNDEZ VALVERDE, R. “La Ejecución de las Sentencias en el ámbito urbanístico.” 1ª Parte. Revista de Urbanismo y Edificación. Nº 20, 2009 y 2ª Parte, Nº 21, 2010.

GIEURE LE CARESSANT, J. “Comentarios arts.38 y 39 TRLS08”. Obra colectiva Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo Estatal, dirigida por Gutiérrez Colomina, Venancio, y Cabral González-Sicilia, Ángel. Ed Thomson/Aranzadi 2009.

GIFREU FONT, J. “Reflexiones críticas en torno al control jurisdiccional de la actividad urbanística de los entes locales”. RDU, nº 310, Madrid, diciembre 2016.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo. Editorial Civitas 2008.

GUTIÉRREZ COLOMINA, V.

- “La reacción ante las urbanizaciones ilegales”. Del libro Urbanizaciones de Iniciativa particular. TAL.Nº 22. CEMCI de Granada. 1988.

- Régimen jurídico urbanístico del espacio rural: la utilización edificatoria del suelo no urbanizable. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid 1990.

- “Comentarios al art. 21.4 de la LOUA sobre parcelaciones en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable”. Del libro Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, codirigido por Venancio Gutiérrez Colomina y Ángel Cabral González-Sicilia. Ed. Thomson. Aranzadi. Pamplona 2007.

- “Comentario a la disposición adicional cuarta. Gestión de suelos del patrimonio del Estado”, del libro Estudio del Articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo Estatal (RD Legislativo 2/2008, de 25 de junio). Dirigido por Venancio Gutiérrez Colomina y Ángel Cabral González-Sicilia. Thomson Aranzadi 2009.

- “La protección de la legalidad en el régimen urbanístico de Andalucía”. Práctica Urbanística. Nº112. El Consultor. Febrero 2012.

MEDIAVILLA CABO, J. V. “El artículo 108.3 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Innecesariedad de indemnizar con carácter previo o simultaneo a la demolición”. RDU. N° 322. Junio 2018.

PAREJO ALFONSO, L. “El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza.” *Práctica Urbanística*. N° 144, Sección Estudios. Editorial Wolters Kluwer. La Ley 9895/2016.

PECES MORATE, J. E. “La Justicia en el Urbanismo y el Medio Ambiente: ¿Se cumplen las sentencias?”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. N° 311, Madrid, Enero-Febrero 2017.

PÉREZ ALONSO, J. “El nuevo sistema de casación en el orden contencioso administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, con la vista puesta en el certiorari estadounidense”. *Diario La Ley*. N° 8621, Sección Tribuna, 8 de octubre de 2015. Ref. D-366, Editorial La Ley.

PLAZA GONZÁLEZ, M. “La nulidad de los instrumentos de Planeamiento General y la Preservación de los actos firmes dictados a su amparo.” RDU. N° 312. Madrid - Marzo 2017.

PONCE SOLÉ, J. y FERNÁNDEZ EVANGELISTA, G. “Derecho urbanístico, derecho a la vivienda y personas sin hogar. Nuevos desarrollos y perspectivas en España a la vista de las novedades europeas en la materia” RDU. N° 256.

RENAU FAUBELL, F. “La nulidad “radiactiva” de los planes urbanísticos por defectos en el procedimiento de aprobación”. *Noticias Jurídicas* 10-3-2016.

REVUELTA PÉREZ, I. y E. NARBÓN LAÍNEZ. “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*. N° 720.

RUIZ BURSÓN, F. J. “Las Innovaciones en el Planeamiento urbanístico como causa de imposibilidad legal para la ejecución de Sentencias.” *Revista General de Derecho Administrativo* 33 (2013).

SAMANO BUENO, P. “La ejecución de Sentencias en materia de urbanismo, repaso al estado de las cosas y alguna propuesta”. RDU. N° 238. Diciembre 2007.

SÁNCHEZ CASTRO, J. D. “El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pactación indemnizatoria?” *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 63, N° 4, 2010.

SÁNCHEZ GOYANES, E.

“Extinción jurídica de un plan y supervivencia de sus actos derivados: uniformidad en la diversidad jurisprudencial”. *Práctica Urbanística*. N° 106, Sección Estudios, Julio 2011. Editorial La Ley.

“Problemática en la ejecución de las Sentencias urbanísticas.” *Jornadas Nacionales sobre Interpretación y Aplicación de las Sentencias Urbanísticas*. 2014.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.

-“Muerte y transformación de la desviación de poder: Sobre las sentencias anulatorias de Planes Urbanísticos”. *RAP*. N°195. 2.014.

- “Los Proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de Régimen Jurídico del Sector Público: Una primera Evaluación”. *D.A.* N° 2 Enero-Diciembre 2015.

VAQUER CABALLERÍA, M. “Estudio preliminar” del libro *Comentarios a la ley de Suelo de Parejo Alfonso y Roger Fernández*. IUSTEL 2007.

VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V. *El derecho a una vivienda adecuada. Un derecho del siglo XXI*. Estudios de Progreso. Fundación Alternatives 2011.

La Ley de lo Contencioso de 1998 y los arbitrajes internacionales contra España: la necesidad de una reforma

*Antonio Jiménez Blanco y
Carrillo de Albornoz*

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Politécnica de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REFERENCIA A LAS NORMAS PROCESALES POSTERIORES A 1978. III. EL PLEITO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES: EXPOSICIÓN DE LOS DATOS. IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO POSTERIOR A 4 DE MAYO DE 2017. V. RECAPITULACIÓN

RESUMEN: El presente trabajo no tiene por objeto lo establecido en la LJCA sobre tal o cual extremo, sino algo que debiera haberse contemplado en ella y no lo está: el régimen de los arbitrajes internacionales de inversión, en base a Tratados bi- o multilaterales, cuando tienen por objeto disposiciones que también pueden ser impugnadas en vía contenciosa.

La carencia se ha puesto de relieve con especial crudeza con ocasión de los litigios sobre la reforma de 2013/2014 (de sentido restrictivo) del régimen económico de la producción de electricidad con fuentes renovables, que ha dado lugar a pronunciamientos desestimatorios en España y, en base al Tratado de la Carta de la Energía, a laudos de sentido contrario.

PALABRAS CLAVE: Arbitrajes internacionales de inversión y Justicia administrativa. Régimen económico de las energías renovables

ABSTRACT: The present work does not have as its object the provisions of the Administrative Judicial Review Act 1998 on this or that extreme, but something that should have been contemplated in it and is not: the regime of international investment arbitrations, based on bilateral or multilateral treaties, when they have as their object provisions that can also be challenged in litigation.

The deficiency has been highlighted with particular harshness in the litigation over the 2013/2014 reform (restrictive sense) of the economic regime of the produc-

tion of electricity with renewable sources, which has led to dismissal pronouncements in Spain and, based on the Energy Charter Treaty, to awards of the opposite direction.

KEY WORDS: International investment arbitration and administrative Judicial Review. Economic regime of renewable energies

I. INTRODUCCIÓN

Son muy conocidas las palabras que, al principio del *Faust*, el gran Goethe pone en boca de su protagonista para explicar su bipolaridad: *Zwei Seelen wohnen in meinem Brust*, dos almas anidan en mi pecho. Es una metáfora muy conocida para cualquier persona mínimamente versada en la cultura alemana o incluso europea.

Ese mismo símil (estar al mismo tiempo haciendo dos cosas contradictorias: mirando hacia el interior de uno mismo y hacia fuera) vale para referirse a lo que está sucediendo en esta época -el trabajo se escribe en 2018 y concretamente en los inicios de la primavera- en la que nos ha tocado vivir. Por un lado, estamos cada vez más globalizados -mucho más que en 1998, cuando se aprobó la Ley cuyo aniversario estamos conmemorando-, no sólo en lo tecnológico, sino también, y como inexorable consecuencia, en lo concerniente a las mentalidades. Pero, por otro lado, y precisamente porque sentimos que la mundialización (y la digitalización, que es la otra cara de la misma moneda) nos sobrepasa y deja víctimas por el camino, surgen de cada uno de nosotros, como reacción impulsiva, los sentimientos de pertenencia a la tribu. Los Estados Unidos de Trump y la Rusia de Putin, por caricaturescos que se antojen ambos personajes, sólo resultan inteligibles como exabruptos de sus respectivas mentalidades colectivas frente a una dinámica que les gustaría parar. Y qué decir del rebrote de los nacionalismos en nuestra Europa: Inglaterra (con la excepción de Londres) en el seno del Reino Unido y Cataluña (salvo Barcelona) dentro de España tienen sociedades cuyos rasgos son sólo las dos manifestaciones extremas de un fenómeno que, guste o no reconocerlo, se extiende por doquier. Y que, por supuesto, no deja de alcanzar al conjunto patrio, donde coexisten de manera inextricable los rasgos cosmopolitas y los castizos -la España de Picasso y la de Carmen, para personalizar las cosas- en un crisol en el que todo anda entreverado. Las fuerzas del primero de los dos polos -el global- parecen apuntarse como ganadoras -a la fuerza ahorcan: con una deuda del 100 por 100 del PIB y además en manos extranjeras, no nos queda otra-, aunque sólo después de un combate encarnizado y que promete prolongarse en el tiempo.

Y eso sin contar con los hábitos cotidianos y más extendidos: nos parece lo más natural del mundo hacer la compra del fin de semana en el *chino* del barrio o ver películas del mundo entero. O, en muchas ciudades, compartir el espacio urbano con

millones de turistas, unos 85 en el año recién concluido, 2017. Pero eso no significa, se insiste, que estemos dispuestos a renunciar a nuestra identidad del terruño. Antes al contrario, contra más presión sentimos para que todos los terrícolas nos convirtamos en iguales, tanto mejor nos reconoceremos en nuestra más profunda y singular raigambre.

Si acaso ponemos el foco, sin salir de España, en esa abstracción a la que denominamos “el legislador”, resulta perceptible el mismo *complexio oppositorum*. De un lado, contamos con muchas manifestaciones que acreditan que se muestra consciente del mundo en el que vive y con el que se roza a diario. Pensemos en el Preámbulo de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, donde, luego de hablar de lo pequeño que se ha ido haciendo el mundo, se pone la mirada en Europa para constatar la siguiente realidad:

“Además, en el ámbito europeo, se ha desarrollado un ambicioso proceso de integración supranacional en el que los Estados miembros han atribuido a la Unión Europea el ejercicio de un elenco tan amplio de competencias que la actuación nacional e internacional quedan estrechamente entrelazadas”.

El punto de arranque del proceso se hace situar precisamente en la Constitución de 1978. Así:

“Para España, la aprobación de la Constitución de 1978 supuso un cambio trascendental que ha tenido una gran incidencia en la Acción Exterior de nuestro país. Ha permitido la incorporación de España a foros de los que durante mucho tiempo estuvimos excluidos, especialmente la ya citada Unión Europea, el Consejo de Europa y la Alianza Atlántica, a la par que ha impulsado la creación de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. También ha propiciado el establecimiento de nuevas dimensiones de la Acción Exterior, como lo es la cooperación internacional al desarrollo. Y todo ello con fundamento en el firme compromiso con los valores fundamentales que inspiran las relaciones dentro de la comunidad internacional, muy en especial, los valores de la dignidad humana, la libertad, el Estado de Derecho, los derechos humanos, la solidaridad, el fomento de la paz, el respeto del Derecho Internacional y el compromiso con el multilateralismo.”

El mundo de 1978 -y no digamos la España recién salida del franquismo- era, sin duda, muy otro, pero aun así el autor del texto constitucional dio muestras reiteradas de querer abrir una ventana al mundo, de *normalizar* a nuestro país, por así decir, de que dejara de ser esa isla -*Spain is different*-, o incluso ese convento de clausura, en que, desde la contrarreforma, se había ido convirtiendo. De ahí, verbigracia, la referencia del Art. 10.2 a los Tratados internacionales de derechos humanos o, específi-

camente para Europa, la generosa cláusula (en cuanto carente de límites materiales o de exigencias democráticas para el receptor de las potestades) del famoso Art. 93.

Pero volvamos a los tiempos más recientes, cuando internacionalizar nuestra vida ya no es un deseo, sino que se había convertido en toda una realidad. Son otras muchas las manifestaciones normativas que se pueden rastrear. Pensemos en las disposiciones, por ejemplo, sobre educación. Vale la mención a la Orden ECD/65/2015, de 21 de enero, por la que se describen las relaciones entre las competencias, los contenidos y los criterios de evaluación de la educación primaria, la educación secundaria obligatoria y el bachillerato. Cuyo párrafo primero consiste en lo siguiente:

“Las orientaciones de la Unión Europea insisten en la necesidad de la adquisición de las competencias clave por parte de la ciudadanía como condición indispensable para lograr que los individuos alcancen un pleno desarrollo personal, social y profesional que se ajuste a las demandas de un mundo globalizado y haga posible el desarrollo económico, vinculado al conocimiento. Así se establece, desde el Consejo Europeo de Lisboa en el año 2000 hasta las Conclusiones del Consejo de 2009 sobre el Marco Estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación «ET 2020»”.

Y también merecen citarse, sin ningún ánimo agotador, los Preámbulos de las siguientes disposiciones:

- Ley 1/2015, de 25 de marzo, reguladora de la Biblioteca Nacional de España, con referencia al papel que “en mundo globalizado debe cumplir (...) como centro de referencia internacional de acceso a la información y al conocimiento en español”.

- Real Decreto-Ley 5/2015, de 30 de abril de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional. Del “consumo de los eventos deportivos a través de los medios de comunicación social” se predica su carácter “acelerado y creciente (...), en una dimensión que supera ampliamente los mercados nacionales para globalizarse”.

- Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Si la Directiva en la materia de 1984 tuvo que modificarse en 2006 fue, entre otras cosas, por “los cambios acaecidos en el entorno económico y financiero con mayores cuotas de globalización e internacionalización”.

- Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. Con mención del “decisivo papel de la innovación como soporte del comercio internacional en una economía globalizada”.

- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Se trata de atribuir valor normativo a determinadas notificaciones que ya son “frecuentes en el tráfico civil y comercial en una economía globalizada”.

- Real Decreto 227/2016, de 24 de junio, por el que se regulan las organizaciones profesionales en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura. Sucede que ahí “cobra relevancia la posibilidad de constituirse con ámbito transnacional para poder competir en un mercado más globalizado”.

- Orden IET/1009/2016, de 20 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas de apoyo a agrupaciones empresariales con el objeto de mejorar la competitividad de las pequeñas y medianas empresas. Y es que ocurre que “los nuevos desarrollos tecnológicos, la hiperconectividad y la globalización” forman parte de la realidad y “están planteando importes oportunidades y retos a nuestra economía”. Lo uno -oportunidades- es bueno y lo otro -retos- malo.

- Real Decreto 874/2017, de 29 de septiembre, por el que se regula al apoyo oficial en forma de subvención al tipo de interés de los créditos para la construcción de buques. Con la siguiente afirmación: “El sector ha sabido adaptarse y sobrevivir a las continuas dificultades a las que se enfrenta de forma permanente en el difícil y globalizado entorno internacional”. La globalización, así pues, como fuente (ahora) de problemas.

Pero, palabrería de lujo al margen, quizá la manifestación práctica más evidente con la que contamos en lo jurídico acerca de la realidad de la globalización –con sus ventajas e inconvenientes: las monedas tienen siempre dos caras– está en lo sucedido con la aplicación del Tratado de la Carta de la Energía, que, al amparo de los Arts. 94 a 96 de la propia Constitución, España firmó a comienzos de los años noventa para proteger las incursiones de nuestras empresas en las Repúblicas recién emancipadas de la Unión Soviética (y en la independencia de cuyos órganos judiciales nadie era tan ingenuo de albergar la menor expectativa), pero que, al modo del alguacil de Francisco de Quevedo, que acabó contemplando cómo el mundo se volteaba en torno suyo y terminaba viéndose alguacilado, ha dado en colocarnos en el lado de los Estados demandados. En 2004 y 2007 habíamos aprobado, para incentivar las inversiones en plantas de producción de electricidad con fuentes renovables, unas disposiciones que incluían compromisos de estabilidad -yendo incluso más allá del *standard* internacional exigido: ya se sabe que siempre hay alumnos aventajados- y que por eso mismo tuvieron un auténtico exitazo, sobre todo en lo que hace a las tecnologías solares: los capitales del mundo entero afluyeron a España. Pero poco después, entre 2012 y 2014, nuestro voluble legislador, acuciado por una crisis económica que había puesto de relieve con dramatismo que todo eso significaba inexorablemente que la electricidad iba a ser más cara para hogares y empresas, volvió

sobre sus propios pasos y rebajó sustancialmente el régimen económico de quienes habían traído su capital aquí -el dinero tiene las maletas muy ligeras: es casi como los pájaros- y vieron por tanto frustradas sus expectativas legítimas, como se dice el Derecho internacional económico. Tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo desestimaron los recursos que se interpusieron (en este segundo caso, por muchos de los inversores domésticos), declarando tanto la constitucionalidad de las normas legales restrictivas como la legalidad de las reglamentarias que las habían secundado. Pero los foráneos -sólo ellos-, en un caso palmario de diferencia de trato en su favor, tenían abierta la puerta -la globalización jurídica, en el sentido indicado- del arbitraje internacional, con la invocación en cuanto al fondo de haber sufrido un ataque que no respondía al “trato justo y equitativo” -esas son las palabras del Tratado, por indeterminadas que se antojen- del que eran merecedores.

Los órganos llamados a su interpretación son Tribunales arbitrales de composición internacional, que, caso de considerar que un Estado ha dictado normas (del rango que fueran) que implican que no ha honrado sus compromisos, no pueden declarar su invalidez, aunque sí proclamar (en favor del concreto litigante, siempre que sea extranjero) el derecho subjetivo a una indemnización. Esto último se convierte así pues en lo principal y, claro está, no resulta extensible a terceros. Nada más lejos de un veredicto *erga omnes*, por idénticas que se antojen las situaciones. Y, por supuesto, sin que los empresarios *de casa* tengan abierta esa posibilidad.

Se dice que esa diferencia de trato en favor del extranjero resulta consustancial a la naturaleza de ese tipo de Tratados, aunque hay que añadir algo más: los países *desarrollados* -en principio, inversores- los firmaron en la convicción de que sus propios Estados de Derecho eran tan perfectos que, en caso de que un día su papel fuera otro, el de receptor de inversiones, ya garantizaban un nivel de protección que hacía innecesario cualquier añadido. De ahí que el escenario en el que hemos terminado llegando ni tan siquiera se lo hubiera planteado la Constitución de 1978, pese a dedicar un precepto (el Art. 14, probablemente el más importante de todo su texto) a la igualdad. Pero (el dato es muy locuaz) que empieza proclamando que su titular son “los españoles”, y no, como sucede en otras muchas ocasiones, “todas las personas” o “todos”. Visto con ojos de hoy, un craso error, que provoca situaciones nada fáciles de explicar. En efecto, ese *boquete* constitucional se explica, se insiste, porque, hace cuarenta años, todo era tan diferente que nadie podía imaginar lo que ha acabado sucediendo: una demostración paladina, por cierto, de que nuestro Estado de Derecho, en lo que hace a la protección de las inversiones, está de hecho por debajo del listón internacional.

II. REFERENCIA A LAS NORMAS PROCESALES POSTERIORES A 1978

Luego veremos en qué ha venido a parar todo ello. Pero antes hay que ir al segundo de los polos y recordar algo tan elemental como que no siempre el legislador español se ha mostrado tan poroso al hecho real de que, guste o no, el mundo se ha convertido en un pañuelo. Y es que sigue habiendo normas que obedecen a lo castizo o incluso a lo cañí.

El foco lo hemos de poner en nuestro derecho procesal, bien que advirtiendo que en él, como en botica, hay (también) de todo: no siempre, contra lo que va a veces se piensa, está sesgado del flanco de lo doméstico. El Art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que se ocupa de las competencias penales de “la jurisdicción española”, parte de la base de que nuestros compatriotas viajan y, en consecuencia, pueden delinquir –o ser víctimas de delitos- fuera, escenario que explica lo establecido en los apartados 2 a 5. Si es un hecho que la gente entra y sale –una *realidad social del tiempo*, para decirlo con las palabras del Art. 3 del Código Civil-, las normas, también las rituarías, tienen que adaptarse, aunque a veces les cueste. Y, con carácter general, se habla de la necesidad de relaciones de cooperación entre unos y otros órganos judiciales, el famoso *diálogo entre Tribunales*, que de hecho se desarrolla muchas veces con carácter informal y mediante la técnica del envío, en las correspondientes resoluciones, de mensajes más o menos encriptados.

Pero la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), es de las que se sitúan en entredicho de ello. Se niega a reconocer dónde estamos y sigue siendo fiel a la castiza idea de Ganivet: es en el interior de España donde habita la verdad. De hecho, el autor del texto, pese a su relativa extensión, parece ser de los que siguen pensando que resulta peligroso asomarse al exterior, incluso dentro de ese exterior tan cercano y familiar como es Europa: en el Título V, *Procedimientos especiales*, no se encuentra, por más que uno rebusque, la menor referencia a la cuestión prejudicial a plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando la sacrosanta norma interna suscite dudas de compatibilidad con la fuente continental, que goza de primacía. Si España es a veces contemplada como una isla, lo contencioso sería una isla dentro de la isla: una comunidad cerrada sobre sí misma hasta el grado de lo levítico, cabría incluso pensar.

Cuando lo que, con carácter firme, una Sentencia declara nulo es una disposición de carácter general, las consecuencias, sí, alcanzan más allá de quien se ha tomado la molestia de interponer el pleito. El Art. 72, partiendo de la idea de que esos veredictos se anunciarán *coram populo*, establece en su apartado 2, como es sabido, que “tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada”. Y no sólo eso:

cuando lo anulado no ha sido una norma, aunque sí un acto de esos que afecten “a una pluralidad indeterminada de personas”, lo que se establece es que “también se publicarán las sentencias firmes”.

Pero ese mandato de publicidad formal no debe llevar a equívocos, porque en cuanto al fondo hay poco que celebrar. Los efectos de esas Sentencias –de nulidad *erga omnes*- son muy limitados, como se encarga de precisar el precepto subsiguiente, el Art. 73. Durante el tiempo en que la norma haya estado en vigor se habrán dictado actos de aplicación, muchas veces consentidos por sus destinatarios, y sucede que las posteriores Sentencias “no afectarán por sí mismas” a las correspondientes situaciones jurídicas, con la consecuencia de que no acierte a verse el sentido de la publicación, “salvo en el caso de que –tratándose específicamente de normas punitivas- la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”.

Pero el debate no es ese, sino otro de un aliento mucho más profundo y largo: lo internacional, que es lo que nos ocupa. España y dentro de ella también sus jueces de lo contencioso no son una excepción: forman parte del mundo. Y sucede que de eso, se reitera, no parece haberse percatado el autor de la LJCA, que sigue pensando en que Sus Señorías viven en el autismo.

Esa manera autorreferencial de ver las cosas pudo no ser tan grave en 1998, pese a que para entonces ya llevábamos más de una década integrados en Europa. Pero en este 2018 ese sesgo cañí ha alcanzado el estadio de lo abiertamente disfuncional. Así hay que denunciarlo, abogando para que el legislador, desde finales de 2015 tan ocioso –la pluralización de las sociedades ha dado lugar a unos Parlamentos no sólo fragmentados, sino también, a la hora de ponerse en marcha, tan poco ágiles como los peores de los tullidos-, se desperece y, aunque le cueste, se ponga a trabajar. Lo que está sucediendo con el régimen económico de la producción de electricidad con fuentes renovables (sol y viento, sobre todo) ha servido para poner de relieve –siempre hay una *chispa* que pone en marcha el conflicto- que eso es desde muchas perspectivas, patológico y hay que ponerle remedio cuanto antes.

En suma, que tenemos una Ley de 1998 que obedece a esquemas previos a la globalización: una Ley antigua, por así decir. Y eso no sólo no es bueno, sino que tampoco resulta realista.

III. EL PLEITO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES: EXPOSICIÓN DE LOS DATOS

Explicadas las cosas en apretada síntesis, lo sucedido en la materia que nos concierne puede explicarse con la siguiente secuencia:

1) La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, distinguió, entre los productores de electricidad, los de régimen ordinario y especial, incluyendo entre estos últimos –Art. 27- a los que empleen fuentes renovables. Para los primeros, el fruto a obtener era el del mercado mayorista: puro riesgo y ventura. A los segundos, por el contrario, se les prometía –Art. 30, apartado 4- como mínimo una rentabilidad razonable (concepto jurídico indeterminado donde los haya), por referencia al coste del dinero en el mercado de capitales: lo que en el planeta de lo financiero –Londres, para poner una referencia geográfica- se conoce como el WACC. Se trataba de fomentar esas inversiones, tanto por razones medioambientales como para poner término a nuestra desdichada dependencia exterior en lo que hace a hidrocarburos líquidos.

Ese sobreprecio lo había de pagar, por supuesto, alguien. La tesitura estaba entre los contribuyentes o los consumidores de electricidad. Y se optó por los segundos.

La determinación de la concreta cifra del incentivo quedaba, en suma, al desarrollo reglamentario.

2) Luego de un par de intentos fallidos a la hora de atraer inversiones (los Reales Decretos 2818/1998, de 23 de diciembre, y 436/2004, de 12 de marzo), se terminó aprobando el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que estableció un sistema de pago de la cantidad allí determinada por unidad eléctrica producida, sin límite cuantitativo. Que debió ser muy generoso, y además contaba con una garantía explícita de estabilidad, o incluso perpetuidad –para toda la vida de las instalaciones: unos 30 años, por poner una referencia- en el Art. 44, porque en efecto los capitalistas del mundo entero, debidamente respaldados por financiación ajena, que había generado lo que se conocen como expectativas legítimas, acudieron en tropel en ese mismo año 2007 y en 2008. Con lo que, para los consumidores españoles (domésticos e industriales), la *factura de la luz* se disparó.

3) Los dioses ciegan a quienes pecan de ambición y he aquí que no hubo que esperar nada para ver que fue entonces cuando la crisis mundial se cebó con España: la demanda de electricidad se contrajo muchísimo y faltaron ingresos para honrar los compromisos que se habían contraído con los productores.

4) Después de algunos remedios parciales, en 2013 el Gobierno de turno, prevalidándose de que provenía de un partido con mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados, aprobó un recorte drástico en lo que se había prometido: *donde dije diego, digo Diego*, para explicarlo con palabras coloquiales. Y además con efecto retroactivo, máximo, al establecerse que lo cobrado de más con respecto al nuevo listón (y más bajo) sería objeto de descuento en lo sucesivo.

La mala nueva la trajeron en el sufrido 2013 dos normas de rango legal: el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico; y, pocos meses más tarde, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que reemplazó a la del mismo nombre de 1997: del magnánimo incentivo a la producción establecido en mayo de 2007 para treinta años se pasó, apenas un lustro más tarde, a un mero incentivo a la inversión que (sin compensación o mitigación alguna) arrojaba unas cifras mucho más modestas: un verdadero caso de frustración de las tales expectativas legítimas.

5) En nuestra querida Constitución de 1978 contamos con lo que se conoce como “garantías patrimoniales” con un nivel teórico parangonable al de cualquiera y desde luego al del “trato justo y equitativo” del Tratado Internacional: cualquier privación de bienes y derechos constituye expropiación y genera indemnización (Art. 33.3) y lo mismo sucede en el escenario de simple lesión (Art. 106.2).

Y eso sin contar la prohibición de retroactividad del Art. 9.3, no ceñida a las normas sancionadoras en sentido estricto y que al menos alcanza a los efectos ya producidos y consumados.

Pero no hace falta comulgar con la heterodoxia de un Alejandro Nieto (bendita heterodoxia) para aceptar que las palabras de las normas significan poco y que todo depende de la voluntad (o, si se prefiere, la decisión) de quien las interprete. De hecho, el Tribunal Constitucional, con la coartada del estado de necesidad, dio por buenas, a partir de la Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, las normas legales de 2013, desestimando así las impugnaciones de algunas Comunidades Autónomas en cuanto recurrentes institucionales.

6) Para entonces ya se habían dictado las disposiciones de desarrollo de los *recortes* de 2013: el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos; y la inmediata Orden IET/1045/2014, de 20 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Contra ambas normas estaba abierta la veda para los inversores (nacionales y también extranjeros, aunque estos últimos, como se ha dicho, podrían optar por lo internacional), que, en número de varios cientos, se dirigieron al Tribunal Supremo para postular en primer lugar su nulidad, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes a su propio lucro cesante. Y empleando en muchas ocasiones como argumento que el problema no estaba en la disconformidad de disposiciones con las normas legales de 2013 sino en el previo dato de que estas últimas se encontraban en entredicho de la mismísima Constitución. Pero todo en balde: cierto que con más de-

bate que en el Tribunal Constitucional, el Supremo, a partir de junio de 2016, dictó Sentencias por las que acabó desestimando las pretensiones de invalidez de los dos reglamentos de 2014. Y, en consecuencia, y con la excepción de la energía generada en base a purines, lo cierto es que, acerca de las indemnizaciones, que era lo que de verdad importaba, la puerta quedó cerrada.

En resumidas cuentas, el pleito, en España, goza de la santidad de la cosa juzgada: el debate sobre el tijejetazo (acordado por norma legal en 2013 y replicado en vía reglamentaria un año más tarde) está zanjado y precisamente en favor del Estado y en contra de los inversores: sus expectativas (palabra que, en el lenguaje jurídico español, significa, a diferencia de lo que sucede en el glosario internacional, poco más que un quimérico cuento de la lechera) quedaron reducidas a la nada.

7) Pero la noción del Tratado de “trato justo y equitativo” iba a mostrarse, pese a lo modesto de su apariencia (de hecho, no contiene referencia a situación jurídica subjetiva alguna: ni bienes y derechos ni tan siquiera interés legítimo alguno), fructífera en grado sumo. Desde mayo de 2017 (y con un criterio diferente al que se había manifestado en dos ocasiones anteriores, bien que sobre la base de unos hechos muy peculiares) se han dictado, en relación con inversiones en plantas solares, dos laudos y ambos estimatorios, cierto que con un alcance meramente indemnizatorio en favor de las correspondientes parte actoras: Eiser (un fondo luxemburgués accionista de la empresa dueña de centrales térmicas en Extremadura y Castilla-La Mancha) el 4 de dicho mes y, ya en el presente 2018, Novenergía.

Cuando estas líneas se escriben, a finales de marzo de 2018, quedan muchos laudos por dictar, sin que pueda augurarse que todos vayan a ser favorables a los inversores. Y, en cualquier caso, para la ejecución de las resoluciones nos hemos encontrado con que habrá que liberar una batalla europea, o incluso dos, porque Bruselas (y parece que también Luxemburgo) se muestra dispuesta a salir al quite, invocando en auxilio de los Estados que estamos ante una ayuda de Estado y además, si es que el inversor proviene de otro país de la Unión, la autonomía (o, dicho con más precisión, la suficiencia y por tanto la capacidad de autointegración) del ordenamiento supranacional. La contienda se antoja todavía muy larga.

Hasta aquí, los hechos. Sin juicio de valor alguno. Pero que arrojan una conclusión que salta a la vista: los extranjeros tienen a mano una vía procesal que les permite acceder a una indemnización y los nacionales sólo pueden aspirar a una justicia doméstica cuyos criterios (pese a tener unos parámetros de fondo tan elevados o más) les cierran el paso a todo: los recortes de 2013 y 2014 caen sobre sus espaldas (y las de sus financiadores, en su caso) en peso.

La situación planteada a partir del laudo Eiser de 4 de mayo de 2017 era esa. Intuitivamente, una verdadera injusticia, al constituir una diferencia de texto en fa-

vor del extranjero (siempre, por supuesto, que su país estuviese entre los firmantes del Tratado de la Carta de la Energía) frente al nacional, para quien esas mieles arbitrales estaban vedadas. Diríase algo carente de la menor justificación material, por mucho apoyo que tuviera en tal o cual precepto: una auténtica discriminación.

Para complicar más las cosas, sucedió que en la citada fecha crítica de 4 de julio de 2017, la del laudo Eiser, el Supremo aún no había resuelto –con la implacable plantilla de desestimación que venía aplicando desde casi un año antes- todos los pleitos contra los reglamentos de 2014. Y los demandantes de los litigios pendientes, que hasta entonces no habían invocado la Carta de la Energía entre sus alegatos impugnatorios, pusieron sobre la mesa de Sus Señorías el tal hecho sobrevenido para pedirles que cambiaran de opinión y pasaran a ampararles.

Desde el punto de vista de fondo, la situación era la que ya sabemos: ese tipo de discriminaciones a la inversa –a los extranjeros se les concede una indemnización con la que los españoles no pueden ni tan siquiera soñar- resultan patológicas desde el punto de vista del sentido común, pero falta en nuestro sistema legal un precepto específico –quizá la jurisprudencia, tan activa o otras veces, podía haber cubierto el hueco en base a principios generales, pero tampoco lo ha hecho- que las condene (y proclame además que la forma de restablecer la igualdad es precisamente por arriba, no por abajo). Pero ese debate de fondo, que no puede ser más interesante, debe quedar para mejor ocasión.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO POSTERIOR A 4 DE MAYO DE 2017

Por un momento imaginemos que ese problema de fondo estuviese (normativa o jurisprudencialmente) zanjado y además en sentido favorable. Las normas procesales tendrían que adaptarse y (con precisa definición de los requisitos, porque laudos pueden haber muchos y no siempre idénticos) por ejemplo prever de manera expresa, para quienes hubiesen sufrido una previa Sentencia desestimatoria firme, algo parecido a un recurso de revisión, en el sentido de que la reapertura de la causa no dependiera en exclusiva de una novedad de orden penal como las que contempla en la actual LJCA el Art. 102. Y, para las Sentencias que quedaran por dictar, dejando claro que su sentido tendría que ser el mismo.

Pero lo cierto es que el autor de la LJCA de 1998, tan sensible hacia la unificación de doctrina (de hecho, hasta hace poco ha habido un recurso de casación con ese específico nombre), no había contemplado el escenario: ni en la versión inicial ni tampoco en las reformas posteriores (de 2003, 2011 y 2015, que no han cejado en mantener la visión castiza e hispanocéntrica de la tarea de hacer justicia frente a los poderes públicos de nuestro país). Las peticiones posteriores a 4 de mayo de 2017

tenían que ser resueltas por el Supremo en base a su propio criterio. Y, en su caso, y si quisiera verse respaldado por el Tribunal Constitucional, planteándole una cuestión de las del Art. 163 del texto máximo para que puntualizase aquello que se pudiera considerar pendiente.

Empecemos por el final: el resultado no ha sido favorable para esos impugnantes. Las razones esgrimidas por el Tribunal Supremo -por primera vez el 21 de junio del mismo 2017 y luego en otras ocasiones- han sido las siguientes:

1) “(...) no consideramos aplicable para la resolución de este proceso (...) el (...) laudo (Eiser)”.

¿Por qué concreta razón? No se dice. Con toda probabilidad, la de orden subjetivo: el arbitraje internacional de inversiones está vedado para los nacionales. Dicho de forma más precisa: la Carta de la Energía -con su famosa regla de fondo sobre el *trato justo y equitativo*- es, sin duda, un Tratado que forma parte del ordenamiento español, pero, dado su radio de aplicación, los nacionales quedan al margen. En una suerte de *apartheid* interior.

2) Lo que viene en segundo lugar es una frase de consuelo, aunque formalmente expresada también en términos negativos. Se refiere al hecho -una objeción procesal, sin duda planteada por la Abogacía del Estado- de que, con anterioridad, “no se haya alegado en este proceso la infracción de la Carta de la Energía”. Y Sus Señorías responden que ello “no constituye obstáculo para pronunciarse sobre la eficacia del mencionado laudo arbitral”. Qué bien.

3) A continuación se entra en el debate sobre las pretensiones, recordando que se está ante un recurso directo contra normas reglamentarias y que ahí lo primero que se pide (y de lo que todo depende) no es sino su declaración de invalidez, de la que el resarcimiento de daños y perjuicios sería una consecuencia. Algo que, formalmente hablando, se escapa a un Tribunal arbitral, que, si constata que un Estado ha ido en contra de la Carta de la Energía, sólo puede proclamar el derecho a una compensación. El Supremo se muestra especialmente incómodo al llegar a ese punto y se expresa con frases incompletas o incluso equívocas. Luego de recordar, a modo de coartada, la existencia de pronunciamientos internacionales anteriores y con sentido de desestimación (“dicho laudo resulta contradictorio con lo resuelto por otros laudos arbitrales”), contiene las siguientes dos declaraciones:

- “(Eiser) carece de relevancia para fundamentar la pretensión de invalidez de las disposiciones impugnadas del Real Decreto 413/2014 y de la Orden 1045/2014”. Sin explicar nada en cuanto al fondo: ¿por qué el *trato justo y equitativo* significa más que las garantías patrimoniales, teóricamente perfectas, de los Arts. 33.3 y 106.2 de la Constitución?

- Además, “dotarla de eficacia jurídica erga omnes implicaría que esta Sala jurisdiccional se apartaría en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de su deber de sometimiento únicamente a la ley”.

La referencia a “la ley” resulta deliberadamente imprecisa, porque, como es notorio, al menos caben dos acepciones, la formal (esto es, una fuente normativa interna y además de un específico rango) y la material (todo el ordenamiento jurídico, incluso sus componentes no propiamente normativos). Y resulta evidente que la Carta de la Energía forma parte del sistema, aun cuando, se insiste, sus disposiciones protectoras tengan un radio que no alcance a los nacionales. Algo que el Supremo no quiere terminar de proclamar porque, se insiste, parece resultarle enojoso.

4) Para terminar de esquivar el problema de fondo -el principio de igualdad-, se emplean criterios solamente formales. Empieza pretrechándose -es lo que en terminología taurina se llamaría un burladero- en un argumento de autoridad, manifestando, como motivo primero para no dotar de eficacia *erga omnes* la doctrina del laudo Eiser, lo siguiente:

“(…) comportaría además que, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inaplicáramos las Sentencias del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016 y 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, que confirman la constitucionalidad del régimen retributivo de la actividad de producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables establecido en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio que da cobertura al desarrollo regulatorio cuestionado”.

Sólo en el momento final, así pues, se ven Sus Señorías abocadas a enfrentarse al principio de igualdad. Pero, habida cuenta del resultado al que querían llegar, lo hacen echando mano de otro *tertium comparationis*: el de los recurrentes que ya han recibido unas Sentencias desestimatorias que son firmes y no pueden ser objeto de recurso de revisión ni de ninguna otra iniciativa análoga. En ello se termina escudando la Sentencia para negar los efectos del laudo Eiser: supondría “que ignorásemos nuestra propia doctrina jurisprudencial, violando el principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho”.

No se trataba para el Supremo de hacer justicia, sino sólo de salir del paso con el menor menoscabo a la dignidad.

V. RECAPITULACIÓN

Llega la hora de concluir.

El lector, si es que ha tenido la paciencia de llegar hasta aquí, habrá obtenido sus propias conclusiones, porque estamos ante temas muy abiertos. Pero, si el autor ha conseguido convencerle, se llevará la idea de que, con esto de los arbitrajes internacionales en materia de energía, tenemos, primero, un problema muy serio en lo que hace al principio de igualdad, porque el mejor trato -de fondo y procesal- al extranjero, aunque -por lo insólito del mero planteamiento- no se encuentra contemplado expresamente para prohibirlo, de hecho repugna, se quiera o no, a la conciencia jurídica, aunque ahora no sea la ocasión para su estudio. Pero el regusto amargo no se queda ahí y alcanza a lo procedimental: contamos con una LJCA a la que le faltan los mimbres indispensables para vivir en el mundo de la globalización; como los trenes antes de adaptar el ancho de vía. Adicionalmente está el problema de la mentalidad de Sus Señorías y su progubernamentalismo crónico: de las dos almas del *Faust* sólo tienen una (otra isla, y además amurallada a cal y canto, por si acaso faltaba algo), pero esa ya es otra historia.

El contencioso ambiental¹

Jesús Jordano Fraga

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. 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. 1. Ámbito subjetivo: La discutible creación de un monopolio del control jurisdiccional objetivo en los contenciosos ambientales. 2. Ámbito objetivo. III. LA ACCIÓN POPULAR EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL Y LOS LÍMITES DEL SISTEMA DE LEGITIMACIÓN. 1. La acción popular en la legislación ambiental y los aspectos nucleares del ejercicio de las acciones populares –cosa juzgada, plazo, abuso del derecho, costas-. 2. Los límites del sistema de legitimación, legitimación colectiva, y legitimación activa de los Ayuntamientos y partidos políticos 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. 3. La apertura de la casación por grave daño a los intereses generales. IV. MEDIDAS CAUTELARES. 1. Medio ambiente y tutela cautelar. 2. Obligatoriedad ex artículo 45 CE de adopción de medidas cautelares por la existencia de perjuicios de imposible reparación para el medio ambiente. *La prevalencia de los intereses generales (protección medioambiental) frente a los intereses particulares o intereses de tercero.* V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

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 Arhus y la Ley 27/2006. En un Estado ambiental de Derecho la situación actual debe subvertirse dejando atrás las normas ficción participación-control jurisdiccional posibilidad.

¹ 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.

Son necesarias normas que regulen el efectivo control con sujetos dotados de *status* procesal respaldado presupuestariamente.

PALABRAS CLAVE: Justicia ambiental, legitimación activa, acciones populares y medidas cautelares

ABSTRACT: The present study analyzes the system of legitimation and the precautionary measures 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.

KEY WORDS: Environmental Justice, standing to sue, Citizen Suits and Precautionary Measures/injunctions

I. 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: legitimación y medidas cautelares². 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 Con-

² Nos basamos en dos previos trabajos que revisamos y ponemos al día en 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”, ISSN 1137-3520, N.º. 137, 2007 (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.

tencioso-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 legitimación en contenciosos ambientales instaurando, en nuestra opinión, un desfasado neocorporativismo.

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, más conocido como Convenio de Aarhus. En concreto se trata de la legislación que da contenido a las exigencias del artículo 9 del Convenio de Aarhus³. Recordemos que con arreglo al apartado 5, del artículo 2 del Convenio, “público interesado.”

³ 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 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.

“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.

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.

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 al 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”.

b) Que se hubieran 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.

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 3ª), Recurso de Casación 110/2009, Ponente CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, RJ\2012\9648, f. de Dcho 3º, 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.*

1. 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 de 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 administrativa⁴.

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 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-

⁴ 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:**

1º **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.

2º **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 2º de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. A favor de la exigencia de estos requisitos excluyendo los ciudadanos, ORTEGA BERNARDO, J. *¿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?*, *Actualidad Jurídica Ambiental*, N.º. 6 (Octubre), 2011, pp. 8 y 10

das en favor de la naturaleza, el medio ambiente o el marco de vida. Que exista una organización que ofrezca garantías suficientes⁵. 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**⁶ (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*⁷.

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 Washington⁸".

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 ambientales⁹. La Ley 27/2006 configura

⁵ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Dalloz Paris 1984, p. 9.

⁶ 405 U.S. 727 (1972), 92 S.Ct. 1361.

⁷ Véase nuestra obra *La Protección de Derecho a un Medio Ambiente adecuado*, cita, pp. 360-362.

⁸ *Vid.* *La Protección de Derecho a un Medio Ambiente adecuado*, cita, pp. 363-364. .

⁹ 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 De 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

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, f. de Dcho 2º, muestran el impacto positivo *pro* legitimación de la Ley 27/2006-la ley 27/2006 disipa dudas legitimación en 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 7.2LOPJ-, pues al menos actúa como elemento disipador de las dudas que puedan existir en materia de legitimación en contenciosos ambientales.

2. 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:

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 4ª, Rec. 3799/1997, Ponente XIOL RÍOS, LA LEY 6202/2002, f. de Dcho 11º, “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 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”.

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.

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. 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 ejerzan 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 mayo¹⁰, f.j. núm. 3, Ponente RUBIO LLORENTE)¹¹. Pero la doctrina 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*¹², 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)¹³. 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,

¹⁰ BJC 26/1983, pp. 651-657.

¹¹ 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.

¹² *R v Panel on Take-overs and Mergers ex parte Datafin* (1987) 2 WLR 669.

¹³ *vid.* Cosmo GRAHAM, *Towards a european administrative law? The english case*, "R.T.D.P." 1/1993, p. 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.

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.
- 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 justicia. 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 estratégica¹⁴ -explícitamente-, la autorización ambiental integrada, ni la EMAS ni la ecoetiqueta de modo expreso frente a la EIA que sí 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,

¹⁴ 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.

por ejemplo, la STS 33/2018 de 16 de enero de 2018, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, 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 suscitar 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" (f. de Dcho 2ª). 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.

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

1. 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 contradictorio¹⁵. 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 popular¹⁶. De modo general –establicéndola 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 para 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 populares¹⁷? 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)¹⁸. 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 2007¹⁹.

¹⁵ *La Protección del Derecho a un Medio ambiente adecuado*, Bosch Madrid 1995, pp. 316.

¹⁶ Los últimos recuentos han sido realizados por REGO BLANCO, M. D. *La acción popular en derecho administrativo y en especial, en el derecho urbanístico* IAAP, Sevilla 2005, cuyo anexo I, pp. 485-518 transcribe los preceptos instauradores y RAZQUIN LIZARRAGA & RUIZ DE APODACA, *Información, Participación y Justicia en materia de Medio ambiente*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor Navarra 2007, pp. 394-397.

¹⁷ Al respecto véase nuestra obra citada (1995: 328-334).

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 5ª), Recurso de Casación 3492/2013, Ponente NAVARRO SANCHÍS, RJ\2015\3486, f. de Dcho 4º-. 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 5ª, Rec. 4630/2007, Ponente PECES MORATE, LA LEY 229002/2011, f. de Dcho 6º, respalda la legitimación activa “Institución 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 autonómica²⁰.

Ya en el plano de los problemas que plantean el ejercicio de las acciones populares conviene repasar de la mano de REGO BLANCO²¹ 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 sentimiento

²⁰ Así, la STS de 20 de noviembre de 2015, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Rec. 1203/2014, Ponente SUAY RINCÓN, LA LEY 190983/2015, f de Dcho 2, 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).

²¹ REGO BLANCO, M. D. (2005, pp. 337-392).

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).

2. 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 sancionar²². 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 f.j. núm. 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 L.J. 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 descubre qué ventaja va a obtener aquél del hecho de 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

²² Para un análisis exhaustivo de la cuestión véase PEÑALVER i CABRÉ, *Les pretensions davant la inactivitat administrativa en materia sancionadora ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 459-644.

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 las 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 exhibe 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 incriminatorias 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 YLLERA²³.

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 4ª, Rec. 3799/1997, Ponente XIOL RÍOS, LA LEY 6202/2002, f. de Dcho 11º. 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 5ª, Sentencia Rec. 347/1999, Ponente ENRÍQUEZ SANCHO, LA LEY 233252/2001, F. de Dcho 2º reconoció legitimación activa a Ecologistas en Acción-CODA y Greenpeace-España 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”.

²³ SÁNCHEZ YLLERA, I., «Dudas razonables: la declaración de los coimputados», *Revista Xurídica Galega*, n.º 50, 2006 pp. 13-33.

Después de la Ley 27/2006, la jurisprudencia del TS, ya con el viento a favor de la Convención de Arhus y la propia Ley 27/2006, se ha reconocido legitimación a asociaciones ambientalistas. Son buen ejemplo de ello las STS de 15 de septiembre de 2009, Rec. 151/2007, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Ponente BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, LA LEY 184140/2009, f. de Dcho 2º; STS de 31 de marzo de 2009, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Rec. 5119/2006, Ponente BANDRÉS SANCHEZ-CRUZAT, LA LEY 75486/2009, f. de Dcho 5º – 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 3ª, Rec. 104/2010, Ponente BANDRÉS SANCHEZ-CRUZAT, LA LEY 62895/2011, f. de Dcho 2º, que reconoce legitimación activa a la 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.”²⁴.

Así lo hace también la STS de 7 de febrero de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), RJ\2011\610, recurso de Casación 599/2007, Ponente CALVO ROJAS, f. de Dcho 3º, 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 legitimación²⁵. La STS de 28 diciembre 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª),

²⁴ Así también, la STS de 29 de noviembre de 2006, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, 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 Arhus-.

²⁵ En este sentido, también la STS de 19 de enero de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), Recurso contencioso-administrativo 243/1998, Ponente GONZÁLEZ 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.

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 6ª), Recurso de Casación 39/2014, Ponente DEL RIEGO VALLEDOR, RJ\2015\3166, f. de Dcho 3º, 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 la 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 “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 de Julio de 2017, rec.1783/2015, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Ponente AROZAMENA LASO, LA LEY 121319/2017, asunto “Fundación Oceana”²⁶. 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 ambiental²⁷. 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 materia medioambiental, dado que cumple los requisitos del art.

²⁶ Analizada por CASADO CASADO, L. “Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente Ángel Ramón Arozamena Laso)”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, N.º. 73 (Noviembre), 2017, pp. 69-74.

²⁷ 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 SALAZAR ORTUÑO, “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”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n.º. 17, 2010, pp. 191-202 y ORTEGA BERNARDO, J. (2011: 4-5).

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 asunto.

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 3ª, Ponente TRUJILLO MAMELY, LA LEY 2190/2004, f. de Dcho 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 difuso²⁸. El precedente es muy importante porque rompe con la idea de afectación territorial que en materia de medio ambiente 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 5ª, Ponente RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, LA LEY 241514/2011, ha reconocido legitimación activa en materia ambiental a los Ayuntamientos -consolidando esto como jurisprudencia²⁹- 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

²⁸ 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 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."

²⁹ 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).

marzo (LA LEY 6062/2011), f.j. núm. 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), f.j. núm. 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 3ª, 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 impugnado³⁰.

D. La restrictiva legitimación del Ministerio Fiscal

La STS de 28 de noviembre de 2014, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, 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 la 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 inamisible 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).

³⁰ F. de Dcho 5º: “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”.

3. 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 LRJCA³¹. 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 1ª, Ponente 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 1ª, 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 1ª, Ponente SUAY RINCÓN, LA LEY 17346/2017 ECLI: ES:TS:2017: 2674ª, R.J 3º, 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”.

IV. MEDIDAS CAUTELARES

La protección del medio ambiente se ha incorporado a nuestro ordenamiento constituyendo un importante condicionante en la realización de obras y proyectos públicos. La suspensión de la ejecución de un proyecto público puede ser una consecuencia directa impuesta por la legislación ambiental. En el derecho básico estatal, la suspensión o paralización administrativa de proyectos y obras está contemplada en determinadas circunstancias por la legislación de evaluación de impacto ambiental y por la legislación en materia de conservación de la naturaleza.

³¹ “La nueva casación contenciosa administrativa. Primeros pronunciamientos de la sala de admisión”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 44. Enero 2018, pp. 66-67.

1. Medio ambiente y tutela cautelar³²

La fundamentación última del artículo 130 LRJCA hunde sus raíces en el derecho fundamental consagrado en el artículo 24 CE del que deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares. De este modo, la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos, reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso (STC 148/1993, de 29 de abril, f.j. núm. 4).

La razón determinante para acceder o no a la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto de impugnación en vía jurisdiccional se encuentra en la necesidad de evitar que la eficacia de la disposición o la ejecución del acto administrativo pueda hacer perder al proceso su finalidad legítima, como dispone el artículo 130.1 LJCA. Si bien, el propio precepto impone una previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, para denegar la medida cautelar si de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros.

2. Obligatoriedad ex artículo 45 CE de adopción de medidas cautelares por la existencia de perjuicios de imposible reparación para el medio ambiente. La prevalencia de los intereses generales (protección medioambiental) frente a los intereses particulares o intereses de tercero.

La jurisprudencia de nuestro TS ha consolidado como importante línea jurisprudencial la prevalencia del interés público en la preservación del medio ambiente. De este modo, la protección del medio ambiente legalmente determinada es un interés público prevalente determinante de la suspensión de la eficacia de los actos que inciden desfavorablemente sobre el ambiente³³. El elemento decisivo para el otorgamiento de

³² Nos basamos en este caso en nuestro previo estudio *El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: La suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS*, "Revista de administración pública", ISSN 0034-7639, N° 145, 1998, pp. 169-198, que actualizamos en jurisprudencia al que nos remitimos in totum sin perjuicio de su reproducción parcial aquí.

³³ Obviamente en materia de tutela cautelar el casuismo es la regla. Pues la ponderación de intereses debe realizarse caso por caso. Así, por ejemplo, la STS 2651/2016 de 16 Dic. 2016, Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Rec. 672/2016, Ponente PECES MORATE, LA LEY 193624/2016, acuerda la suspensión cautelar del acuerdo que inicia el procedimiento para la ampliación del Espacio Protegido Red Natura 2000 Laguna de Hito y la modificación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Reserva Natural de la Laguna del Hito, afectando al emplazamiento del proyectado Almacén Temporal Centralizado nuclear de Villar de Cañas. En la ponderación de los intereses en conflicto se declara la prevalencia del interés público en una adecuada gestión de los residuos radioactivos para mejorar la seguridad nuclear frente a la ampliación inmediata de un espacio protegido para las aves y la modificación de un PORN.

la suspensión de un acto o disposición 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 o disposición susceptible de causar perjuicios de difícil reparación al medio ambiente como bien jurídico constitucionalmente protegido. El ATS de 17-2-1990, Ar. 1439 (Sala 3ª, Sección 5ª, Ponente, GONZÁLEZ NAVARRO) es una muestra de esta doctrina jurisprudencia en su génesis. El elemento decisivo para el otorgamiento de la suspensión es la existencia de afección al medio. Si existe tal afección, el artículo 45 CE hace obligada la suspensión del acto administrativo susceptible de causar perjuicios de difícil reparación al medio ambiente como bien jurídico constitucionalmente protegido. Esta es la síntesis extraíble de los Fundamentos de Derecho 2º, 3º y 4º que transcribimos a continuación.

SEGUNDO.- Establecido lo anterior, lo que hay que tener presente es que si se ejecuta la obra de cuya autorización aquí se trata y luego resultara que no procede su realización el perjuicio causado al medio ambiente sería, por lo menos, de muy difícil reparación, y en ello coincide también el Abogado del Estado.

TERCERO.- Porque se trata de construir un vertedero controlado de residuos- de cuyo volumen e importancia da idea el que el coste previsto es de más de ciento sesenta millones de pesetas- en el Monte Teixeira. Y es claro que esa obra exige arrasar -así literalmente- una parte de dicho Monte, con todo lo que ello supone de quebrantamiento de la delicada armonía de la naturaleza. Subrayar esto es importante para poner de relieve que restaurar las cosas a su primitivo estado, si esa obra, una vez realizada, se declarara no ajustada a derecho, es en este caso muy difícil, por no decir imposible, que exige mucho tiempo, además, y sin que baste con una indemnización sustitutoria para reparar el daño causado.

CUARTO.- En la defensa del medio humano -uno de los más preocupantes problemas que se plantean hoy día- los poderes públicos tienen marcado muy claramente la conducta a seguir; protección y defensa de aquél. Y ello no sólo por sentido común, que no sería argumento desdeñable, sino porque la propia Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875), en su importe art. 45.2 les impone el deber de velar por una utilización racional de los recursos naturales. Obviamente ese deber constitucional alcanza no sólo a la Administración pública sino también a los Tribunales.

Otro ejemplo de la prevalencia del interés ambiental es el Auto de 7-11-1995, Ar. 8134 (Sala 3ª, Sección 6ª, Ponente, MATEOS GARCÍA)³⁴. Este Auto tiene el

³⁴ En esta ocasión, el recurso de apelación, interpuesto contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, de fecha 14 noviembre 1991, por el que se resolvió denegar la solicitada suspensión del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, declarando de urgencia la ocupación de los bienes y derechos que integran "El Carrizal de Villamejor", en el término municipal de Aranjuez. El recurrente estimaba que los Decretos 97/1990, de

interés de aplicar la doctrina de la prevalencia en armonía con las nuevas doctrinas y reinterpretaciones del entonces vigente art. 122 LJCA *ex* art. 24 CE. Y se considera que la mera presencia de especies protegidas por sí misma puede “tener un impacto considerable por su naturaleza, existiendo el riesgo de que transforme de manera importante o irreversible factores medioambientales, con independencia de sus dimensiones.” Así, Sentencia Tribunal Superior de Justicia las Islas Canarias, Las Palmas, núm. 139/2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 16 de julio, Ponente RODRÍGUEZ FALCÓN, JUR 2011\7215, f. de Dcho 3º. Es ejemplar en este sentido la Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 20 de febrero de 2013, Rec. 544/2012, Ponente PECES MORATE, LA LEY 16023/2013, en relación con la impugnación del auto por el que se acordó la medida cautelar de suspender la ejecución de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente, referida a la autorización de ejecución por emergencia de obras para la conducción del abastecimiento de agua desde un embalse. El TS declara que la ejecución de la Orden puede hacer perder su finalidad legítima al recurso interpuesto contra ella por dos motivos; uno de carácter jurídico, pues a pesar de haberse declarado nulo de pleno derecho el Real Decreto que le da amparo, la Orden impugnada sigue vigente en el ordenamiento jurídico con vocación de producir efectos y otro de naturaleza física y ambiental, dado que la conducción del abastecimiento desde el embalse, conlleva una mutación del entorno con afectación a la flora y fauna del paraje, con la consiguiente incidencia en el medio y un gran impacto ambiental. No se considera prevalente el pretendido interés general de abastecer de agua a una población, *porque se compadece mal con el prolongado tiempo de realización de las obras durante cinco años*, sin que la urgencia aparezca justificada en circunstancias de sequía o ciclos hídricos, que se desconoce si subsisten en la actualidad o si subsisten con la intensidad suficiente para justificar la inmediata ejecución de las obras varios años después de aprobadas, frente a los referidos perjuicios ambientales.

Se configura así como sólido criterio jurisprudencial que *el interés público medio ambiental ha de ser considerado prevalente en relación, por ejemplo, con el desarrollo urbanístico*, desde el Auto de 11 de mayo de 1989. Así, el interés público demanda una protección eficaz del medio ambiente lo que incluye los valores paisajísticos -Auto de 15 de septiembre 2009, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), JUR 2009\423777, f. de Dcho 2º; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5º) de 29 enero de 2010, RJ 2010/1137, f. de Dcho 5º; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 21 de octubre de 2010, RJ 2010\7513,

5 diciembre y 21/1991, de 21 marzo, por los que, respectivamente, se sometió el mencionado “Carrizal” a un régimen de protección preventiva y se declaró reserva natural, incidían en nulidad de pleno Derecho y que el auto apelado ni recogía el principio del “*fumus boni iuris*”, favorable al otorgamiento de la suspensión interesada, ni la nueva orientación jurisprudencial.

Ponente FERNÁNDEZ VALVERDE, f. de Dcho 8º *-la prevalencia de los intereses generales (que se concentran en la protección medioambiental expresada) frente a los intereses particulares o intereses de tercero-*.

Este, no podría ser otro modo, es el criterio expresado por el TSJ de Andalucía, por ejemplo, en la STSJ Sala de Sevilla (Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 2ª) en Sentencia de 12 febrero de 2008, JUR 2008\113144, f. de Dcho 3º, que transcribimos:

TERCERO:”Y en el presente caso, es evidente que frente al interés de la actora de mantener abierta la actividad, existe un interés general de los poderes públicos, que así por cierto le viene ordenado por la propia Constitución, artº 45 de la CE, como es el mantenimiento de un medio ambiente adecuado a las necesidades colectivas y a mantener el equilibrio entre actividades que pueden afectar al medio ambiente y el respeto a este, medio ambiente que en la actualidad, por lo que de deterioro generalizado se está produciendo, que forma parte de las prioridades generales públicas, y otro evidente particular de los propios usuarios de la actividad de garantizarle su seguridad. Por tanto, intereses generales por un lado y de terceros, que por su valor intrínseco como se ha dejado dicho, han de prevalecer respecto de los de la actora que alega perjuicios económicos y pérdida de los empleos. Lo que también por esta vía hemos de mantener el auto recurrido.

Por lo demás, la alegación del artº 111 de la Ley 30/92, es evidente que no puede ser objeto de la presente pieza, en tanto que se corresponde con ámbitos competenciales distintos, y ello sin perjuicio de que el silencio de dicha petición en vía administrativa pueda ser objeto del correspondiente control judicial”.

Este criterio es también el mantenido en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en múltiples sentencias entre las que citamos las siguientes: STSJ Andalucía, Sevilla, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 10 de enero de 2001, JUR 2001\162039, *-la protección, aún provisional, del medio ambiente es interés preponderante frente a los intereses meramente económicos que se adivinan en las alegaciones de la parte actora- f. de Dcho 3º; STSJ de 4 septiembre de 2007, JUR 2008\61008, f. de Dcho 3º; STSJ de 15 julio de 2008, JUR 2009\85173, f. de Dcho 3º.*

V. 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 cautelares. 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 Aarhus 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 prospere 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 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*³⁵. 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.

³⁵ *La Protección del Derecho a un Medio ambiente adecuado*, Bosch Madrid 1995, pp. 398-401.

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 las 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-.

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 attornorneys*. 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.

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. Es necesaria la determinación de parámetros generales de solución. No basta la afirmación de la prevalencia. Es necesario determinar cuales son las situaciones de prevalencia y articularlas en normas-mandato hacia la justicia administrativa. Los supuestos de suspensión administrativa han de transformarse

en normas de suspensión jurisdiccional (automáticos en determinados supuestos). Es igualmente necesario determinar cuales son los parámetros generales de prueba de la afección al medio ambiente y regular la carga de la prueba -que debiera descansar sobre el que niegue la afección-. El principio de cautela inserto en el artículo 191 TFUE ha de constituir un reforzante en el favorecimiento de la suspensión. En este campo existen propuestas que debieran ser consideradas por el Legislador ambiental; en concreto, la introducción de un plazo a los efectos del otorgamiento de la suspensión, un plazo obligatorio de carácter imperativo ligado a una sanción³⁶.

³⁶ HANICOTTE ha realizado esta propuesta en el Derecho francés sugiriendo la introducción de un plazo legal para procedimientos en los que las preocupaciones ambientales ocupen un lugar esencial (como las actividades clasificadas y los supuestos de ausencia de estudio de impacto ambiental acorde con las exigencias legales y reglamentarias, incluyendo la ausencia material o jurídica). La suspensión será una obligación para el Juez y no una simple facultad si se trata de atentados irreversibles al medio ambiente (*Les sursis à exécution: point névralgique de la protection de l'environnement*, Revue du droit Public", núm. 6, novembre-décembre, 1995, pp. 1597-1598). En defensa del carácter automático de la causa de suspensión, véase también, BABADJI, *Le sursis à exécution pour absence d'étude d'impact: évolution et perspectives*, "Revue Juridique de l'environnement", 1992, núm. 3., pp. 326-327.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BOYER B. & MEIDINGER E., *Privatizing regulatory enforcement: A preliminary assessment of citizen suits under federal Environmental Laws*, "Buffalo Law Review", vol 34, núm. 3, 1985, pp. 833-964.

- BREEN, B., *Citizen suits for natural resources damages: Closing a gap in Federal Environmental Law*, Wake Forest Law Review, vol 24, núm. 4 1989, pp. 851-880.

- CASADO CASADO, L., *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso)*, "Actualidad Jurídica Ambiental", ISSN-e 1989-5666, N.º 73 (Noviembre), 2017, pp. 69-74.

- COLAÇO ANTUNES, L. F., *A tutela dos interesses difusos em Direito administrativo: Para uma legitimação procedimental*, Livraria Almedina, Coimbra 1989.

idem., *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, "R.A.P.", núm. 124, enero-abril 1991, pp. 417-435.

- CRAMTON, R. C., *Citizen suits in the environmental field- Peril or promise ?*, "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)* "Actualidad administrativa", ISSN 1130-9946, N.º 7-8, 2016

- FERNÁNDEZ DE VELASCO R., *La "acción popular" en el Derecho Administrativo*, Editorial Reus S.A., Madrid 1920.

- GABA, J., M & KELLY M. E., *The citizen suit provision under CERCLA: A sheep in wolf's clothing?*, "Southwestern Law Journal", special edition on environmental Law, vol 43, núm. 3, February 1990, pp. 929-955.

- GIL- ROBLES GIL-DELGADO J., *La acción popular y la audiencia de los ciudadanos en el derecho ambiental*, "Poder Judicial", núm. Especial IV, Consejo General de Poder Judicial, Madrid 1986, pp.167-177.

- GUERRERO ZAPLANA, J., *La nueva casación contenciosa administrativa. Primeros pronunciamientos de la Sala de admisión*, "REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN", N.º 44. ENERO 2018. ISSN 2254-3805, pp. 45-75.

JORDANO FRAGA, J., *La Protección del derecho a un Medio Ambiente Adecuado*, Ed. Bosh Barcelona 1995.

idem., *El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva. La suspensión de los actos administrativos por razón de la protec-*

ción del medio ambiente en la jurisprudencia del TS, “Revista de administración pública”, ISSN 0034-7639, N° 145, 1998, pp. 169-198.

idem., *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”, ISSN 1137-3520, N° 137, 2007 (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.

- LOPERENA ROTA, Demetrio & BALLESTEROS PINILLA, G. A., *El ejercicio de acciones en el orden contencioso-administrativo en defensa del medio ambiente* “Revista jurídica de Castilla y León”, ISSN 1696-6759, N°. 26, 2012 (Ejemplar dedicado a: Control judicial de las Administraciones Públicas), pp. 177-210

- MARTÍ DEL MORAL, A. J., *La legitimación ambiental por intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativo en Intereses colectivos y legitimación activa / Eloísa Carbonell Porrás (dir.) , Rafael Cabrera Mercado (comp.) , 2014, ISBN 978-84-9059-590-9, pp. 411-434.*

- MARTÍN MATEO, R., *La problemática asimilación del accionariado popular*, “R.E.V.L.”, núm. 179, julio-agosto -septiembre, 1973, pp. 471-485.

- ORTEGA BERNARDO, J., *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?*”, “Actualidad Jurídica Ambiental”, ISSN-e 1989-5666, N°. 6 (Octubre), 2011, pp. 10-23.

- PÉREZ CONEJO, L., *La defensa judicial de los intereses ambientales: (estudio específico de la legitimación “difusa” en el proceso contencioso-administrativo)*, Lex Nova, 2002. ISBN 84-8406-470-0.

- PÉREZ MORENO, A., *La acción popular en materia de urbanismo*, “R.D.U.” núm. 15, octubre-noviembre-diciembre 1969, pp. 71 a 98.

- PEÑALVER i CABRÉ, A., *Les pretensions davant la inactivitat administrativa en materia sancionadora ambiental*, Tirant, Valencia 2004.

idem., *Nuevas tendencias sobre la inactividad administrativa en la aplicación de las sanciones ambientales*, “Cuadernos de derecho local”, ISSN 1696-0955, Número 7, 2005, pp. 173-185.

- PONS PORTELLA, M., *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°. 62 (Noviembre), 2016, pp. 7-33.

- RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A. & RUIZ DE APODACA, Á., *Información, Participación y Justicia en materia de Medio ambiente*, Thomson-Aranzadi, Cizu Menor Navarra 2007.

- REGO BLANCO, M^a D., *La acción popular en derecho administrativo y en especial, en el derecho urbanístico IAAP*, Sevilla 2005.

idem., *Ante la inactividad local, ¿sustitución, acción popular o contencioso interadministrativo? Reflexiones a propósito de la protección de la legalidad urbanística*, “REALA” núm. 300-301, enero-agosto 2006, pp. 541-563.

- SALAZAR ORTUÑO, E., *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*,” *Revista Aranzadi de derecho ambiental*”, n.º. 17, 2010, pp. 191-202.

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 legitimos 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, RJ\2015\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, RJ\2015\3166- Legitimación activa: asociación ecologista: impugnación de indulto concedido a condenado por delito medio ambiente: interés difuso en protección del medio ambiente: legitimación existente-

- STS de 28 de noviembre de 2014, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia, Rec. 3756/2012, Ponente SUAY RINCÓN, LA LEY 176906/2014, restricción 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 3ª, rec. 365/2012, Ponente PERELLÓ DOMÈNECH, 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 3ª), Recurso de Casación 110/2009, Ponente CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, RJ\2012\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 5ª, Ponente RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, LA LEY 241514/2011, legitimación activa en materia ambiental de los Ayuntamientos.

- Sentencia de 19 de octubre de 2011, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, 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 3ª, 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 3ª, Ponente BANDRES SANCHEZ-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 3ª, Rec. 5119/2006, Ponente BANDRÉS SANCHEZ-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 5ª, 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 4ª, Ponente MEDINA BALMASEDA)

- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de abril de 1989, Ar. 3233 (Sala 3ª, Ponente GONZÁLEZ NAVARRO).

-STS de 22 de abril de 2002, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Rec. 3799/1997, Ponente XIOL RÍOS, LA LEY 6202/2002

- STS de 19 de enero 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), 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 5ª, 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 3ª, 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.-.

Hacia un modelo europeo de control jurídico del poder ejecutivo

Fernando López Ramón

Catedrático de Derecho administrativo

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. DIFERENCIAS Y CONFLUENCIAS EN LOS MODELOS DE CONTROL JURÍDICO DEL PODER EJECUTIVO. II. LA REVISIÓN JUDICIAL BRITÁNICA. 1. Revisión judicial especializada. 2. Fundamentos. 3. Justicia cautelar. 4. Tribunales administrativos. III. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA FRANCESA. 1. La original justicia retenida. 2. La jurisdicción delegada. 3. Las transformaciones contemporáneas. 4. Las jurisdicciones especiales. IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ALEMANA. 1. La forja de la jurisdicción especializada. 2. Organización. 3. El requisito de la lesión jurídica de derechos individuales. 4. Acciones y justicia cautelar. V. EL CONTROL JURÍDICO DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. El contencioso de la Unión. 2. Los tribunales especializados. 3. Las salas de recurso. 4. Eficacia del sistema. VI. RACIONALIZACIÓN, FLEXIBILIDAD, ESPECIALIZACIÓN Y COLABORACIÓN EN EL MODELO EUROPEO DE CONTROL JURÍDICO DEL PODER EJECUTIVO. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Hacia un modelo europeo de control jurídico del poder ejecutivo. El primer objeto de este trabajo es poner de relieve las características propias de los tres grandes modelos europeos de control jurídico del poder ejecutivo: el judicial británico, el administrativo francés y el especializado alemán. A continuación, se consideran las posibilidades de configurar un modelo común europeo en la materia a partir de los polos de atracción que constituyen el derecho al proceso equitativo conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y especialmente la práctica del poliédrico y eficaz sistema de control jurídico establecido en la Unión Europea. A la vista de la evolución de los diferentes modelos históricos y teniendo en cuenta la particular atracción del practicado en la Unión Europea, se intenta diseñar algunas características de ese modelo común: racionalización, flexibilidad, especialización y colaboración.

PALABRAS CLAVE: Control jurídico de la Administración, revisión judicial británica, justicia administrativa francesa, jurisdicción contencioso-administrativa alemana, derecho humano a la justicia, sistema judicial de la Unión Europea.

ABSTRACT. Towards an European model of juridical control of the executive power. The purpose of this paper is to expose the characteristics of the three main European models of legal control of administrative powers: the British judicial review, the French administrative justice and the German specialized jurisdiction. The paper discusses the potential to progressively set-up a 'European model' based on the poles of attraction of the right to justice in accordance with the jurisprudence of the European Court of Human Rights, and specially the practice of the system of judicial review of the European Union. In view of the evolution of the different historical models and having in it counts the particular attraction of the practised one in the European Union, there is necessary to design a common model characterized by the rationalization, flexibility, specialization and collaboration.

KEY WORDS: Legal control of administrative powers, British judicial review, French administrative justice, German specialized jurisdiction, right to justice, European judicial system.

I. DIFERENCIAS Y CONFLUENCIAS EN LOS MODELOS DE CONTROL JURÍDICO DEL PODER EJECUTIVO

En Europa, se han alumbrado tres grandes modelos de control jurídico del poder ejecutivo: la revisión judicial británica llevada a cabo por los jueces ordinarios, la justicia administrativa francesa ejercida por los funcionarios del Consejo de Estado y la jurisdicción contencioso-administrativa alemana correspondiente a jueces especializados¹.

Cada uno de esos modelos se vincula a distintas vicisitudes históricas, que permiten explicar los rasgos diferenciales en origen. El modelo británico parece proce-

¹ Empleo la expresión control jurídico para referirme a los mecanismos institucionales que garantizan, mediante órganos independientes, la observancia del ordenamiento por parte de los poderes públicos encargados de funciones ejecutivas. Se pretende así utilizar una denominación neutral con respecto a los elementos personales que ejercen el indicado control jurídico, de manera que, en condiciones de real independencia, se comprenderían en el mismo tanto el control judicial genérico como el control administrativo o el control judicial especializado. Por otra parte, bajo la óptica del objeto y alcance del control me refiero, con la expresión control jurídico, al que cabría considerar de tipo general, al margen pues del control económico que corresponde a las jurisdicciones de cuentas. Finalmente, conviene también indicar que el control aquí considerado es el de tipo obligatorio, es decir, aquel que puede ser puesto en marcha por una parte legitimada sin contar con la voluntad de la otra parte; en consecuencia, los modos alternativos de resolución de conflictos (arbitraje, mediación, conciliación) no entran en nuestro análisis, dado que el empleo o la eficacia de los mismos depende de la voluntad confluyente de las partes, que previamente han de pactar su aplicación.

der, sin perjuicio de antecedentes más remotos, de la revolución liberal y puritana del siglo XVII, que contrapesó la implantación de la soberanía del parlamento con el respeto al Derecho de base igualitaria que habían ido creando los jueces territoriales. En cambio, el modelo francés surgió en la revolución burguesa del siglo XVIII, nutrida de fuertes dosis de desconfianza hacia los parlamentos judiciales del Antiguo Régimen, que determinaron la tajante separación de los poderes públicos y la subsecuente creación del sistema de Derecho administrativo controlado por el Consejo de Estado. El modelo alemán, que no procede directamente de una gran revolución, combina, a través de la pluralidad de experiencias de distintos territorios en el siglo XIX, una tradición de cierto nivel de control del poder por los jueces ordinarios con la recepción del *droit administratif* y la conciencia sobre el especial carácter de los asuntos públicos.

Los tres modelos se han desarrollado siguiendo trayectorias propias, no siempre coherentes con los planteamientos conceptuales que se encontraban en sus respectivos orígenes. De esta manera, todavía en la actualidad cabría identificar problemas característicos de cada uno de los modelos de control jurídico del poder ejecutivo. El modelo británico se enfrenta a los tradicionales privilegios de la Corona, los poderes judiciales de las cámaras parlamentarias, las limitaciones en el control de los asuntos políticos o las facultades de los tribunales administrativos. El modelo francés plantea cuestiones relativas a la independencia del juez, la ejecución de sentencias, la saturación de asuntos, la exigencia del acto previo, el control de los actos políticos y de la discrecionalidad, además de las inherentes a la doble jurisdicción. El modelo alemán genera restricciones en materia de legitimación, control objetivo de legalidad de la actuación administrativa y revisión de los reglamentos. Por añadidura, cada uno de esos modelos ha ejercido influencia en otras experiencias europeas que han generado evoluciones propias².

Esa variedad de sistemas, aun limitándonos al ámbito europeo, genera importantes problemas que terminan por incidir en la configuración del estatuto del ciudadano europeo. Desde la óptica de la construcción de las instituciones comunitarias, tempranamente J.M. AUBY & M. FROMONT (1971: 2) aseguraban que “la economía

² En el área vinculada a la revisión judicial británica, se sitúan los sistemas de control del ejecutivo de Dinamarca, Irlanda, Hungría, Chipre o Malta. En la línea de la justicia administrativa francesa figuran, en la actualidad, Bélgica, Holanda, Grecia o Italia. En el camino de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana, cabe citar preliminarmente a los demás Estados de la Unión Europea: Finlandia, Suecia, España, Portugal, Luxemburgo, Polonia, Estonia, Letonia, Lituania, República Checa, Eslovaquia, Austria, Eslovenia, Rumanía, Bulgaria o Croacia. No obstante, un análisis más detenido revelaría distinciones significativas entre estas experiencias nacionales, tanto en los aspectos orgánicos (especialización, estructura en grados, y selección, formación y promoción de los jueces) como en los funcionales (legitimación, procedimiento, prueba, alcance de los poderes, en especial en materia de control de la discrecionalidad, y efectos de las decisiones).

jurídica del Tratado de Roma supone la existencia en los Estados miembros de la Comunidad de instituciones jurídicas que permitan de una manera suficientemente eficaz la protección de los ciudadanos frente a los actos de la Administración”, esto es, sistemas de reacción, “si no iguales, al menos de eficacia comparable”. El transcurso del tiempo y la expansión del ámbito competencial y territorial de la Unión Europea confirman plenamente ese criterio.

Sin embargo, la construcción de un modelo europeo de control jurídico de la Administración no se presenta como una tarea directamente asumida por las instituciones europeas, sino más bien como el resultado de diferentes experiencias. En tal sentido, cabe identificar, al menos, dos vías de formación de ese modelo en los Estados europeos: la primera deriva de la común vinculación a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, particularmente conforme a la jurisprudencia supranacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la segunda se conecta al prestigio de las soluciones del propio sistema de control jurídico establecido en la Unión³.

La importancia de la jurisprudencia del TEDH podrá ser advertida al estudiar los tres grandes modelos de control jurídico del poder ejecutivo que nos proporcionan las experiencias nacionales. Constantemente se pone de relieve la incidencia esencial de los diversos contenidos del derecho al proceso equitativo garantizado principalmente por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH: art. 6). Así, iremos viendo cómo muy diversas y esenciales garantías derivan del reconocimiento transnacional del citado derecho humano o de algunas de sus aplicaciones: la plenitud y profundidad de los poderes judiciales frente a la discrecionalidad administrativa en el caso británico, la imparcialidad e independencia de los órganos que ejercen el control en el caso francés, o la amplitud y efectividad de la legitimación para la alegación de todo tipo de violaciones del ordenamiento jurídico en el caso alemán. Podemos pues considerarlas garantías comunes al ámbito europeo, tal y como, por otra parte, se viene demostrando en diversos enfoques doctrinales⁴.

³ Si se me permite una simplificación evocadora del personal característico de cada una de esas líneas de evolución, cabría decir que los jueces de Estrasburgo aportan la garantía del derecho individual como base indispensable de cualquier modelo de control jurídico de la Administración, y los burócratas de Bruselas la radical exigencia de un eficaz sistema adherido al real funcionamiento de los mecanismos de control. De tal planteamiento no cabría, desde luego, deducir una suerte de atribución exclusiva a cada una de las instancias citadas de la correspondiente aportación, pues ambas, junto con otras influencias, contribuyen a la formación de ese modelo de control jurídico que probablemente ni siquiera habría de limitarse al ámbito europeo.

⁴ En el estudio y sistematización de la jurisprudencia del TEDH llevados a cabo por RODRÍGUEZ PONTÓN F.J. (2005), se advierte que el carácter equitativo del proceso establecido en el art. 6 del CEDH comprende tres bloques de exigencias, que cabe identificar como la independencia e imparcialidad de la justicia, la igualdad de armas en el proceso y la publicidad; el autor estudia también, en la jurisper-

Es sin duda de suma relevancia advertir la importancia de esos enfoques dominados por el sistema de garantías establecido en el CEDH e impulsado por la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, aun considerando y asumiendo tal perspectiva, nosotros vamos a fijarnos preferentemente en los aspectos estructurales de la construcción de un modelo común. Para ello, tras exponer los sistemas nacionales básicos, consideraremos las pragmáticas soluciones ofrecidas en el control jurídico del poder ejecutivo de la propia Unión Europea⁵.

II. LA REVISIÓN JUDICIAL BRITÁNICA

1. Revisión judicial especializada

Pocas trayectorias constitucionales cuentan, entre los correspondientes estudiosos, con partidarios tan convencidos de la superioridad de su sistema como cabe encontrar en Inglaterra. De todos ellos, es probablemente A.V. DICEY (1915: 213) quien mayor influencia ha ejercido a través de su famosa comparación entre *rule of law* y *droit administratif*. El autor aseguraba que el Derecho administrativo había de considerarse contrario a las hipótesis fundamentales del ordenamiento inglés, al contrastar radicalmente con el característico dominio de la ley, que impone a las autoridades actuar con pleno sometimiento a las mismas reglas y a los mismos tribunales que los particulares. Sin embargo, el examen del modelo británico no deja de presentar,

dencia del tribunal de Estrasburgo, la aplicación de las garantías procesales al procedimiento administrativo debido al carácter sancionador de la decisión que se adopte en el mismo y en los supuestos de ausencia o limitaciones del control judicial ulterior, finalizando por propugnar una ponderada extensión de las reglas del proceso equitativo a los procedimientos administrativos. Con arreglo a una metodología empírica, PAULLIAT, H., (2008: 225-233) llega a conclusiones muy similares, afirmando que “el proceso administrativo está sometido a obligaciones casi idénticas en los diferentes países, pese a las diferencias existentes según el modelo considerado” (*ibidem*: 225); aseveraciones de la autora que pueden considerarse apoyadas en el empírico coordinado por la misma sobre la base de una amplia encuesta dirigida a veinticinco jurisdicciones administrativas europeas, cuyos resultados se sistematizan en OBSERVATOIRE DES MUTATIONS INSTITUTIONNELLES ET JURIDIQUES DE L’UNIVERSITÉ DE LIMOGES (2007), ofreciendo “los rasgos comunes de un embrión de justicia administrativa europea” (*ibidem*: 18), que comprenden aspectos organizativos (especialización, estructura, profesionalización, estatuto de los jueces) y funcionales (legitimación, proceso y eficacia del control). Véanse también FROMONT, M., (2008) y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2009).

⁵ Conviene notar que, a efectos de este trabajo, el resultado del referéndum británico contra la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea (2016), si bien no facilita evidentemente la aproximación de las legislaciones nacionales, no supone que hayan de descartarse ni las comparaciones entre ordenamientos aquí propuestas ni el mismo influjo de las soluciones establecidas por el Derecho de la Unión. En todo caso, aun en la estricta óptica de la Unión Europea, no ha de olvidarse que el modelo británico es seguido por otros países cuya permanencia en la misma no está en discusión.

junto a sus indudables aciertos, relevantes limitaciones y excepciones a la plenitud del control judicial de los entes públicos (*public bodies*)⁶.

El principio de revisión judicial pretende asegurar que los entes públicos dotados de poderes de regulación o intervención emplean dichos poderes dentro de los límites conferidos por el Parlamento. Viene ejerciéndose habitualmente en formaciones de un solo juez por las secciones (una en Londres y cuatro regionales) de la Corte Administrativa (*Administrative Court*), que forma parte de la *Queen's or King's Bench Division* dentro de la Corte Superior (*High Court*), así como por las cortes de Condado (*County Courts*) en relación con decisiones de las autoridades locales⁷. Se da, en consecuencia, una especialización material dentro de la organización judicial, caracterización que comprende también el desarrollo y el alcance del proceso que ha de seguirse ante los órganos judiciales citados.

Se trata, así, de un estricto control de legalidad, mediante el cual los jueces garantizan que la actuación administrativa se ha desenvuelto conforme a las reglas específicas (estatutarias) y generales (*Common Law*) aplicables. El control tradicional se limitaba a los aspectos de competencia y procedimiento, entendiéndose que la revisión judicial no alcanzaba a los errores en la aplicación del Derecho, considerados como admisibles dentro de la esfera de poder libre de los entes públicos siempre que procedieran de la autoridad competente con arreglo a los principios de procedimiento de la llamada justicia natural. En la actualidad, la revisión judicial garantiza que las leyes son correctamente interpretadas, que la discrecionalidad se ejerce conforme a los parámetros jurídicos que la delimitan y que no hay violación de los derechos humanos, aunque siempre sin llegar a un control de oportunidad de la actuación administrativa. El resultado de la revisión judicial, cuando la actuación administrativa viole los anteriores límites, suele ser la anulación, pero no una nueva decisión administrativa, al menos, cuando exista algún margen para la decisión discrecional. Todo lo más, se obligará al ente público a actuar conforme a las reglas aplicables, de manera que no necesariamente la nueva decisión será más favorable para el interesado.

De cualquier manera, de la revisión judicial suelen excluirse las decisiones correspondientes a la prerrogativa regia, que comprende cuestiones políticas o de alta administración en ámbitos como las relaciones internacionales, la seguridad nacional, el otorgamiento de distinciones, las relaciones entre Gobierno y Parlamento o el nombramiento de ministros, al considerarse materias que dependen esencialmente

⁶ Para la exposición que sigue, se han empleado los conocidos manuales de WADE, W. & FORTYTH, CH. (2014: parte VII) y BARNETT, H. (2015: cap. 24), así como, en castellano, HIMSWORTH, C.M.G. (1993).

⁷ Se traduce *Court* como Corte y *Tribunal* como Tribunal.

del juicio político, por lo que su determinación corresponde al poder ejecutivo conforme al principio de división de poderes.

En las reformas procesales para Inglaterra y Gales de 1977-1981 se configuró un procedimiento de revisión judicial, luego modificado en 2000, que permite obtener no sólo las decisiones judiciales especiales (*prerogative remedies*) sino también las ordinarias, que antes solo cabía reclamar ante los órganos judiciales “ordinarios”. Los remedios especiales de Derecho público son: *quashing order* (antes, *certiorari*) para anular con efectos retroactivos la decisión administrativa ilegal, *prohibiting order* (antes, *prohibition*) para prevenir el acto ilegal y *mandatory order* (antes, *mandamus*) para requerir una acción de la autoridad. Los remedios ordinarios de Derecho privado son: *declaration* para establecer la posición legal de las partes, *injunction* para suspender actuaciones injustas y *damages* para la indemnización de daños y perjuicios. Aunque en un principio parecía que el procedimiento especial no era exigible cuando se solicitaran las decisiones judiciales de Derecho privado, en el caso *O'Reilly* (1983), la Cámara de los Lores estableció que dicho procedimiento había de seguirse con exclusión de cualquier otro para todos los asuntos de Derecho público, sin perjuicio de determinadas excepciones, particularmente cuando los elementos jurídico-públicos resultaran colaterales en relación con los de Derecho privado. Entre los condicionantes del procedimiento especial de revisión judicial se encuentran el establecimiento de un plazo máximo de recurso (tres meses) y la exigencia de legitimación derivada de un interés suficiente en la materia, requisitos cuyo control se lleva a cabo, junto con otros aspectos, mediante la previa autorización judicial para recurrir.

En todo caso, conforme a la *Common Law*, el proceso se sujeta a dos relevantes reglas de “justicia natural”: a) el juez debe ser independiente e imparcial y ser percibido como tal, de manera que no sólo ha de abstenerse por razón de sus intereses personales, sean patrimoniales o de otro tipo, sino siempre que, en aplicación de la doctrina de la “parcialidad aparente”, “un observador equitativo e informado, habiendo considerado las circunstancias pertinentes, pudiera concluir que existe una posibilidad real de que el juez pueda ser parcial” (caso *Porter*, 2002); y b) nadie puede resultar afectado en un juicio sin la posibilidad de ser oído equitativamente, de manera que los procedimientos deben ser contradictorios, concediéndose un relevante papel a la audiencia pública de cuantos demuestren tener un interés suficiente en el asunto.

2. Fundamentos

Un resumen muy conocido de los fundamentos de la revisión judicial fue expuesto por lord Diplock en el caso *GCHO* (1985):

“Creo que la revisión judicial se ha desarrollado hasta un estado actual en el que, sin reproducir el análisis de los pasos por los que el desarrollo ha tenido

lugar, se pueden clasificar en tres grupos las bases o parámetros a través de los que la acción administrativa puede ser sometida a control mediante la revisión judicial. Denominaría a la primera base “ilegalidad”, a la segunda “irracionalidad” y a la tercera “impropiedad procesal”. Eso no quiere decir que un ulterior desarrollo sobre una base casuística no pueda, en el curso del tiempo, añadir nuevos criterios. Me refiero en particular a la posible adopción en el futuro del principio de “proporcionalidad”, ya conocido en el Derecho administrativo de varios Estados miembros de la CEE.”

Conforme al fundamento de “ilegalidad”, el ente público debe entender correctamente las normas que regulan su poder y aplicarlas consecuentemente. De esta manera, la revisión judicial comprende todos los vicios denominados *ultra vires*: errores de derecho, mala interpretación de los poderes legales, delegación irregular de poderes, actuación de mala fe o persiguiendo un fin no previsto en la norma, así como la decisión adoptada por consideraciones irrelevantes o ignorando elementos decisivos.

La base de “irracionalidad”, de empleo más bien infrecuente, alcanza, según la divulgada expresión del *caso Wednesbury* (1948), a toda “decisión que desafía tan escandalosamente la lógica o los estándares morales aceptados que ninguna persona sensata que se hubiera ocupado de la cuestión habría llegado a tal decisión”.

La “impropiedad procesal” o vicio de forma incluye todos los supuestos en los que la autoridad actúa ilícitamente, no por el contenido de la decisión adoptada, sino por el modo en el que desempeña sus funciones. A tal fin, cumplen un relevante papel los ya citados principios de la “justicia natural”, que en la misma vía administrativa imponen la imparcialidad de la autoridad que toma la decisión y el respeto a los derechos de la audiencia justa (previa notificación de la acción administrativa, motivación suficiente de la misma y oportunidad adecuada de formular alegaciones). No obstante, de modo paulatino, se asiste a la formulación legislativa de las reglas de los diversos procedimientos administrativos, estableciéndose así estándares de conducta de las autoridades más fácilmente controlables en la revisión judicial.

Por fin, la aceptación del fundamento de la “proporcionalidad”, que permitiría penetrar en la entraña del poder discrecional, encuentra fuertes obstáculos. Aunque cabe encontrar algunos casos en los que se ha aplicado la proporcionalidad como una consecuencia de la prohibición de irracionalidad establecida en el *caso Wednesbury* (1948), todavía en el *caso Brind* (1991) la Cámara de los Lores, dando primacía a la seguridad jurídica, rechazó decididamente su empleo por entender que la formación de los jueces era inadecuada para resolver un problema de acción administrativa. Sin embargo, por virtud de la Ley de Derechos Humanos de 1998, que supuso la plena incorporación del CEDH al ordenamiento británico, la doctrina de la pro-

porcionalidad se considera aplicable, al menos en relación con las cláusulas relativas al contenido de tales derechos humanos, que exigen un examen atento (*anxious scrutiny*), persistiendo la polémica cuando la decisión administrativa no está directamente relacionada con tales derechos⁸. Un importante avance en esta materia se impuso por el TEDH en el *caso Kingsley* (2002) al considerar que la limitación de la revisión judicial a los aspectos procedimentales infringía el derecho al proceso equitativo reconocido en el art. 6 del CEDH.

3. Justicia cautelar

La cuestión de la tutela cautelar ha merecido poca importancia en la experiencia británica, sobre todo después de que las reformas de 1977-1981, al simplificar los procesos, los aceleraran notablemente, pasando a durar semanas o meses en vez de años. En todo caso, las normas sobre revisión judicial prevén los incidentes de suspensión de las decisiones públicas controvertidas, así como la adopción de cualquier otra medida cautelar que se estime necesaria en garantía de los derechos de defensa⁹.

Sin embargo, conforme a los planteamientos tradicionales de la *Common Law*, las anteriores reglas no parecían aplicables a la Corona ni a los ministros y departamentos que ejercen poderes en su nombre, al no sujetarse a las mismas normas procesales que se aplican a las autoridades administrativas. Posteriormente, en una característica pirueta del ordenamiento británico: *a*) la Ley de Procedimiento de la Corona (1947) cambió esa regla tradicional, asegurando la procedencia de acciones civiles o penales contra la Corona; *b*) no obstante, en diversos sectores, leyes posteriores han prohibido la imposición de decisiones judiciales contra la Corona excluyendo incluso toda suspensión; y *c*) finalmente, en la práctica, se aprecia que la Corona siempre observa puntualmente el contenido de las declaraciones judiciales.

El corazón del sistema británico fue puesto a prueba en el *caso Factortame I* (1990), donde se planteó la suspensión de una actuación del Parlamento¹⁰. El TJCE, al resolver una cuestión prejudicial planteada por la *High Court*, había resuelto que una disposición de la Ley de Marina Mercante de 1988 era contraria al Derecho comunitario y carecía de efectos. En consecuencia, la Corte británica ordenó no aplicar

⁸ En relación con el alcance del control judicial en las privatizaciones consistentes en la externalización de funciones públicas, véase CRAIG, P. (2012).

⁹ En los términos de la Ley de la Corte Suprema (1981) y la Resolución 53 (1977), cuando se admite la demanda de revisión judicial: *a*) si la medida que se pretende obtener es una orden de prohibición o de nulidad, el tribunal otorgará la tutela cautelar consistente en la suspensión del procedimiento relacionado con la solicitud hasta la adopción de la decisión final u otro momento anterior establecido judicialmente; y *b*) si se solicita cualquier otra medida, en todo momento el tribunal puede concederla, igual que en un proceso de Derecho privado.

¹⁰ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998: 117-125).

la ley en cuestión hasta tanto se resolviera el litigio principal. Sin embargo, la *Court of Appeal* anuló la anterior suspensión por estimarla inaceptable con arreglo a la *Common Law* y considerando que, si se trataba de una exigencia del Derecho Comunitario, debía plantearse formalmente como cuestión prejudicial ante la justicia comunitaria. A continuación, el TJCE declaró que “un tribunal nacional que, ante un caso relacionado con el Derecho comunitario, considere que el único obstáculo que le impide conceder tutela cautelar es una norma de Derecho nacional, debe inaplicar esa norma”. Inmediatamente, la Cámara de los Lores adoptó la medida cautelar a favor de la compañía demandante.

4. Tribunales administrativos

Junto al sistema general de control judicial del poder ejecutivo, la experiencia británica se caracteriza también por la importancia de los tribunales administrativos especializados¹¹. Inicialmente se trataba de órganos administrativos independientes cuya creación fueron autorizando leyes reguladoras de diversos sectores de actuación pública especialmente a lo largo del siglo XX¹². Un primer intento de racionalizar los tribunales administrativos se llevó a cabo conforme a las directrices del Informe Franks (1957), que perseguía contener su proliferación y coordinar su régimen de organización y procedimiento, todo ello con la finalidad última de formar órganos justos, abiertos e imparciales. Más recientemente, el Informe Leggatt (2001), tras identificar más de setenta tribunales administrativos con reglas diferentes de composición, procedimiento y recursos, propuso iniciar un proceso de judicialización, que se puso en marcha con la creación en 2007 del Tribunal de Primer Grado (*First-tier Tribunal*) y el Tribunal Superior (*Upper Tribunal*). No obstante, la integración de los tribunales administrativos en este sistema judicializado no resulta ni mucho menos completa, pues continúan funcionando unos cincuenta tribunales administrativos (*Administrative Tribunals*) compuestos por juristas y otros especialistas, que atienden miles de demandas anuales en materias de inmigración, seguridad social, valoración del suelo, tributos, transportes, servicios sanitarios y sociales, educación, regulación económica y otras¹³.

¹¹ Sobre el régimen de los tribunales administrativos en Reino Unido, véanse GARCÍA URETA, A. (2016), TORNOS MAS, J. (2016) y PANGALLOZZI, M.C. (2016)

¹² Obsérvese que, en el sistema británico, al carecer los entes públicos de poderes de autotutela no suele exigirse el agotamiento jerárquico de la vía administrativa. De manera que sólo parece viable un recurso administrativo si está previsto en la ley con la finalidad de facilitar y garantizar la aplicación de la misma ley, lo que explica que se desarrolle ante órganos independientes de los que ejercen las tareas administrativas.

¹³ Para un estudio no ceñido a Reino Unido de la jurisprudencia del TEDH relativa a las condiciones de imparcialidad que, en determinadas circunstancias (como en caso de ejercicio de potestad sancionadora o cuando el control judicial posterior resulta limitado), deben observar los órganos que resuelven recursos administrativos, véase BARCELONA LLOP, J. (2016).

Las resoluciones de los tribunales administrativos, tras agotar, en su caso, una instancia administrativa de recurso, generalmente pueden ser recurridas, según los casos, ante la Corte Superior (*High Court*) o la Sala Civil de la Corte de Apelación (*Court of Appeal*), de manera que se mantiene una garantía de cierta intervención judicial. Por su parte, las sentencias del Tribunal Superior (*Upper Tribunal*) y de la Sala Administrativa de la Corte Superior (*High Court*) admiten por lo común recurso ante la misma Sala Civil de la Corte de Apelación (*Court of Appeal*) y en casos de especial relevancia ante la Corte Suprema (*Supreme Court*), que desde 2009 ha asumido las tradicionales funciones judiciales anteriormente desempeñadas por la Cámara de los Lores. Se observará pues que la especialización administrativa deja de aplicarse en los órganos judiciales superiores, que generalmente limitan el alcance de su intervención a las cuestiones propiamente jurídicas o casacionales, sin intervenir en la fijación de los hechos del caso.

III. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA FRANCESA

1. La original justicia retenida

Como magistralmente puso de relieve A. DE TOCQUEVILLE (1858), la creación revolucionaria francesa del Derecho administrativo fue producto de una extraordinaria simbiosis entre el modelo inglés de la división de poderes y la continuidad de las técnicas absolutistas. El sistema de justicia administrativa se encuentra así dominado por el principio de separación entre el poder judicial y el ejecutivo establecido en 1790, que prohíbe a los jueces intervenir en los negocios administrativos (*juger l'administration c'est encore administrer*).¹⁴

¹⁴ La justicia administrativa francesa deriva de una formación histórica paradójica, consecuencia de lo que GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1994) denominó “visión heterodoxa” del principio de la división de poderes, entendiéndolo como principio de separación entre los poderes. En la Asamblea Nacional Constituyente, todavía en la fase revolucionaria inicial de la monarquía limitada (1789-1792) formalizada en la Constitución de 1791, se plantearon dos fórmulas para el control jurídico de la Administración: a) el establecimiento de un fuero jurisdiccional especial (proyecto Thouret, 1789); y b) el sistema de autocontrol al entenderse que el poder judicial no podía perturbar la actividad administrativa. Fue esta última la que triunfó en la aún vigente Ley de 16-24 agosto 1790, que prohíbe a los jueces intervenir en los negocios administrativos (art. 13: “Las funciones judiciales son diferentes y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, perturbar de ninguna manera las actuaciones de los cuerpos administrativos, ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”). Durante casi diez años, tanto bajo la Convención (1792-1794) como en el Directorio (1794-1799), esto es, a lo largo de la I República, la regla se reafirma, según cabe advertir en la Ley de 16 fructidor del año III (1795) (art. único: “Se prohíbe terminantemente a los tribunales conocer de los actos de administración, cualquiera que fuere su especie, bajo sanción”). Para la exposición que sigue, se han empleado los acreditados estudios de CHAPUS, R. (2008), DARCÝ & M. PAILLET, G. (2000) y PACTEAU, B. (2005), así como, en castellano RAMBAUD, P. (1993), MODERNE, F. (1993), DE LA SIERRA, S. (2002),

En los inicios, funcionó exclusivamente como sistema de ministro-juez¹⁵. Sin embargo, desde la reconstitución napoleónica del viejo Consejo Real en el Consejo de Estado (1799), la fuerte vinculación de esta institución al Gobierno permitió una prodigiosa consolidación y expansión de la misma particularmente en el ámbito contencioso¹⁶. En el turbulento período de la llamada justicia retenida, el Consejo de Estado carecía de poderes de decisión de las controversias, habiendo de limitarse a elevar sus propuestas al Gobierno, además de circunscribir su intervención a una lista de asuntos por persistir la teoría del ministro-juez, que configuraba a éste como autoridad contenciosa de Derecho común¹⁷. Ahora bien, la posición del Consejo de

SANTAMARÍA DACAL, A.I. (2001) y LAFERRIÈRE, J. (2007). Además, la fundamental selección de jurisprudencia comentada de LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P., & GENEVOIS, B., (2013).

¹⁵ La prohibición de que los jueces entendieran de los asuntos administrativos se tradujo efectivamente en el sistema de Administración-juez o, más precisamente, de ministro-juez, pues era a los ministros a quienes como autoridades superiores correspondía resolver definitivamente los recursos administrativos. Las causas de tan peculiar régimen suelen encontrarse en: *a)* la continuidad y la inercia con respecto al sistema tradicional de Administración absolutista que implicaba la exención jurisdiccional para las operaciones administrativas, planteamiento que se deduce, como ya hemos indicado, del principio de separación de poderes, entendiéndose que los jueces no pueden intervenir sobre los negocios administrativos, al contrario de lo que sucedía en Inglaterra, donde si ciertamente el ejecutivo no puede intervenir en los asuntos judiciales, los jueces en cambio sí pueden conocer de las decisiones de los agentes públicos, que no personifican nada que quepa situar por encima de los otros poderes; *b)* la oposición a los parlamentos judiciales, formados por el estamento nobiliario y que habían pretendido compartir poderes legislativos con el rey constituyendo así un gobierno de jueces que los revolucionarios quisieron evitar; y *c)* un conjunto variado de ideas y razones entre las que cabe referir la prevalencia de criterios opuestos al modelo de jurisdicciones especiales presentado como alternativa, la consideración de que los tribunales ordinarios eran ineptos en materia administrativa o el hallazgo de legitimidad para la justicia administrativa en el argumento de que la Administración democrática procede del pueblo. Y así, “por temor del juez-administrador, se adoptó el sistema del administrador-juez” (PACTEAU, B. 2005: 16).

¹⁶ El Consejo de Estado se creó en el art. 52 de la Constitución del año VIII (1799): “Bajo la dirección de los cónsules, un Consejo de Estado se encargará de redactar los proyectos de ley y los reglamentos administrativos y de resolver las dificultades que se eleven en materia administrativa”. Su filiación profunda habría de buscarse en el Consejo Real, cuyos antecedentes se remontan al siglo X y que si inicialmente era una institución asesora en materia de gobierno y administración, desde el siglo XVI desempeñaba también funciones jurisdiccionales, organizándose en varias secciones para el ejercicio de las distintas tareas.

¹⁷ El Consejo de Estado se va consolidando en un período de fuerte inestabilidad política, pues entre 1799 y 1870 se suceden variadas formas políticas en Francia: *a)* la dictadura de Napoleón (1799-1814), que se ejerce bajo la forma de Consulado en las Constituciones del año VIII (1799) y del año X (1802) y como I Imperio en la Constitución del año XII (1804); *b)* la etapa de la Restauración (1814-1830), cuando se adoptan los rasgos absolutistas del principio monárquico propugnado en el Congreso de Viena (1815) y que justificarán el cambio dinástico; *c)* la monarquía salida de la Revolución de Julio (1830-1848), que alumbró el orleanismo, sistema monárquico moderado que enseguida resultará insuficiente para las aspiraciones del proletariado; y *d)* el retorno de la dinastía napoleónica tras la Revolución de Febrero, primero bajo la efímera II República presidida por Luis Napoleón (1848-1851) y luego ya, tras el golpe de Estado del presidente convertido en Napoleón III, el II Imperio (1851-1870) regido por la Constitución de 1852, objeto de las reformas democratizadoras de 1860 que sostendrán el régimen hasta 1870.

Estado a la cabeza de la jerarquía administrativa sirvió para dar autoridad suficiente a sus decisiones.

La primitiva distinción entre los asuntos gubernativos -concebidos como actividad discrecional, de mando, que no origina derechos subjetivos- y los asuntos contenciosos -manifestación de la actividad de gestión, donde surgen derechos de los administrados- entrañaba enormes limitaciones para el control de la legalidad de la actividad administrativa. En todo caso, esa diferenciación fue tenazmente compensada por el hallazgo, a partir de 1820, del recurso por exceso de poder, que permitió ir reduciendo el bloque de actos exentos de control a través de la sucesiva admisión de motivos de anulación: incompetencia, vicio de forma, desviación de poder, hasta comprender toda violación de la ley. Ese recurso objetivo, de anulación o de menor jurisdicción, se convirtió en protagonista del sistema frente al recurso ordinario, subjetivo o de plena jurisdicción, pues aunque el primero limitara sus efectos a la anulación del acto administrativo impugnado sin servir para el reconocimiento de derechos subjetivos, precisamente por ello, permitió la defensa de los intereses legítimos frente a la discrecionalidad administrativa¹⁸.

2. La jurisdicción delegada

Finalizado el II Imperio y proclamada la III República, el paso al ejercicio de la denominada jurisdicción delegada (1872), a pesar de implicar inmediatamente un cierto repliegue en la actividad del Consejo de Estado como puede identificarse en la consolidación de la doctrina del acto político, permitiría dar el golpe de gracia a la teoría del ministro-juez, conforme a las conclusiones del comisario del gobierno M. Jagerschmidt en el *caso Cadot* (1889):

“...allí donde hay una autoridad con poder de decisión propio, pudiendo tomar decisiones administrativas ejecutorias, un debate contencioso puede nacer y el Consejo de Estado puede ser directamente requerido, basta

¹⁸ La afirmación del Consejo de Estado a lo largo del siglo XIX fue acompañada de graves controversias suscitadas por quienes lo consideraban contrario al principio de unidad jurisdiccional. Es conocida, por ejemplo, la postura del duque de Broglie (1828): “En derecho y en razón ¿puede haber algo llamado justicia administrativa? ¿no son expresiones malsonantes, heréticas o que, al menos, casan difícilmente juntas?”. Los argumentos contra la dualidad jurisdiccional extendidos a lo largo del período se referían a la inexistencia ya de las razones que habían llevado a los primeros revolucionarios a desconfiar de los jueces y también a la defensa de la unidad jurisdiccional como garantía fundamental del justiciable, pues conlleva la desaparición de las complicaciones relativas a la jurisdicción competente o a la aplicación de la cosa juzgada entre los dos órdenes jurisdiccionales. Las razones a favor de la dualidad jurisdiccional versaban sobre el carácter altamente especializado del Derecho aplicable a la Administración y la escasa preparación para aplicarlo por parte de los jueces judiciales. *Advertencia*: con la redundante referencia a los jueces judiciales se trata de evitar confundirlos con los que cabría denominar jueces administrativos.

para ello con que el debate haya nacido por efecto de una decisión de una autoridad administrativa sobre el litigio.”

Ciertamente, el sistema resultó, así, indeclinablemente vinculado a la decisión administrativa previa y al robustecimiento de los privilegios administrativos, cuya formación se considera una consecuencia del principio de separación de la jurisdicción administrativa y la Administración activa¹⁹. Pero al propio tiempo, la justicia administrativa francesa fue expandiendo su ámbito real de actuación, llegando a originar un crónico estado de saturación de asuntos y retraso en la resolución de los mismos que, paradójicamente, constituye, a la vez, su mayor problema y el mejor testimonio de su éxito social.

Sucesivas modificaciones de la planta de la justicia administrativa han tratado de hacer frente al problema: *a)* en 1953, siguiendo la pauta de los consejos de prefectura, se crearon los *tribunales administrativos*, que constituyen la primera instancia de la justicia administrativa²⁰; *b)* en 1987 hubieron de crearse las *cortes administrativas de apelación*, de ámbito interregional, a las que se transfirió la mayor parte de las competencias de apelación; y *c)* según el vigente Código de Justicia Administrativa (2000), el sistema sigue dominado por el *Consejo de Estado*, que ejerce principalmente competencias de casación, aunque también tiene atribuida la resolución directa de una serie de materias reservadas a su conocimiento exclusivo, además de cumplir con sus tradicionales tareas consultivas.

La consagración constitucional de la justicia administrativa fue afirmada por el Consejo Constitucional en dos conocidas decisiones de 22 julio 1980 y 23 enero 1987²¹. Conforme a esa doctrina, la garantía constitucional comprende la existencia de la justicia administrativa, su independencia con respecto al poder judicial y la afirmación de un ámbito de competencia exclusiva. Como uno de los principios fundamentales de las leyes de la República, se caracteriza la existencia de ese ámbito de

¹⁹ Véase la clásica monografía de CHEVALLIER, J. (1970), donde se demuestra la conexión entre la consagración jurisprudencial del principio (1872-1905) y la reducción de la eficacia de la censura jurisdiccional ejercida por el Consejo de Estado, al crecer los privilegios administrativos establecidos legalmente.

²⁰ Ésta fue una reforma adoptada en la IV República (1946-1958) y mantenida en la V República (de 1958 hasta la actualidad), pese a la crisis sufrida por el Consejo de Estado en 1962-1963 a raíz de episodios relacionados con la guerra de Argelia. En el *caso Canal, Robin y Godot* (19 octubre 1962), el Consejo de Estado había anulado la ordenanza del presidente de la República por la que se instituía una Corte Militar de Justicia, al considerar que la misma desconocía abusivamente los principios generales del Derecho penal. Inmediatamente, el Consejo de Ministros presidido por el general De Gaulle denunció “que la intervención del Consejo de Estado salía del dominio del contencioso-administrativo” (24 octubre 1962), presentando un proyecto de reforma del Consejo de Estado cuyos amenazadores contenidos iniciales fueron diluyéndose hasta su aprobación por los Decretos de 30 julio 1963. Eso sí, la Corte de Justicia Militar fue restablecida por Ley de 15 enero 1963.

²¹ Véase DEL SAZ, S. (1992).

competencia privilegiado para “la anulación o reforma de las decisiones adoptadas, en ejercicio de las prerrogativas del poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo”, principio que sólo admite excepciones en las materias reservadas por su naturaleza al poder judicial (estado de las personas, libertad individual y propiedad privada) y por virtud de decisiones legales adoptadas en nombre de “una buena administración de justicia”.

3. Las transformaciones contemporáneas

En realidad, la peculiaridad del sistema francés ya no se mantiene con el alcance que pudo tener en el pasado. En tal sentido, conviene tener en cuenta: *a)* que la incompetencia de los jueces judiciales en materia administrativa no es absoluta; *b)* que la separación estatutaria entre jueces judiciales y jueces administrativos no implica una falta de independencia de los segundos, que, si no formalmente, al menos sustantivamente pueden ser considerados como equivalentes a los integrantes del poder judicial; *c)* que la posible incidencia abusiva sobre los casos concretos de la dualidad de funciones -administrativas y judiciales- del Consejo de Estado, ha sido paliada por las exigencias del derecho al proceso equitativo, particularmente conforme a la jurisprudencia del TEDH; *d)* igualmente, que la apariencia de la figura del comisario del Gobierno ha sido moderada como consecuencia también de la jurisprudencia del mismo TEDH; y *e)* que las medidas cautelares hace tiempo que han dejado de configurarse limitativamente. Expongamos brevemente estos elementos a fin de comprender las transformaciones experimentadas.

En relación con el primer aspecto, cabe indicar que ya desde el período revolucionario una parte del contencioso-administrativo había venido siendo atribuido a la competencia judicial por vía legislativa en diversas materias, como expropiación, accidentes escolares, daños a vehículos públicos, servidumbres de utilidad pública, internamiento de enajenados o daños de origen terrorista. Desde 1872, la resolución de las cuestiones de competencia entre el poder judicial y la justicia administrativa corresponde al Tribunal de Conflictos, en cuya composición participan paritariamente consejeros de estado y magistrados de casación bajo la presidencia del ministro de Justicia, que sólo ocasionalmente interviene para resolver los empates, sin adoptar, por añadidura, una actitud de defensa sistemática de la competencia administrativa²². Así, en la jurisprudencia de dicho Tribunal de Conflictos se ha establecido que

²² Durante casi todo el período de la jurisdicción retenida, los conflictos se resolvían por el jefe del Estado (primer cónsul, emperador o rey) a propuesta del Consejo de Estado, sistema que resultaba abusivo al otorgar el control al Consejo de Estado encargado de ejercer la justicia administrativa. Durante la II República se constituyó el primer Tribunal de Conflictos de composición mixta, que tuvo una vida efímera (1849-1851). Al pasar a la jurisdicción delegada, la Ley de 24 mayo 1872 restableció el Tribunal de Conflictos organizado sobre la regla de la paridad (cuatro miembros del Consejo de Estado y otros cuatro de la

el principio de separación ha de entenderse de manera relativa, considerando al juez judicial guardián natural de la propiedad privada y de la libertad individual, lo que ha llevado a reconocer la competencia judicial en relación con los servicios públicos de tipo industrial y comercial, la contratación privada de las Administraciones o la reacción frente a la vía de hecho²³. En definitiva, la dualidad jurisdiccional se considera un elemento esencial de la concepción francesa del control de los poderes administrativos, pudiendo sostenerse que, junto al Derecho administrativo en sentido estricto controlado por el Consejo de Estado, el poder judicial ha generado un Derecho administrativo derivado.

Decíamos también, en segundo término, que la justicia administrativa francesa no puede ya considerarse ejercida por funcionarios de la Administración pública. Es cierto que el estatuto del personal al servicio de la justicia administrativa es distinto del aplicable al poder judicial, al integrarse el primero en los cuerpos de consejeros del Consejo de Estado, y de consejeros de los tribunales administrativos y las cortes administrativas de apelación. Sin embargo, las características de estos cuerpos de funcionarios los acercan al régimen propio del personal propiamente judicial: *a)* los sistemas de acceso están orientados a la selección de juristas bien preparados en las materias administrativas, de manera que el paso con alto grado de aprovechamiento por la elitista *École Nationale d'Administration* es la condición más habitual para el ingreso en los citados cuerpos de la justicia administrativa; *b)* la independencia real de los consejeros en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales es una señal de identidad de la justicia administrativa que nadie parece poner en duda; y *c)* la inamovilidad de los consejeros de Estado es asimismo una característica practicada efectivamente, que ha sido ya legalmente establecida para los consejeros de los tribunales administrativos y las cortes administrativas de apelación.

Como tercer elemento a considerar, resaltábamos la posible incidencia abusiva sobre los casos concretos de la dualidad de funciones característica del Consejo de Estado, pues junto a las funciones jurisdiccionales la institución desarrolla también

Corte de Casación) bajo la presidencia del ministro de Justicia. La última reforma del Tribunal de Conflictos se produjo por la Ley de 28 enero 2015, que ha ampliado las modalidades de acceso a su jurisdicción.

²³ En algunas materias el reparto de competencias entre las dos jurisdicciones resulta ciertamente complejo y abocado a la casuística. Así sucede, por ejemplo, en relación con el servicio público de la justicia, donde la dualidad jurisdiccional lleva a atribuir al juez administrativo las cuestiones organizativas (creación y supresión de tribunales judiciales, constitución del Consejo de la Magistratura, reclutamiento, carrera y sanciones de los jueces) y al juez judicial las de funcionamiento (actos de procedimiento, preparatorios, ejecución, policía judicial). En el caso *Prefecto de la Guyana* (1952), el Tribunal de Conflictos estimó que la acción indemnizatoria ejercida por varios oficiales ministeriales por la no provisión de las plazas de magistrado existentes en la Guyana se refería a la organización del servicio público de la justicia y no a su funcionamiento, por lo que recaía en el ámbito de competencias de la jurisdicción administrativa.

funciones administrativas²⁴. Conforme a los planteamientos tradicionales, la ambigüedad derivada del ejercicio de funciones no jurisdiccionales quedaba compensada por la riqueza de conocimientos y experiencia que el sistema proporcionaba a los consejeros, lo que terminaba reforzando el poder real, la autoridad del órgano y, en último extremo, la calidad de los servicios públicos afectados por sus intervenciones²⁵. De cualquier manera, la consideración del riesgo del juez prisionero de su anterior posición consultiva ha terminado por deteriorar la imagen de imparcialidad de la jurisdicción. Así, en el caso *Procola* (1995), el TEDH consideró violado el derecho al juez imparcial por haber participado, en el procedimiento administrativo de elaboración de un reglamento impugnado ante el Consejo de Estado de Luxemburgo, nada menos que cuatro de los cinco miembros que integraban su formación contenciosa; en tal situación, el recurrente podía “legítimamente temer que los miembros del comité del contencioso se sintieran ligados por el dictamen dado precedentemente”; “esta simple duda, tan poco justificada como pueda estar, basta para alterar la imagen del tribunal en cuestión”²⁶. En la reforma aprobada por Decreto de 6 marzo 2008, se adoptaron medidas para separar las formaciones consultivas y contenciosas del Consejo de Estado.

En cuarto lugar, entre las variantes que han afectado al original sistema del Consejo de Estado francés, cabe referirse al comisario del Gobierno, actualmente denominado ponente público (*rapporteur public*). Figura controvertida, pues aunque es nombrado por decreto del Gobierno, su imparcialidad vendría garantizada por la

²⁴ Entre las funciones administrativas del Consejo de Estado, cabe destacar las consistentes en informar los proyectos de ley y de ciertos decretos, que pueden tener carácter normativo genérico pero también incidir sobre situaciones individuales; asimismo realiza informes o estudios sobre cuestiones que considera problemáticas; incluso sus miembros desarrollan tareas de asesoramiento y otras misiones administrativas variadas compatibles con sus funciones dentro del Consejo de Estado.

²⁵ En defensa del principio de la dualidad de funciones de la institución y la consiguiente doble afectación de sus miembros, se citaban incluso casos en los que el propio Consejo de Estado no había seguido el contenido de sus previos dictámenes aplicando el criterio de supremacía de la función jurisdiccional sobre la consultiva, aunque lo más frecuente era que el sentido de ambas funciones coincidiera en los casos concretos.

²⁶ Sin embargo, ha de tenerse presente que no se ha condenado la dualidad de funciones de la institución, aunque deba vigilarse que no forme parte de la sección que enjuicia quien antes se ha expresado públicamente sobre el asunto. Como bien se pone de relieve en el siguiente texto del Comisario del Gobierno Bonichot (1996): “Difícil es defender la idea de que un tribunal puede, con la misma composición, dar sucesivamente un dictamen y un juicio sobre la misma cuestión, pero se puede hacer comprender a los jueces europeos, que por otra parte ya lo saben, que el Consejo de Estado es la expresión misma de la concepción francesa de la separación de poderes, que la dualidad de sus atribuciones le da un peso considerable frente al Estado y que este modo de funcionamiento, profundamente anclado en la concepción francesa, da resultados que en muchos países se busca alcanzar”. Posteriormente, en los casos *Kley* (2003), *Sacilor-Lormines* (2006), *UFC* (2009) y *Escoffier* (2011), el TEDH ha precisado que no se opone a la dualidad de funciones de un mismo órgano, limitándose a considerar contrarios al principio de imparcialidad los supuestos en los que una persona se pronuncia sobre la misma cuestión sucesivamente en formaciones consultiva y contenciosa.

extracción entre los miembros del órgano jurisdiccional correspondiente a propuesta del vicepresidente del Consejo de Estado o del Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y las Cortes Administrativas de Apelación. Interviene en la fase de audiencia del contencioso-administrativo tras la presentación sucinta del objeto del proceso por parte del relator y la intervención de los abogados de las partes (recurrentes y Administración), exponiendo entonces sus conclusiones, donde explica el asunto y propone la manera de resolverlo. No es un representante de la Administración, pues presenta con independencia su criterio sobre los hechos y el derecho aplicable, aunque como miembro de la jurisdicción tiene obligación de aportar conclusiones claras, sin poder remitirse a la sabiduría del tribunal. Tradicionalmente participaba discretamente en la deliberación del asunto, pero tras los *casos Kress* (2001) y *Martini* (2006) del TEDH se limita a dar su criterio sin participar ni siquiera pasivamente en la deliberación, al considerarse tal participación incompatible con las apariencias de imparcialidad exigibles²⁷.

Finalmente, la quinta cuestión aludida se refiere a la justicia cautelar, que ha experimentado una notable evolución en el Derecho francés. En la actualidad comprende: *a*) la práctica de pruebas cautelares sobre los hechos litigiosos (*constat d'urgence*); *b*) la adopción de todo tipo de medidas de conservación, instrucción e incluso medidas positivas de aplicación (*référé administratif*)²⁸; y *c*) la tradicional suspensión de la ejecución del acto recurrido, que procede tanto en el supuesto de consecuencias difícilmente reparables como en el caso de actos manifiestamente ilegales (*sursis à l'exécution*).

4. Las jurisdicciones especiales

Curiosamente, al igual que sucede en el caso británico, la justicia administrativa francesa no estaría adecuadamente presentada sin llamar la atención sobre la proliferación de jurisdicciones administrativas especiales. Hay unas treinta en la actualidad, cuya misma existencia pudiera suscitar dudas conforme a las exigencias de una buena administración de justicia pues complican el reparto de competencias y aumentan el riesgo de errores en los recurrentes, debiendo, además, tenerse en

²⁷ Véase el comentario de la sentencia del *caso Kress* de SANTAMARÍA DACAL, A.I. (2002). Las reformas que sucesivamente han afecto al nuevo ponente público se han aprobado por Decretos de 7 enero 2009, 23 enero 2011 y 19 diciembre 2015.

²⁸ El vigente régimen del *référé* permite emplearlo ordinariamente para medidas de constatación, instrucción o provisión, y con carácter de urgencia para medidas de suspensión, mantenimiento de la libertad y conservación.

cuenta que la composición de muchas de estas jurisdicciones no parece garantizar la imparcialidad propia de los órganos de la justicia²⁹.

La clasificación de estas jurisdicciones resulta compleja, pudiendo identificarse supuestos de estructura en dos grados, junto a otros que carecen de elementos coordinadores, y también casos aislados y únicos en su género³⁰. Varían considerablemente el volumen de asuntos atendidos por cada jurisdicción y aun la naturaleza de sus funciones, que pueden comprender la resolución de recursos contra ciertas decisiones administrativas, la imposición de sanciones disciplinarias o la adopción de formas jurisdiccionales para la acción administrativa³¹. En su composición cabe emplear a magistrados profesionales, que a veces constituyen la mayoría del órgano, pero también se encuentran representantes de los interesados en sentido amplio, que pueden llegar a ser los componentes exclusivos del órgano en cuestión. En todo caso, cuando no está previsto otro recurso ante la justicia administrativa ordinaria, el Consejo de Estado admite recurso de casación contra las decisiones de estas jurisdicciones administrativas especiales.

La identificación del carácter jurisdiccional de un determinado organismo plantea problemas debido a que las correspondientes normas reguladoras a veces son equívocas o silencian toda referencia a la cuestión. La regularidad jurídica en la creación de jurisdicciones especiales exigiría que se aprobaran por ley, que estuvieran sustraídas del poder jerárquico a fin de poder actuar con independencia, que siguieran procedimientos contradictorios respetando los derechos de defensa, que motivaran adecuadamente sus decisiones y que éstas tuvieran efecto de cosa juzgada. El Consejo de Estado resume en dos condiciones el reconocimiento de la cualidad jurisdiccional: a) la condición formal consistente en que el organismo tenga poder

²⁹ En el siglo XIX la lista de jurisdicciones especiales se agotaba enseguida, pues comprendía la Corte de Cuentas, la jurisdicción universitaria, las comisiones departamentales y los consejos de revisión en materia de presas. A lo largo del siglo XX, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, el número se multiplicó y todavía quedan unas cuantas, pese a que bastantes han desaparecido por causas variadas como haber cumplido la tarea encomendada en relación con operaciones bélicas o haber sido transformadas en órganos judiciales (en materias de accidentes de trabajo, evaluación de los bienes perdidos por los repatriados de Ultramar o comisionarios de la Bolsa de París).

³⁰ Hay jurisdicciones especiales de un solo grado, no coordinadas por una instancia superior pese a ejercerse por una pluralidad de órganos, como sucede en el caso de las comisiones departamentales de trabajadores minusválidos. Otras cuentan con dos grados de jurisdicción, según cabe advertir en relación con los contenciosos de la ayuda social (comisiones departamentales y en apelación Comisión Central), de la profesión médica (consejos regionales y en apelación Consejo Nacional) y de la ordenación universitaria (consejos de administración y en apelación Consejo Superior). Y hay también jurisdicciones aisladas y únicas en su género, cual la Corte de Cuentas, el Consejo Superior de la Magistratura o la Comisión Bancaria.

³¹ Generalmente las jurisdicciones administrativas especiales acumulan su misión jurisdiccional con atribuciones de otro orden, como la emisión de informes o la adopción de resoluciones que pueden ser objeto de recurso ante la jurisdicción ordinaria.

de decisión, de manera que si únicamente realiza funciones de informe o propuesta no puede ser una jurisdicción; y *b*) la condición material relativa a la resolución de conflictos relativos a la aplicación del Derecho administrativo³².

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ALEMANA

1. La forja de la jurisdicción especializada

Para el gran publicista O. MAYER (1903), el alcance de la garantía jurídica del particular en el Estado Absoluto se limitaba a los supuestos comprendidos en la teoría del fisco, que permitía indemnizar por los daños de las decisiones del príncipe, pero sin que éstas pudieran ser anuladas. Con tal planteamiento, cabía acentuar el significado de la revolución liberal en la materia, al igual que sucedió en el caso francés³³. Sin embargo, entre los autores alemanes más recientes, parece prevalecer la idea de que el insigne publicista y otros autores de la doctrina clásica, en su intento de construir un Derecho administrativo de base francesa, pudieron extrapolar hacia el pasado la distinción entre asuntos civiles y administrativos tal y como se entendía en el siglo XIX. Suele así considerarse que en el Antiguo Régimen el particular tenía acceso pleno a la justicia, incluso frente al príncipe, en todos los “asuntos justiciables”, habiéndose alcanzado una “situación próxima a un Estado de Derecho”³⁴.

³² En todo caso ha de remitirse a la jurisprudencia en la materia del TEDH recientemente analizada por el ya citado BARCELONA, J., (2016).

³³ Siguiendo la exposición de GONZÁLEZ-VARAS, S. (1993: 31-38), la doctrina clásica del Derecho público alemán (MAYER, O., FLEINER, JELLINEK, FORSTHOFF, WOLF) explicaba el surgimiento histórico de la teoría del fisco como un efecto de la decadencia del Imperio frente a los Estados (Prusia, Austria, Baviera...) tras la Guerra de los Treinta Años (1648). En el Derecho de las curias regias, especialmente a lo largo del siglo XVIII bajo el dominio del Despotismo Ilustrado, se contraponían: *a*) los asuntos de policía, identificados con la actividad general del monarca y su administración, que se regía por las leyes de policía, de las que el príncipe podía apartarse conforme a la razón de Estado; y *b*) los asuntos de justicia sujetos al Derecho civil bajo el control de los tribunales, a los que había de someterse el mismo príncipe. Pues bien, al decaer la jurisdicción imperial que controlaba la actividad de los príncipes territoriales, la teoría del fisco sirvió, particularmente a lo largo del siglo XIX, para corregir el detrimento de la garantía jurídica que conllevaba la anterior distinción, convirtiendo determinados asuntos de la policía administrativa en cosas de justicia sometidas a los tribunales civiles. Se reconciliaba así la nueva idea del Estado (Absoluto) con la omnipotencia del Derecho civil, cuyas garantías afectaban a las mismas prerrogativas regias, al menos en su significado económico, pues al Fisco, como persona jurídica de Derecho privado, se imputaba la responsabilidad por los daños que produjeran las decisiones del príncipe.

³⁴ De nuevo conforme a la exposición del citado GONZÁLEZ-VARAS, S., (1993: 38-51), en la doctrina alemana (BULLINGER, RÜFFNER, ERICHSEN) prevalece ya el criterio de que, en el Antiguo Régimen, los asuntos justiciables permitían siempre el acceso a la justicia, sin que existan razones para sostener que los asuntos de policía estaban privados de protección jurídica, puesto que no se aplicaban los conceptos modernos de Derecho civil y Derecho público. Consideran así estos autores que los asuntos

Esta nueva visión permitiría contemplar la jurisdicción contencioso-administrativa alemana actual como una vía de progreso histórico en la misma línea, que avanza en la noción tradicional de las cosas justiciables y el pleno carácter judicial del control del poder ejecutivo³⁵.

Vemos pues que en el ámbito alemán no se produjo la violenta ruptura con la historia que tuvo lugar en la experiencia francesa³⁶. Por ello quizá el sistema de justicia administrativa vinculado al Consejo de Estado no resultó convincente en Alemania, apreciándose a lo largo del siglo XIX posturas favorables a la aplicación de la corriente “judicialista” pura a los asuntos administrativos. Paulatinamente el concepto de cosa justiciable fue restringiéndose, hasta llegar un momento en el que los tribunales civiles sólo incluían en el mismo los asuntos de Derecho civil, produciendo el efecto de liberar al ejecutivo en buena medida del control judicial. De ahí los enfrentamientos entre los tradicionales seguidores de la justicia judicial y los nuevos partidarios de la justicia administrativa, que condujeron a variadas soluciones en los países germánicos.

Las primeras previsiones apuntaron al modelo francés, como cabe observar en el ejemplo del Consejo Secreto con una instancia de recurso previsto en la Constitución de Württemberg (1819: art. 60). Sin embargo, en el frustrado proyecto de Constitución del Estado Alemán aprobado, tras la revolución liberal, por la Asamblea Nacional reunida en la *Paulkirche* de Frankfurt (1849: art. 182) se establecía:

“Queda abolida la justicia ejercida por la Administración. Sobre cualquier lesión jurídica deciden los tribunales.”

En esa misma línea, el paso fundamental correspondería a la Ley de Baden que estableció la jurisdicción contencioso-administrativa en 1863, aunque sólo en la instancia suprema se contaba con un tribunal integrado exclusivamente por jue-

justiciables comprendían cuestiones que hoy calificaríamos como administrativas, de la misma manera que la justicia se impartía por los tribunales y por órganos administrativos. Su conclusión es que, en el Estado Absoluto, el particular podía exigir frente al príncipe, por los cauces ordinarios, tanto la indemnización por los daños que su actividad le hubiera podido causar, como la anulación de sus decisiones antijurídicas.

³⁵ Para la exposición que sigue, se ha empleado la siguiente literatura: los autores alemanes traducidos al español SOMMERMANN, K.P. (1993), SCHMIDT-ASSMANN, E., (2003: 225-250) y UHLE & M. LEHR, A. (2007); y en la doctrina española, NIETO, A. (1960), BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1993), GONZÁLEZ-VARAS, S., (1993) y HUERGO LORA, A., (2000: 33-147).

³⁶ El siglo XIX en Alemania aparece marcado por la derrota del Imperio de Prusia (I Reich) por Napoleón (1806). Varios sustitutivos se intentaron sin éxito: la Federación del Rin constituida bajo los auspicios napoleónicos en 1806; la Confederación Germánica presidida por el emperador de Austria, que tutelaba los 39 Estados en los que se dividió Alemania en el Congreso de Viena (1815); la Unión Aduanera (1833); y el proyecto de Constitución paulista (1849). Finalmente, el II Reich, integrado por 25 Estados, se constituyó en 1871 por Guillermo II y Bismarck.

ces independientes y profesionales, pues en las instancias inferiores se combinaba la presencia de jueces con la de funcionarios y se desempeñaban tanto funciones judiciales como administrativas. No obstante, para aminorar la influencia del factor burocrático y acercar al pueblo la justicia sobre el poder ejecutivo, en los tribunales contencioso-administrativos se preveían representantes populares, conformando una experiencia que todavía sigue vigente. En todo caso, el modelo de Baden se generalizó adoptándose por Prusia (1872), Hessen (1874), Württemberg (1874) y Baviera (1878), entre otros territorios.

Estos tribunales especializados en los litigios administrativos sirvieron para robustecer el gran Derecho público alemán, que aportó ideas muy claras sobre el principio de legalidad y sus exigencias en la jerarquía de las fuentes o en el control de la discrecionalidad. Entre los autores más influyentes, puede destacarse la importancia en esta materia de R. VON GNEIST (1872), que propugnaba el modelo prusiano de la jurisdicción contencioso-administrativa independiente aunque especializada, al aunar las ventajas de la justicia administrativa de estirpe francesa con el tradicional sistema de control judicial del ejecutivo.

En el siglo XX terminó por forjarse la opción característica del ordenamiento alemán de atribuir el ejercicio de las funciones de control de la Administración a tribunales especializados³⁷. El art. 107 de la Constitución de Weimar (1919) continuaba el modelo prusiano de la jurisdicción contencioso-administrativa, exigiendo a los Estados la constitución de tribunales de este orden para la defensa de los particulares frente a los actos administrativos ilegales. Tras el ominoso período nacional-socialista, el eje del moderno asentamiento de esta jurisdicción parte de la tutela judicial garantizada a toda persona en el art. 19.IV de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y se desarrolla en la Ley de la Jurisdicción Administrativa de 1960³⁸.

³⁷ El siglo XX en Alemania contempla su derrota en la Primera Guerra Mundial plasmada en el Tratado de Versalles (1919), que determinará el fin del II Reich y la puesta en marcha de la República Federal regida por la Constitución de Weimar (1919). Conforme a ese sistema político, como es sabido, se produjo la designación de Hitler como canciller (1933), que llevaría a la formación del III Reich. Tras la Segunda Guerra Mundial, se constituyeron, de una parte, la República Federal de Alemania integrada por 11 Estados conforme al modelo democrático de la Ley Fundamental de Bonn (1949) y, de otra parte, la República Democrática de Alemania compuesta por 5 Estados, que seguía el modelo totalitario soviético (1950). Como se recordará, la reunificación de los 16 Estados en la República Federal de Alemania se produjo tras la caída del telón de acero en 1990.

³⁸ Para una traducción al español de la Ley de la Jurisdicción Administrativa alemana de 1960, véase P. ABERASTURI, coord. (2009), traducción que va precedida de interesantes estudios sobre el sistema alemán y otras experiencias comparadas. Durante algún tiempo se desarrolló un debate sobre la conveniencia de unificar la jurisdicción contencioso-administrativa con la social y la tributaria, contándose los proyectos de la Escuela de Speyer (1969), de la Comisión de Coordinación (1978) y del Gobierno Federal (1982). Pero finalmente parece que la sobrecarga de asuntos en estos órdenes jurisdiccionales ha dado al traste con tales iniciativas.

2. Organización

La planta jurisdiccional está integrada por tres tipos de órganos colegiados: a) los *tribunales administrativos* competentes en primera instancia, que se constituyen por los Estados y admiten la formación de juez único en asuntos sencillos; b) el *Tribunal Administrativo Superior de cada Estado*, que atiende las apelaciones; y c) el *Tribunal Federal Administrativo*, al que se atribuye el recurso de casación, además de algunas competencias directas en asuntos considerados de particular importancia.

Siguiendo la tradición del sur de Alemania, los tribunales administrativos, al igual que los de otros órdenes jurisdiccionales, están integrados por tres jueces profesionales y dos jueces honorarios³⁹. Estos últimos tienen reconocida su participación “en el juicio oral y en la deliberación de la sentencia con los mismos derechos que los jueces profesionales” (Ley Jurisdiccional: art. 19)⁴⁰. Entre las ventajas derivadas de la presencia de personas sin cualificación profesional, suele aducirse que este mecanismo participativo permite vencer la rutina obligando a los jueces profesionales a razonar en términos comprensibles para la ciudadanía. No obstante, el escaso nivel técnico de los jueces honorarios parece haber determinado la desaparición de los mismos en los tribunales superiores conforme a la legislación de los Estados.

Una figura cercana a la del antiguo comisario del gobierno francés es la del representante del interés federal, que compete designar al Gobierno Federal y que dispone de la capacidad de intervenir en los procedimientos del Tribunal Federal Administrativo dando su opinión sobre los asuntos con arreglo a las instrucciones de su mandante (Ley Jurisdiccional: art. 35). También en los restantes tribunales administrativos puede existir el denominado “representante del interés público”, que propiamente representa el interés del Estado correspondiente con carácter general o para casos determinados (art. 36).

En el art. 40 de la Ley Jurisdiccional de 1960 se contiene la llamada cláusula general de lo contencioso-administrativo:

“La vía jurisdiccional contencioso-administrativa es procedente en todos los asuntos de Derecho público no constitucionales, cuando el asunto no está atribuido expresamente por una ley federal a otro tribunal. Los

³⁹ El número de jueces administrativos profesionales es de unos 2.000, cifra elevada por comparación con otros países que, además, debería incrementarse con los 600 jueces de la jurisdicción tributaria, dado que ésta no se encuentra separada en otras experiencias.

⁴⁰ Se trata de una participación ya afianzada y abierta para todo alemán mayor de 25 años y con capacidad de desempeñar cargos públicos, que puede ser incluido en las listas de candidatos aprobadas con mayoría reforzada por los municipios, llevándose a cabo la elección cada cinco años por comisiones de personas honorables designadas por el Estado para cada tribunal.

asuntos de Derecho público pueden atribuirse por ley estatal y en el ámbito del correspondiente ordenamiento estatal a otro tribunal.”

Estamos pues ante una jurisdicción general con referencia a los asuntos de Derecho público⁴¹. Todos los asuntos jurídico-públicos pueden ser sometidos al control judicial contencioso-administrativo, sin que sea exigible identificar ni impugnar un acto u otra medida de los entes públicos. Pero el litigio debe cuestionar efectos de Derecho público, concepto en el que se incluye toda relación jurídica con un sujeto que de cualquier manera sea titular de poder público. Se excluyen: *a)* los asuntos no jurídicos relacionados con actos de contenido graciable o propiamente de gobierno; *b)* los actos constitucionales correspondientes a los sujetos que participan directamente en la vida constitucional; y *c)* las cuestiones atribuidas a diferente jurisdicción en la propia Ley Jurisdiccional o en otras leyes, como sucede en materia de expropiación y responsabilidad.

3. El requisito de la lesión jurídica de derechos individuales

Frente a la concepción objetiva de raigambre francesa, la legitimación en el contencioso-administrativo alemán se rige por criterios subjetivos. Así, el acceso a la jurisdicción, el objeto del proceso, el enjuiciamiento y el pronunciamiento del tribunal se centran en averiguar si ha existido lesión jurídica en derechos individuales. El concepto de lesión jurídica subjetiva equivale al perjuicio en los derechos del particular como consecuencia de una medida administrativa ilegal. Pero ni esa medida ni desde luego un previo acto administrativo son exigibles para acceder a la jurisdicción, cuya competencia gira en torno a la noción de asuntos de Derecho público. Las formas jurídicas en las que puede concretarse una relación jurídico-pública son, en consecuencia, variadas, comprendiendo el acto administrativo, el contrato, el reglamento, pero también la simple actuación administrativa, ya sea directamente material o se exprese en declaraciones, informaciones o cualesquiera documentos; todos los modos de actuación del poder público que se presenten en la realidad son susceptibles del control contencioso-administrativo. En este contexto, el concepto de Administración no es necesario, pues su presencia sólo es indicativa para el contencioso-administrativo, siendo decisiva la lesión de derechos individuales por el poder público, sea cual sea la forma adoptada por éste⁴².

⁴¹ De ahí que en la práctica carezca de importancia la competencia subsidiaria de la jurisdicción ordinaria establecida en el art. 19.4 de la Ley Fundamental (“Si no hubiere otra jurisdicción competente para conocer del recurso, quedará abierta la vía judicial ordinaria”).

⁴² Conforme a este planteamiento, si la medida administrativa no causara una lesión individual, la protección jurídica se agotaría en la solicitud a la Administración de que ejerza los medios de control interno de la legalidad objetiva. No obstante, paulatinamente el sistema contencioso-administrativo alemán parece ir abriéndose para cubrir los espacios tradicionalmente relegados al control administrativo interno.

Para la admisibilidad del proceso, el demandante debe hacer valer su lesión y expresar su voluntad de obtener un resarcimiento subjetivo (Ley Jurisdiccional de 1960: art. 42). La cuestión del grado o la intensidad con que ha de hacerse valer la lesión pone de manifiesto la importancia del requisito, que no se puede entender como un adorno o muletilla en las demandas. Por lo común se emplea el criterio de la posibilidad, conforme al cual no basta la mera declaración de que se ha producido una lesión, sino que ésta ha de ser, al menos, posible, aunque no llega a exigirse la manifestación efectiva de la lesión jurídica.

Importa destacar que el requisito consiste en hacer valer la lesión jurídica de derechos propios, de manera que la posición singular del afectado debe ser claramente reconocible. En la protección judicial se incluyen los derechos subjetivos y en general los intereses jurídicamente relevantes, que se presentan cuando la norma abre al particular una posición jurídica concreta que permite reconocer un interés propio junto al interés de la generalidad de los ciudadanos. No bastan los reflejos normativos meramente fácticos, como el interés científico, cultural, político, religioso o ideológico. Debe tratarse de los intereses individuales que el ordenamiento jurídico reconoce como dignos de protección judicial. En tal sentido, la defensa de intereses difusos se ha mostrado altamente problemática: en el ámbito vecinal sólo se admite la legitimación del particular si goza de una posición singular para defender un bien propio, como la propiedad, la salud o la vida; la legitimación de las asociaciones presenta fuertes condicionantes, pues se niega en el caso de las llamadas asociaciones “de interés” para hacer valer los derechos o intereses de sus miembros; y en las asociaciones “altruistas” se exige el reconocimiento legal de su legitimación en defensa de fines públicos⁴³.

4. Acciones y justicia cautelar

En el contencioso-administrativo alemán es preciso utilizar la acción específicamente necesaria, distinguiéndose las siguientes modalidades: *a) acción de anulación*, que procede frente a un acto de gravamen en un determinado plazo, previo agotamiento de la vía administrativa; *b) acción de condena* encaminada a que el poder público conceda una pretensión a la que el demandante tiene derecho, previo requerimiento y agotamiento de la vía administrativa en determinado plazo; *c) acción declarativa*, que permite declarar la existencia o inexistencia de una relación jurídica, declarar la nulidad de un acto administrativo y otros aspectos sin sujeción a plazo ni

⁴³ No obstante, la legitimación activa y el alcance del control judicial en algunos sectores de actuación administrativa, como ocurre en materia de protección del medio ambiente y particularmente en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, han experimentado considerables ampliaciones conforme a las exigencias establecidas en la normativa europea. Así se ha hecho valer por el TJUE en los casos *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* (EU:C:2011:289) y *Comisión c/ Alemania* (EU:C:2015:683).

necesidad de agotar la vía administrativa, aunque antes de ejercerla debe solicitarse en vía administrativa la declaración pretendida; *d) acción prestacional general*, cuyo objetivo es obtener cualquier prestación no consistente en un acto administrativo, por lo que se considera el cierre del sistema pues garantiza con carácter subsidiario que ninguna lesión administrativa queda sin fiscalizar, pudiendo comprender objetos tan variados como actuaciones materiales, declaraciones de conocimiento, informaciones, inmisiones o retractaciones, y aplicándose un ventajoso régimen procesal, dado que su ejercicio no se sujeta a plazo y no requiere de un acto administrativo previo; y *e) recurso contra reglamentos*, cuya generalización constituyó una novedad de la Ley Jurisdiccional de 1960, pues anteriormente sólo se preveía en Baviera y algunos Estados del sur, aunque, en contrapartida, esta acción únicamente procede si está permitida en la legislación de los Estados, exigiéndose en todo caso que el actor pueda derivar un perjuicio directamente de la norma o indirectamente de su aplicación, si bien no es preciso observar ningún plazo ni agotar previamente la vía administrativa.

La tutela cautelar se considera elemento esencial para lograr la efectividad del derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 19 de la Ley Fundamental⁴⁴. Puede ejercerse en las acciones anulatorias mediante la suspensión del acto administrativo recurrido, que se aplica con carácter automático salvo en materia tributaria y otros casos establecidos por ley (energía, seguridad laboral, disciplina militar); sistema que recibe críticas particularmente en relación con los supuestos de relaciones multilaterales al beneficiar a uno de los particulares afectados. En las acciones de condena y de tipo prestacional, la medida cautelar típica, siempre que no pueda aplicarse la suspensión, es la orden provisional de contenido positivo, cuya función esencial es asegurar el éxito de la pretensión y que, sobre la base común de una situación de peligro del derecho invocado, admite dos modalidades: *a)* asegurar una pretensión individual ante el riesgo de que el derecho pueda malograrse o resultar esencialmente perjudicado; o *b)* regular una relación jurídica para evitar que pueda experimentar una desventaja jurídica.

V. EL CONTROL JURÍDICO DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

1. El contencioso de la Unión

El sistema judicial de la Unión Europea es el resultado de un proceso pragmático. Como destacó en nuestra doctrina M. Díez de Velasco (1986: 648), dicho sistema comprende las funciones propias de una jurisdicción internacional y las co-

⁴⁴ Véase ampliamente el trabajo de J. BARNÉS (1990) sobre la tutela cautelar y la celeridad en la justicia administrativa alemana.

respondientes a una jurisdicción interna. Conforme a las previsiones del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las tres grandes vías de ejercicio de esas funciones son: *a)* el recurso por incumplimiento contra un Estado miembro interpuesto bien por la Comisión (art. 258) bien por otro Estado miembro (art. 259), a fin de garantizar la observancia de las obligaciones estatales que incumben en virtud de los tratados constitutivos; *b)* el recurso de anulación, accesible a los Estados miembros y a las instituciones de la Unión, pero también a cualquier persona interesada, para asegurar la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión (art. 263); y *c)* la cuestión prejudicial a iniciativa de los órganos jurisdiccionales nacionales, que asegura la primacía de todos los contenidos del Derecho de la Unión Europea, originario y derivado (art. 267)⁴⁵.

Aquí nos interesa referirnos específicamente a la segunda de esas vías, es decir, al sistema de reacción jurídica diseñado para asegurar la observancia del Derecho de la Unión Europea por las instituciones comunes, sistema al que denominamos contencioso de la Unión. En el Tratado de Funcionamiento, son medios de ejercicio de dicho contencioso, junto al citado recurso de anulación (art. 263), los restantes recursos directos: el recurso de plena jurisdicción contra sanciones siempre que esté previsto en el correspondiente reglamento (art. 261), el recurso por inactividad (art. 265), la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual (art. 268), el contencioso de la función pública (art. 270) y el contencioso derivado de cláusulas compromisorias (art. 272)⁴⁶.

Inicialmente, el ejercicio de todas las funciones jurisdiccionales se concentró en el *Tribunal de Justicia*. Sin embargo, el incremento del número de asuntos, así como la diferente índole de los mismos, ha llevado a la creación de nuevos órganos jurisdiccionales que permiten identificar una planta propia del contencioso de la Unión. Así, la previsión del Tribunal de Primera Instancia en el Acta Única (1986) se orientaba ya a concentrar en este órgano el ejercicio general de la jurisdicción administrativa junto a otras funciones. Tras las reformas llevadas a cabo en el Tratado de Niza

⁴⁵ Si quisiéramos precisar el alcance de cada una de las vías enunciadas, habría abundantes matices y complementos que incorporar al anterior esquema. Pero a efectos de nuestro discurso, basta con destacar que la arquitectura básica del sistema jurisdiccional de la Unión está integrada por esas tres columnas: una, sosteniendo directamente los tratados frente a los Estados (recurso por incumplimiento), otra, garantizando la legalidad general en la actuación de las instituciones comunes (recurso de anulación), y la tercera asegurando la primacía del Derecho de la Unión (cuestión prejudicial).

⁴⁶ Sobre el sistema jurisdiccional de la Unión Europea, véanse: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1986), EVERLING, U. (1993), ORTEGA, M. (1999), GARCÍA LUENGO, J. (2004), GALERA RODRIGO, S. (2005) y LÓPEZ RAMÓN, F. (2007).

(2001), el mismo tribunal se consolidó como juez general del contencioso comunitario, con la denominación de *Tribunal General* tras el Tratado de Lisboa (2007)⁴⁷.

No obstante, el contencioso de la Unión no se constituye como una organización totalmente separada, puesto que las resoluciones del Tribunal General son susceptibles de recurso de casación ordinario o extraordinario ante el Tribunal de Justicia (Tratado de Funcionamiento: art. 256). Precisamente a través de una de las modalidades del recurso de casación extraordinario, el Tribunal de Justicia resulta competente para examinar las resoluciones del Tribunal General relativas a recursos contra resoluciones de los tribunales especializados, “en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión” (art. 256.2). De manera que la planta orgánica del contencioso-administrativo conecta plenamente con el sistema jurisdiccional de la Unión en su conjunto⁴⁸.

En el Tribunal General tiende a concentrarse el ejercicio genérico del contencioso-administrativo de la Unión. Tal tendencia pudiera verse acentuada en el futuro dada la amplia remisión al Estatuto del Tribunal de Justicia para “establecer

⁴⁷ La importancia de las reformas del Tratado de Niza en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea puede comprobarse en diversos autores: RASMUSSEN, H. (2000), WEILER, J.H.H. (2002), ALONSO GARCÍA, R. & SARMIENTO, D. (2003), VESTERDORF, B. (2003) y ARNULL, A. (2005). Como enseguida explicaremos, en Niza, junto al Tribunal General, se puso en marcha un cierto proceso de especialización contencioso-administrativa, permitiéndose la creación de salas jurisdiccionales (tribunales especializados en Lisboa), aunque por ahora sólo se ha constituido como tal el Tribunal de la Función Pública (que ya ha sido también suprimido, como enseguida veremos). Paralelamente, en determinados sectores de actuación, se han creado las llamadas salas de recurso, que son órganos independientes encargados de resolver ciertos recursos en vía administrativa, los cuales, al margen de que en el futuro pudieran llegar a ser configurados como órganos judiciales especializados, forman parte, sin duda, del conjunto de garantías jurídicas establecidas para imponer la observancia del Derecho de la Unión por parte de las instituciones comunes.

⁴⁸ El carácter de juez administrativo no impide el ejercicio por el Tribunal General de otras funciones más cercanas a las propias de una jurisdicción constitucional. En relación con ello, quizá sería conveniente matizar el alcance de la comparación que suele establecerse entre el contencioso de la Unión y el contencioso de origen francés (DÍEZ DE VELASCO, M. 1986: 652; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1986: 660). Es evidente que en el Tratado de Funcionamiento, al establecerse el remedio clave del recurso de anulación “por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder” (art. 263, apartado 2º), se ha tenido presente la experiencia del *Conseil d'État*. Sin embargo, ese paralelismo en los aspectos funcionales es limitado, puesto que el recurso de anulación puede ser empleado contra las normas comunitarias de origen parlamentario, llegándose, así, a una suerte de control difuso de su “constitucionalidad” o simplemente a un control de “constitucionalidad” compartido con el Tribunal de Justicia. Por añadidura, la planta jurisdiccional de la Unión resulta más cercana al modelo de revisión judicial de corte anglosajón. Los mismos jueces deciden todos los asuntos atribuidos a la competencia del Tribunal General. No se advierte, dentro de la organización de dicho Tribunal, ninguna tendencia a especializar a algunas de sus salas en las materias del contencioso-administrativo de la Unión. Ni tan siquiera en la atribución del conocimiento de determinados asuntos a las diferentes formaciones del Tribunal General (pleno, gran sala, sala de cinco jueces, juez ponente) parecen tenerse en cuenta criterios relativos al carácter “administrativo” o “constitucional” de los litigios.

que el Tribunal General sea competente en otras categorías de recursos” (Tratado de Funcionamiento: art. 256.1). La remisión quizá podría servir incluso para configurar una cláusula general de control contencioso, por el Tribunal General, de todas las modalidades de actividad, inactividad o vía de hecho de las instituciones comunes, conforme a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos y los intereses legítimos.

2. Los tribunales especializados

Las tradiciones jurídicas de los Estados miembros de la Unión Europea permiten considerar como una conquista histórica aplicable a la organización común la afirmación del principio de unidad jurisdiccional, que impone la generalización de jueces y tribunales ordinarios y la paralela supresión de los jueces y tribunales excepcionales y especiales⁴⁹. En tal sentido, las posibilidades de especialización del contencioso de la Unión parecen haber respetado ese principio de unidad jurisdiccional al vincularse nítidamente a la organización judicial general. Así, la previsión de que pudieran crearse salas jurisdiccionales (*judicial panels, chambres juridictionnelles*) fue incluida por el Tratado de Niza (2001) en la sección del Tratado CE dedicada al Tribunal de Justicia, ubicación conservada en el Tratado de Funcionamiento UE aunque con la nueva denominación de tribunales especializados (art. 257). Los tribunales especializados se conciben como órganos judiciales competentes en determinadas materias, cuya creación corresponde al Parlamento Europeo y al Consejo conforme al procedimiento legislativo ordinario, previa intervención siempre de la Comisión y el Tribunal de Justicia.

Hay, en todo caso, en esta materia, una amplia remisión a la discrecionalidad del Consejo con el Parlamento. De forma que corresponde a las instituciones generales de la Unión decidir libremente la composición y el alcance de las competencias de cada tribunal especializado. No obstante, tal libertad de configuración aparece limitada por la necesidad de respetar algunas reglas específicas establecidas en los diferentes apartados del art. 257 del Tratado de Funcionamiento: *a)* se prevé una completa especialización de estos tribunales, ya que las competencias que se les atribuyan han de referirse al conocimiento “en primera instancia de determinadas categorías

⁴⁹ Para un tratamiento general sobre el principio de unidad jurisdiccional, cabe remitir a ANDRÉS IBÁÑEZ, P. & MOVILLA ÁLVAREZ, C. (1986: 178-184). El principio no se opone a la constitución de órganos judiciales especializados por razón de la materia, siempre que respondan a la necesidad de proporcionar una mejor administración de justicia y estén claramente integrados en la organización judicial general. En relación con el control judicial de los distintos ámbitos de actuación de la Unión Europea, ello significa que las decisiones en materia de especialización jurisdiccional han de vincularse a los poderes generales de la misma Unión. En otro caso, se correría el peligro de que cada sector promoviera la constitución de su propio órgano judicial e incluso de que llegara a intervenir en la selección de los correspondientes jueces o en el establecimiento de las reglas procesales.

de recursos interpuestos en materias específicas”; b) las resoluciones de los tribunales especializados deben de ser susceptibles de recurso ante el Tribunal General, aunque se permite al Parlamento Europeo y al Consejo conjuntamente decidir entre la vía del “recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho” y el “recurso de apelación referente también a las cuestiones de hecho”; c) si bien la composición de cada tribunal especializado corresponde a la decisión del Parlamento Europeo y el Consejo, los miembros de dichos tribunales han de ser elegidos “entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales”, imponiéndose así el monopolio de las profesiones jurídicas para formar parte de un tribunal especializado; y d) se ordena respetar la potestad de los tribunales especializados de establecer, junto con el Tribunal de Justicia, el régimen del procedimiento a observar en los asuntos de los que deban conocer, potestad característica del sistema judicial de la Unión, sin perjuicio de que la aprobación última del correspondiente reglamento esté atribuida al Consejo.

La consideración de las anteriores reglas permite afirmar que el Tratado de Funcionamiento configura a los tribunales especializados como órganos judiciales de pleno derecho. La remisión de la exacta factura de los mismos al Derecho derivado no implica, como hemos visto, una ausencia de garantías en el Tratado. Concretamente, la especialización no entraña pérdida de la naturaleza jurisdiccional, pregonada en su misma denominación y asegurada esencialmente mediante el otorgamiento de funciones jurisdiccionales exclusivas en el ámbito de sus competencias y asimismo por la esencial previsión de jueces independientes a su servicio. Las funciones del contencioso interno de la Unión se reparten así entre el Tribunal General y los tribunales especializados que puedan llegar a constituirse.

A finales de 2004 se creó el primero (y por ahora único, además de efímero) de esos tribunales especializados (entonces, salas jurisdiccionales), el *Tribunal de la Función Pública* de la Unión Europea, competente para resolver en primera instancia los litigios entre las instituciones comunes y sus agentes. En realidad, conocía de los asuntos en única instancia, dado que contra sus resoluciones se optó por permitir únicamente recurso de casación ante el Tribunal General. Como novedad, este órgano judicial no presentaba el peligro de asumir un carácter asambleario que pudiera derivar de la exigencia de un juez por cada Estado miembro, pues se componía de siete jueces designados por un período de seis años, a cuyo término eran reelegibles. El nombramiento de los mismos trataba de garantizar su idoneidad profesional a través del dictamen de un comité de personalidades del Derecho sobre los candidatos libremente presentados. El funcionamiento del nuevo tribunal se apoyó en los servicios del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, pero podía disponer de funcionarios y agentes adscritos. Asimismo, el procedimiento a seguir se remitía en términos generales al establecido en el Estatuto del Tribunal de Justicia, ordenándose

normalmente en una fase escrita (demanda y contestación) y una fase oral (o escrita, por acuerdo de las partes). En todo caso, el Tribunal de la Función Pública ha sido disuelto en 2016, atribuyéndose sus competencias al Tribunal General, cuyo número de jueces fue simultáneamente ampliado (Reglamento UE 2015/2422).

3. Las salas de recurso

Un fenómeno que guarda, sin duda, relación con el establecimiento de órganos judiciales especializados es el de las denominadas *salas de recurso* (*boards of appeal*, *chambres de recours*), que se han establecido en diversos reglamentos de la Unión⁵⁰. Concretamente, antes de que los tribunales especializados fueran previstos, se constituyeron salas de recurso en las agencias competentes en materia de marcas comunitarias (1993) y obtenciones vegetales (1994). Después del Tratado de Niza (2001), se ha generalizado la previsión de nuevas salas de recurso, por ejemplo, en las agencias competentes en materia de seguridad aérea (2002), sustancias y preparados químicos (2006), reguladores de la energía (2009) o supervisión financiera (2010). Las mismas competencias materiales implicadas en cada uno de esos supuestos parecen proporcionar suficiente base jurídica para la creación de las salas de recurso, cuyo objeto es ofrecer garantías de imparcialidad en la resolución de los recursos administrativos planteados por los particulares frente a los actos de aplicación del Derecho de la Unión encomendados a determinados organismos. Objeto plausible, que, sin embargo, no debiera llevar a confundirlas con los tribunales especializados. Las salas de recurso proporcionan garantías de objetividad en la vía administrativa, pero no forman parte de la planta jurisdiccional de la Unión. Por ello, cabe oponerse a sus resoluciones en vía judicial⁵¹.

⁵⁰ Véanse la detallada exposición de ARANA GARCÍA, E. (2016).

⁵¹ Las salas de recurso de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) parecen constituir el modelo en buena medida seguido en otros sectores, aunque ARANA, E. (2016: 119) propugna el establecimiento, para todas las salas de recurso, de reglas comunes que el mismo autor ha tratado de identificar (*ibidem*: 104-117). En cualquier caso, las salas de recurso de la OAMI proporcionan una protección jurídica adaptada a la particularidad del Derecho de marcas. Cada sala se compone de tres miembros, dos de los cuales al menos deben ser juristas, correspondiendo los nombramientos al Consejo sobre la base de ternas elaboradas por la Oficina. Su mandato es por cinco años, período durante el que no podrán ser relevados de sus funciones, salvo por motivos graves y por acuerdo tomado a tal fin por el Tribunal de Justicia. Tienen garantizada la independencia, sin estar sujetos en sus decisiones por instrucción alguna. El objeto de los recursos se limita a los actos de los órganos de la OAMI relativos a la marca comunitaria. El recurso tiene efecto suspensivo, estando legitimada para interponerlo cualquiera de las partes en el procedimiento cuyas pretensiones no hayan sido estimadas, dentro del plazo general de dos meses desde la notificación de la resolución recurrida, disponiéndose de dos meses más para exponer los motivos del recurso. El órgano que dictó el acto recurrido dispone del plazo de un mes para estimar el recurso, si lo tuviere “por admisible y fundado”, potestad esta que se denomina de “revisión prejudicial”, puesto que las salas de recurso no tienen naturaleza judicial, como hemos visto. En todo caso, de no estimarse el recurso por el órgano administrativo activo, tras seguir un flexible procedimiento contradictorio entre las partes enfrentadas, a las que se invita

En cuanto al futuro de las salas de recurso existentes y su eventual configuración como tribunales especializados, poco parece poder aventurarse. No es una cuestión que afecte necesariamente a la buena factura orgánica del contencioso de la Unión. El Tratado de Niza (2001) puso las bases necesarias para que las instituciones de la Unión Europea puedan adaptar la planta del contencioso a las necesidades de especialización judicial advertidas, pero reflexiones sobre la calidad y eficacia de la actuación de tales órganos administrativos (las salas de recurso) habrán de ser las que determinen las eventuales decisiones de transformarlas en órganos judiciales (tribunales especializados).

4. Eficacia del sistema

El sistema que acabamos de describir se caracteriza por la notable incorporación de criterios de eficacia. Dentro del cumplimiento de unas garantías ineludibles, el pragmatismo ha dominado la construcción del control jurídico de las instituciones de la Unión Europea. Un mismo orden de tribunales entiende de todos los litigios que pueden plantearse, no sólo para asegurar el respeto del Derecho de la Unión por las instituciones comunes, sino también para garantizar su cumplimiento por los Estados miembros y los particulares. Ahora bien, dentro de ese sistema general, se ha optado por especializar al Tribunal General en el contencioso de la Unión y permitir mayores niveles de especialización, cuando sean necesarios, mediante la constitución de tribunales especializados como el desaparecido Tribunal de la Función Pública. El sistema se completa con la creación, en determinados sectores, de las salas de recurso, órganos de carácter independiente que garantizan la calidad jurídica en la resolución de los recursos administrativos y que pudieran llegar a ser configurados como tribunales especializados.

No se trata de un sistema diseñado como modelo para los Estados. Sin embargo, presenta unos rasgos que lo hacen atractivo en la óptica de las experiencias nacionales. La especialización judicial y la objetividad del procedimiento administrativo de recurso son, así, características que fácilmente pueden ser aplicadas por los Estados europeos con la finalidad de descargar las vías ordinarias de control jurídico del ejecutivo.

cuantas veces sea necesario a presentar observaciones, la sala fallará sobre el recurso, pudiendo bien ejercer las competencias de la instancia que dictó la resolución impugnada, bien devolver el asunto a dicha instancia para que le dé cumplimiento. Contra las resoluciones de las salas de recurso, al proceder de órganos administrativos de un organismo de la Unión, puede emplearse el ordinario recurso de anulación previsto con carácter general en el Tratado de Funcionamiento UE (art. 263). La competencia para conocer del recurso corresponde al Tribunal General, en su condición ya resaltada de juez general del contencioso de la Unión, abriéndose posteriormente la posibilidad de interponer recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.

VI. RACIONALIZACIÓN, FLEXIBILIDAD, ESPECIALIZACIÓN Y COLABORACIÓN EN EL MODELO EUROPEO DE CONTROL JURÍDICO DEL PODER EJECUTIVO

Llegados al final de este denso recorrido por las jurisdicciones administrativas europeas, trataremos de conectar con los planteamientos iniciales: ¿cabe hablar de un modelo europeo de control jurídico del ejecutivo? ¿qué características podrían identificarlo?

La existencia de unas garantías jurídicas básicas equiparables del justiciable europeo enfrentado al poder público es ya un lugar común en la literatura jurídica especialmente como consecuencia de la importantísima labor desempeñada por el TEDH. No merece la pena pues insistir en esos aspectos: en la actualidad todos los modelos europeos aparecen condicionados e incluso conformados por el conjunto de garantías que tesoneramente ha ido identificando el tribunal de Estrasburgo. La legitimación, el sometimiento general de los poderes administrativos, el control de la discrecionalidad, la imparcialidad de los juzgadores, los medios de prueba, la ejecución de sentencias y tantas otras cuestiones se benefician de esa benemérita jurisprudencia, sin perjuicio de los problemas que todavía subsisten en cuanto a la plenitud de efectos de las sentencias del TEDH frente a las jurisdicciones nacionales.

Ahora bien, la esencialidad de tales garantías no basta para construir un modelo de control jurídico del ejecutivo, que debe asumir también la solución de problemas estructurales para ofrecer una verdadera justicia: argumentada, previsible, rápida, eficaz y prestigiosa. Una justicia que habitualmente ofrezca, en tiempos breves, respuestas fundadas de contenido similar ante idénticas cuestiones, con capacidad para imponer sus declaraciones, que habrían de ser generalmente aceptadas y estimadas por el conjunto de sus destinatarios, especialmente por los integrantes de las profesiones jurídicas.

Cuando hablamos de un modelo que pudiera asumir los anteriores retos, no estamos pensando en un modelo cerrado o completo como el que podría ofrecer cualquiera de las experiencias aquí consideradas. No se trata de identificar el modelo preferible a fin de que pueda ser adoptado o seguido en otros Estados. Mucho menos podemos pensar en la elaboración de un modelo teórico que hubiera de imponerse en Europa. En realidad el modelo europeo ha de referirse a algunos rasgos característicos que cabe diseñar como comunes, siempre actuando con pragmatismo para resolver los problemas identificados en el funcionamiento de los variados sistemas

nacionales. En tal sentido, el conocimiento y la valoración crítica del propio sistema nacional podría constituir nuestro punto de partida común⁵².

Nos situamos pues en un contexto de profundización en los elementos positivos de cada trayectoria estatal y asimismo dentro de la permanente vinculación -anteriormente recordada- a las garantías comprendidas en el derecho humano al proceso equitativo. Desde los firmes cimientos, por tanto, que proporcionan las experiencias nacionales revisadas y actualizadas por la jurisprudencia transnacional, cabe identificar como rasgos estructurales comunes de un modelo europeo de control jurídico del ejecutivo las ideas de racionalización, flexibilidad, especialización y colaboración que pasamos a caracterizar.

La racionalización significa que no ha de confiarse en la formación espontánea de los sistemas nacionales. Los avances jurisprudenciales han de traducirse en reformas normativas que eviten las dudas aplicativas. La caracterización de un órgano como administrativo o judicial, si ciertamente ha de responder a criterios jurídicos fundados, es preferible que sea resuelta en la ley. En todo caso, las reformas de los sistemas de justicia administrativa conviene que sean previamente diseñadas en informes detallados elaborados con amplia audiencia de los diversos profesionales jurídicos. Debate abierto conducido por juristas dotados de autoridad en el sentido romano.

La flexibilidad como característica de un modelo impone su adaptabilidad a situaciones variables. No hay un conjunto fijo e inamovible de problemas a resolver; antes bien, los desafíos están en permanente proceso de transformación. Ha de asumirse que los administrados son muy libres, en función de sus derechos e intereses, de canalizar las demandas de justicia en relación con el poder público: migraciones, medio ambiente, tráfico automóvil, educación o cualquier otro sector de actividad administrativa pueden determinar picos de intervención judicial. El sistema tiene que diseñarse pues con alto grado de adaptabilidad a los requerimientos de la sociedad: legitimación, vías administrativas, soluciones tipo...

La especialización jurisdiccional es una necesidad ampliamente sentida como bien se ha puesto de relieve al examinar los grandes modelos europeos: el mismo caso británico, tan ligado a la idea original de la comunidad e igualdad de jueces, ha tenido que establecer unos órganos judiciales especializados en impartir la justicia

⁵² Particularmente tengo la impresión de que las doctrinas británica, francesa y alemana, cada una por separado y en términos generales, consideran coherentes y adecuados sus propios sistemas nacionales de justicia administrativa. No estoy seguro, sin embargo, de que una apreciación similar se pudiera constatar en otras experiencias. Con referencia concreta a España, diría que entre nosotros no se estila o se estila poco el diálogo entre la justicia y la doctrina: me parece que generalmente ambas se ignoran, cuando no se menosprecian recíprocamente.

administrativa. Ahora bien, lo anterior no es sino una solución racional en la tramitación de los asuntos, por sí sola equivalente a la distribución por materias que puede hacerse entre las secciones de un mismo tribunal. La verdadera especialización es la que aporta el conocimiento profundo del Derecho público, es decir, la que se hace valer en el acceso a la judicatura y en las sucesivas promociones de jueces y magistrados.

Finalmente, en el modelo europeo de control jurídico del ejecutivo, se impone la colaboración de los remedios judiciales con los administrativos. Particularmente importante resultaría en tal sentido dar un nuevo impulso a las tradicionales vías de recurso administrativo, que en experiencias como la española tienen ya escasa utilidad, tanto para la Administración como para el administrado, dado que han perdido el carácter de privilegio que las hacía atractivas para la primera y no han alcanzado el contenido de garantía que impulsaría su empleo por el segundo. En la opción entre el mantenimiento de una institución ineficaz o la búsqueda de mecanismos que pudieran revitalizarla, parece necesario decantarse por la última alternativa, entre cuyas ventajas cabe identificar la posibilidad de garantizar un control fiable, rápido y barato de la actividad administrativa⁵³.

⁵³ Véanse en esta línea el conjunto de estudios recogidos en LÓPEZ RAMÓN, F. (2016), que constituyen las actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, convocado justamente con el título “Las vías administrativas de recurso a debate”.

BIBLIOGRAFÍA

ABERASTURI, P., coord. (2009), *Ley de la Justicia Administrativa alemana: análisis comparado y traducción*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 224 pp.

ALONSO GARCÍA, R. & SARMIENTO, D. (2003): “Los efectos colaterales de la Convención sobre el futuro de Europa en la arquitectura judicial de la Unión: ¿hacia una jurisdicción auténticamente constitucional europea?”, en *Revista de Estudios Políticos* núm. 119, pp. 111-138.

IBÁÑEZ, A., PERFECTO & MOVILLA ÁLVAREZ, C. (1986): *El poder judicial*, Madrid, Tecnos, 416 pp.

ARANA GARCÍA, E., (2016): “Los recursos administrativos en la Unión Europea: hacia un modelo común de justicia administrativa”, en F. LÓPEZ R. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, INAP, pp. 67-121.

ARNULL, A. (2005): “From bit part to starring role? The Court of Justice and Europe’s Constitutional Treaty”, en *Yearbook of European Law* núm. 24, pp. 1-25.

JEAN MARIE, A., & FROMONT, M. (1971): *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne. Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas*, Paris, Dalloz, 473 pp.

BARCELONA LLOP, J., (2016): “Las vías administrativas de recurso: panorama desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en F. LÓPEZ, R., (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, INAP, pp. 27-66.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., (1993): “La tutela judicial efectiva en la *Grundgesetz*”, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coordinador), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid, Civitas, pp. 135-206.

BARNETT, HILAIRE (2015): *Constitutional & Administrative Law*, 11ª ed., London, Cavendish, 843 pp.

CHAPUS, RENÉ (2008), *Droit du contentieux administratif*, 13ª ed., Paris, Montchrestien, 1560 pp.

CHEVALLIER, J., (1970), *L’élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l’administration active*, prefacio de R. DRAGO, P., LGDJ, 317 pp.

CRAIG, Paul (2012), “La externalización de funciones públicas, la Ley británica de Derechos Humanos y el alcance del control judicial” (trad. esp. de O. BOUZZA), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, pp. 49-70.

DARCY, GILLES & PAILLET, M., (2000): *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 318 pp.

DICEY, Albert V. (1915): *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 8ª ed., London, Macmillan, 435 pp.

DÍEZ DE VELASCO, M., (1986): “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: sus fundamentos jurídicos y estructura”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J., & MUÑOZ MACHADO, S., (directores), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, Madrid, Civitas, tomo I, pp. 629-653.

EVERLING, ULRICH (1993): “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como tribunal administrativo”, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coordinador), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 629-662.

FROMONT, M., (2008): “La justice administrative en Europe: différences et convergentes”, en *Revue française de droit administratif*, núm. 2, pp. 267-272.

GALERA RODRIGO, S., (2005): *Sistema europeo de justicia administrativa*, Madrid, Dykinson, 274 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (1986): “Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. & MUÑOZ MACHADO, S., (directores), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, Madrid, Civitas, tomo I, pp. 655-729.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (1994): *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 152 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (1998): “El fin del caso Factortame. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 145, pp. 117-144.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2009), “La formación y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Su adquisición definitiva de un *status* de jurisdicción plena y efectiva”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 179, pp. 167-183.

GARCÍA LUENGO, J., (2004): *El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad. Un estudio sobre el contencioso comunitario*, Madrid, Thomson-Civitas, 341 pp.

GARCÍA URETA, A., (2016): “Los tribunales administrativos en el Reino Unido”, en F. LÓPEZ R., (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, INAP, pp. 149-181.

GNEIST, RUDOLF VON (1875): *Der Reichstaat*, reimpresión, Kessinger. 2010, 206 pp.

GONZÁLEZ-VARAS, S., (1993): *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 485 pp.

HIMSWORTH, C.M.G. (1993): “*Judicial review* de los actos administrativos en el Reino Unido” y “La tutela cautelar en los procedimientos de *judicial review* en el Reino Unido”, ambos en BARNÉS VÁZQUEZ, J., (coordinador), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid, Civitas, pp. 515-549.

HUERGO LORA, A., (2000): *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 388 pp.

LAFERRIÈRE, J., (2007): “La jurisdicción administrativa en Francia”, en S. ROSADO PACHECO (COORD.), *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Madrid, Dykinson, pp. 163-219.

LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P. & GENEVOIS, B. (2013): *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19ª ed., Paris, Dalloz, 1054 pp.

LÓPEZ RAMÓN, F., (2007): “Las vías de consolidación de la planta orgánica del contencioso comunitario”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, pp. 551-574.

LÓPEZ RAMÓN, F., coord. (2016): *Las vías administrativas de recurso a debate*, Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Zaragoza, 5-6 febrero 2016), Madrid, INAP, 838 pp.

MAYER, O., (1903): *Le droit administratif allemand*, edición francesa del autor, París, Giard et Brière, t. I.

MODERNE, F., (1993): “La justicia administrativa en Francia (II): proceso, técnicas de control, ejecución de sentencias”, en J. BARNÉS VÁZQUEZ (coordinador), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid, Civitas, pp. 303-350.

NIETO, A., (1960): “Nueva ordenación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la República Federal de Alemania”, en *Revista de Administración Pública* núm. 31, pp. 353-360.

OBSERVATOIRE DES MUTATIONS INSTITUTIONNELLES ET JURIDIQUES DE L'UNIVERSITÉ DE LIMOGES (2007): *La justice administrative en Europe*, Paris, PUF, 76 pp. (trad. inglesa en el mismo volumen, 76 pp.).

ORTEGA, M., (1999): *El acceso de los particulares a la justicia comunitaria*, Barcelona, Ariel, 251 pp.

PACTEAU, B., PAULIAT, H., (2008): “Les convergentes européennes dans le déroulement du procès administratif”, en *Revue française de droit administratif*, núm. 2, pp. 225-233.

PANGALLOZZI, M. C., (2016): “Le trasformazioni del diritto amministrativo inglese: i ‘nuovi’ administrative tribunals”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 2, pp. 453-487.

RAMBAUD, P., (1993): “La justicia administrativa en Francia (I): introducción, organización, medidas cautelares”, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coordinador), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid, Civitas, pp. 277-301.

RASMUSSEN, H. (2000): “Remedying the crumbling EC judicial system”, en *Common Market Law Review*, vol. 37-5, pp. 1071-1112.

RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., (2005), *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Thomson-Civitas, 210 pp.

SANTAMARÍA DACAL, A. I. (2001), “Defensa e ilustración de una Administración que se juzga a sí misma”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 154, pp. 541-565.

SANTAMARÍA DACAL, A. I., (2002), “El Tribunal de Estrasburgo, el *commissaire du gouvernement* y la tiranía de las apariencias (Comentario a la sentencia *Kress contre France*)”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 157, pp. 305-319.

SAZ, SILVIA DEL (1992), “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en CHINCHILLA, C., LOZANO, B. y DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, pp. 172-195.

SCHMIDT-ASSMANN, E., (2003): *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, trad. esp., Madrid, Pons, 475 pp.

SIERRA, S. DE LA (2002), “En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 116, pp. 557-576.

SOMMERMANN, K.-P. (1993): “La justicia administrativa en Alemania”, en BARNÉS VÁZQUEZ, J., (coordinador), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid, Civitas, pp. 33-120.

TOCQUEVILLE, Al. de (1858): *L'Ancien Régime et la Révolution*, 4ª ed., Paris, M. Lévy (trad. esp. de D. Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza, 1982, 2 vols.).

TORNOS MAS, J., (2016): “Los órganos administrativos independientes de resolución de recursos administrativos. La *proportionate dispute resolution*”, en LÓPEZ RAMÓN, F., (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, INAP, pp. 801-812.

UHLE, ARND & LEHR, MARC (2007): “La protección jurídico-administrativa en la República Federal de Alemania”, en ROSADO PACHECO, S. (coord.), *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Madrid, Dykinson, pp. 89-131.

VESTERDORF, BO (2003): “The Community court system ten years from now and beyond: challenges and possibilities”, en *European Law Review* núm. 28, pp. 303-316.

WADE, WILLIAM & FORSYTH, CHRISTOPHER (2014): *Administrative Law*, 11ª ed., Oxford University Press, 960 pp.

WEILER, JOSEPH H. H. (2002): “La arquitectura judicial después de Niza”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, pp. 469-482.

Algunas reflexiones sobre la novedad del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE EL REFORZAMIENTO DEL RECURSOS DE CASACIÓN Y LA INTENSIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS. 1. Consideraciones Generales. 2. Balance posible de la reforma. III. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente estudio aborda el nuevo sistema de casación en el orden contencioso-administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio criticando sus deficiencias técnicas. La introducción de la casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha ido acompañada del abandono de la universalidad de la apelación, es decir, de la construcción del control prescrito por el artículo 106.1 CE sobre el principio de la doble instancia más que nomofilático, el recurso de casación actual se ofrece, pues, como nomotético. La casación se aparta, así, de lo nomofilático para convertirse en mecanismo depurador del control judicial cumplido en asuntos en los que esté afectado gran número de situaciones, tengan trascendencia social o esté en juego la integridad de los intereses generales. Hubiera sido preferible la remodelación del sistema sobre la base de la doble instancia (la universalidad de la apelación o apelación universal, pero restringida). Y la articulación de la casación bien –en línea de continuación con el proceso de “normalización” de lo contencioso-administrativo- sobre la lógica mucho más simple y clara de la casación civil.

PALABRAS CLAVE: Casación en el orden contencioso-administrativo. Análisis crítico, doble instancia apelación universal, casación civil.

ABSTRACT: The present study addresses the new system of cassation in the contentious-administrative order operated by the Organic Law 7/2015 of July 21 criticizing its technical deficiencies. The introduction of the cassation in the jurisdictional contentious-administrative order has been accompanied by the abandonment of the universality of the appeal, that is, the construction of the control prescribed

by Article 106.1 Spanish Constitution on the principle of the double instance. More than nomofilactic, the current appeal is therefore offered as nomothetic. From the nomophylactic to become a debugging mechanism of judicial control fulfilled in matters in which a large number of situations are affected, have social transcendence or the integrity of the general interests is at stake. It would have been preferable to remodel the system on the basis of the double instance (the universality of the appeal or universal appeal, but restricted). And the articulation of the cassation -in continuation line with the process of “normalization” of the contentious-administrative- on the much simpler and clearer logic of the civil Cassation

KEY WORDS: Cassation judicial review of administrative Action. Critical analysis, double instance universal appeal, Civil Cassation.

I. INTRODUCCIÓN

La amplitud de la *vacatio legis* de la nueva regulación, en 2015, del recurso de casación dice por sí sola de la trascendencia de ésta¹, que ha sido objeto ya, en sus diversos aspectos, de análisis doctrinales². Esa misma trascendencia impone, sin abundar por ello ahora en tales análisis, reflexionar sobre el significado y alcance

¹ De “giro copernicano” y “vuelco a la anterior situación” habla RUIZ LÓPEZ, A. M. “El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo: primeras resoluciones, balance y perspectivas”, *RAP* núm. 204, septiembre-diciembre (2017), pp. 169 y 170.

² Entre los más recientes, los tempranos de SANTAMARÍA PASTOR, J. A. “Una primera aproximación al nuevo sistema casacional”, *RAP* núm. 198, septiembre-diciembre 2015; LOZANO CUTANDA, B. “La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley orgánica 7/2015: análisis de sus novedades”, *Actualidad administrativa*, núm. 11, 2015; PÉREZ ALONSO, J. “El nuevo sistema de casación en el orden contencioso-administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio: con la vista puesta en el certiorari estadounidense”, *Diario La Ley* núm. 8622, 2015; CÓRDOBA CASTROVERDE, D. “El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, *Revista de Jurisprudencia*, Lefebvre-El Derecho, 1 de octubre de 2015; así como los de FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F. “Lo nuevo y lo viejo del recurso de casación contencioso-administrativo: admisibilidad y motivos de impugnación”, *RAP* núm. 202, enero-abril 2017, pp. 337-379; RUIZ LÓPEZ, M. A. (2017: 165-202); y QUINTANA CARRETERO, J. P. *El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo: su asimétrica e insatisfactoria configuración*, Lefebvre- El Derecho, El Derecho.com, 2017/510088.

A los anteriores deben añadirse, RUIZ LÓPEZ, M. A. *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016; CAZORLA PRIETO, L. M^a. y CANCIO FERNÁNDEZ, R. C. (coords.), *Estudios sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Ed. Aranzadi, 2017; HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. “La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos)”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 24; NAVARRO VEGA, M^a. B. (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el recurso de casación y la ejecución de las sentencias de derribo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017; VELASCO CABALLERO, F. “Poderes del Tribunal Supremo en la casación contencioso-administrativa”, *REDA* núm. 182, pp. 135-180, y DELGADO PIQUERAS, F. “Luces y sombras de la reforma del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa” (pp. 745-766) y QUINTANA LÓPEZ, T. “Algunos aspectos de la nueva regulación sobre el recurso de casación frente a sentencias en el orden contencioso-administrativo. El trámite de admisión” (pp. 767-794), en PAREJO ALFONSO, L. y

de la reforma, poniendo el acento en su dimensión sustantiva antes que en la procedimental. Aunque quizás sea aún muy pronto para efectuar una fundada valoración de conjunto de la misma, no puede dejar de resaltarse que su acelerada tramitación parlamentaria ni parece compatible con los “principios de buena regulación” ahora tan en boga y positivizados en el artículo 129 LPAC, ni proporciona precisamente una sólida base para la aseveración de la calidad de la reforma legal. Por lo demás, algunos detalles de su texto aportan botones de muestra de la falta de una mayor depuración técnica del texto aprobado; en particular: i) la alusión genérica a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en el inciso inicial del artículo 86.1 LJCA que, a tenor de la literalidad del artículo 6, a) y b), no es capaz de comprender la totalidad de los órganos judiciales unipersonales, y ii) el mantenimiento en el artículo 87.2 LJCA del recurso de súplica, que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, había sustituido ya por el de reposición; cuestiones ambas ciertamente de tono menor, junto a las que no faltan otras de mucho mayor porte, como el olvido del retoque de los artículos 74.5 y 6 de la Ley orgánica del poder judicial y 10.5 y 6 LJCA, que siguen aludiendo a los suprimidos recurso de casación para unificación de doctrina y en interés de la Ley entre los asuntos de la competencia de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, y la introducción, sin mínima y adecuada regulación, del recurso de casación por infracción de normas emanadas de las Comunidades Autónomas, ante una Sección especial de aquellas Salas de los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia³.

En todo caso, cualquier reflexión de conjunto sobre la nueva casación debe efectuarse utilizando como criterios de referencia y, por tanto, valoración las finalidades perseguidas confesadamente por el legislador de la reforma y los medios por el empleado para alcanzarlos. Conforme al preámbulo de la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio⁴, cuya disposición final 3^a, más que refaccionar, renueva la sección 3^a del capítulo 3^o del título IV LJCA, tales finalidades son las dos siguientes:

VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, vol. 1, Ed. Tirant lo Blanch 2017.

³ Quintana Carretero, J.R. (2017) habla, a propósito de esta introducción, de defectuosa técnica legislativa.

⁴ Dos son los párrafos del apartado XII del preámbulo aquí pertinentes. Su tenor literal es el siguiente:

“En este ámbito, y con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés

a) La *intensificación de las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos*, para lo que se declara i) la opción por el *reforzamiento del recurso de casación*; ii) como instrumento por excelencia para asegurar la *uniformidad en la aplicación judicial del Derecho*, y iii) de forma que el recurso *podrá* ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo *estime* que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

b) La *evitación de la conversión de la casación en una tercera instancia*, de modo que cumpla estrictamente su *función nomofiláctica*; a cuyo servicio se coloca el trámite de admisión [basado éste en i) la descripción de los supuestos que hacen recurrible un asunto por concurrir un interés casacional objetivo, a la que se anuda la diferenciación de aquéllos en que tal interés puede apreciarse respecto de los que llevan aparejada la presunción de la existencia de tal interés].

II. SOBRE EL REFORZAMIENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN Y LA INTENSIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS

1. Consideraciones generales

La valoración de la idoneidad de la reforma para alcanzar su primera y fundamental finalidad no puede dejar de partir del hecho de que la introducción de la casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha ido acompañada del abandono de la universalidad de la apelación, es decir, de la construcción del control prescrito por el artículo 106.1 CE sobre el principio de la doble instancia (servida, al menos una de ellas, por un órgano judicial colegiado).

Dejando de lado la materia penal, es clara desde luego la inexistencia de una prescripción, sea por la Constitución, sea incluso por el Derecho internacional, de la doble instancia, pero ello nada dice acerca de la pertinencia de la construcción sobre tal principio -en ejercicio de la libertad de configuración de que goza el legislador en el marco constitucional- del funcionamiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en atención a la peculiaridad de su función constitucional: el control del ejercicio conforme a Derecho del poder público administrativo.

casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo”.

En este sentido, a las razones que pueden aducirse a favor de supuestos de única instancia (reconducibles a la descarga de trabajo a los órganos judiciales y al más pronto otorgamiento de la tutela judicial) solo puede reconocerse –en la pertinente ponderación y por inscribirse en la lógica organizativa interna de la administración de la justicia- un peso inferior al que merecen:

a) De un lado, el principio del control de la actuación del poder público administrativo, que forma parte del sistema constitucional de controles de los poderes constituidos y cuya trascendencia, de difícil sobrevaloración, deriva del desplazamiento del centro de gravedad en el equilibrio entre las funciones estatales –como consecuencia de las transformaciones experimentadas por el Estado constituido- hacia el poder-función ejecutivo, con la consecuencia de la necesidad, cada vez más imperiosa, de la complementación del esquema monista clásico de la legitimación democrática orgánico-personal (reconducción de todo poder público al pueblo por intermedio del parlamento representativo, dotado de una posición preeminente), que deja en la sombra todo el complejo y amplio campo de la ejecución de la Ley en el que se confrontan, sin soluciones seguras (como es claro, por ejemplo, en el caso de las Administraciones independientes), las dos fuentes de legitimación: pueblo-representación y ciudadano-participación y demanda la ampliación del horizonte a la legitimación institucional-funcional-procedimental, en la que –portando la tarea a cumplir su propia legitimación- no hay lugar para el conflicto entre dichas fuentes de legitimación al pasar a ser clave la eficacia por bastar al ejercicio legítimo del poder –gracias al reconocimiento de grados o niveles de legitimación- una suficiente reconducción democrática. Lo que, al mismo tiempo, pone de relieve la singularidad del control judicial de la actuación administrativa respecto de la forma ordinaria de prestación de la tutela judicial efectiva.

b) La exigencia radical, por tanto, de la satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial en función de las características en que ésta ha de ser otorgada por razón de su objeto, que en este caso incluyen la de quedar implicada en el sistema de equilibrio entre poderes públicos. Desde este punto de vista, en efecto, ya antes de la reforma resultaba cuestionable, al menos en el caso de implicación -por escasa densidad de la programación normativa- de la entrega a la Administración de la definición del interés general o público, la exclusión de la doble instancia (con imposibilidad del acceso a la casación) en asuntos considerados de “menor entidad” solo por razón, en lo esencial, de su inscripción en los asuntos gestionados por la instancia territorial basal del Estado, es decir, la Administración local. Y ello, porque carácter “local” de un asunto en modo alguno equivale, sin

más, a “poca o menor entidad”, pues en la instancia local se ventilan y deciden cuestiones de indudable complejidad y trascendencia para la vida colectiva y los derechos de los ciudadanos en cuanto vecinos. Dicho de otra forma: a efectos del control no está justificada sin más la “gradación” de la “importancia” del interés público en función de la que resulta, para su progresiva “generalidad”, de la articulación de la organización del Estado en comunidades o colectividades territoriales de amplitud cada vez mayor. Aparte de que, en todo caso, los términos en que han de adoptarse hoy las decisiones administrativas parecen requerir un doble examen en la judicial (sin perjuicio de que la tempestividad de la tutela judicial pudiera justificar un régimen más expedito de la ejecución provisional de la resolución judicial recaída en primera instancia), sobre todo bajo la forma de posibilidad de reconsideración por un órgano judicial colegiado de la decisión que adoptada por un órgano judicial unipersonal.

La descompensación que en la adecuada economía interna del sistema de impugnación de resoluciones judiciales suponía el recurso de casación en la versión vigente hasta la reforma comentada se ha visto notablemente agravada por el que dibuja esta reforma en la medida en que la intervención del mecanismo casacional pasa a ser selectiva precisamente en función del criterio del “interés”, lo que no puede dejar de tener repercusión en el *corpus* de la jurisprudencia.

La evolución del recurso de casación mismo, que no puede desde luego desligarse del proceso de “normalización” del recurso contencioso-administrativo por el rasero del proceso civil, se ha desarrollado siempre en sentido restrictivo: desde la rigidificación de las condiciones de acceso, pasando por la exclusión de la invocación de Derecho autonómico y local y la restricción añadida por la jurisprudencia –sobre todo a partir del giro de ésta cumplido en los años 2010 y 2011- vía tanto la división artificial de la cuantía de los recursos para su colocación por debajo del umbral casacional, la conversión fáctica del escrito de preparación en un avance del de interposición o el reproche de ausencia o insuficiencia del juicio de relevancia exigido por el artículo 86.4 de la versión derogada de la LJCA, hasta la elevación legal del umbral del acceso a los 600.000 euros -equivalente al cegamiento de la casación para la práctica totalidad de los asuntos-. La reforma de 2015, sin embargo, lejos de situarse en línea de continuación de tal evolución, representa un verdadero salto cualitativo en tanto que, a pesar de la persistencia de su denominación, el recurso deja de ser, en último término, verdaderamente tal (convirtiéndose, en lo fundamental, de demanda en Derecho en simple petición de conocimiento de un asunto), es decir, muta en un mecanismo en la práctica plena disposición del Tribunal Supremo (incorporación

de la lógica del *certiorari*, ajeno a nuestra cultura jurídica⁵) para hacerse con el conocimiento (restringido) del correspondiente asunto con finalidad casacional⁶, cuya actuación –eso sí– depende de iniciativa de legitimado para ello. Como ha dicho ya J. A. Santamaría Pastor⁷:

“Se trata de la atribución a la Sala Tercera de **un poder de selección** de los asuntos a resolver empleando el exclusivo criterio del «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» (art. 88.1) que ofrezcan las cuestiones debatidas en el recurso. Este requisito opera conjuntamente con el de la presunta concurrencia de «una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia»⁸ (la negrita es mía).

En términos de su carácter, aunque sea apreciable un cierto paralelismo de su evolución con la de la casación francesa, el recurso, de instrumento nomofiláctico, se ha convertido en uno de unificación de la doctrina jurisprudencial, es decir, no tanto para decir lo que prescribe la norma (para proteger su mandato), cuanto para establecer y asegurar la interpretación judicial de la misma o, dicho de otro modo, para proteger lo que dice la jurisprudencia que dispone la norma⁹. Más que nomofiláctico, el recurso de casación actual se ofrece, pues, como nomotético. Cambio éste que, si asociado a la aclimatación que se hace de la función del Tribunal Supremo norteamericano (en todo caso parcial e incompleta, en la medida en que no aparece completada con el mecanismo complementario del *stare decisis*; aunque este efecto puede considerarse que está implícito), no fue precisamente bien recibido por parte

⁵ Y ni siquiera fielmente. Pues la introducción del *certiorari* en los EEUU a finales del S. XIX se acompañó de la creación de los Circuit Courts of Appeal responsables del conocimiento de las apelaciones hasta entonces atribuidas al Tribunal Supremo. En nuestro caso, el nuevo recurso de casación se implanta prescindiendo del dato de la no universalidad del recurso de apelación.

Sobre esta inspiración ya antes SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2015) y PÉREZ ALONSO, J. (2015).

No cabe olvidar tampoco que la transformación del recurso de casación parece seguir la estela de la reforma por la Ley orgánica 6/2007, del recurso de amparo, introduciendo en el artículo 50 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional un trámite de admisión en el que el criterio decisivo es la “especial trascendencia constitucional” del recurso.

⁶ Como señala RUIZ LÓPEZ, M. A. (2017: 169), el concepto jurídico indeterminado “interés casacional objetivo” intensifica “... la defensa del *ius constitutionis* frente a la garantía del *ius litigatoris*”.

⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2015: 21 *in fine* y 22).

⁸ Infracción, debe añadirse, que es solo el presupuesto, no el objeto del recurso, al igual que el acto-actuación de la Administración es presupuesto y no el objeto -integrado por las pretensiones deducidas por las partes- del recurso contencioso-administrativo.

⁹ A este respecto, RUIZ LÓPEZ, M. A. (2017: 169), apunta que lo primordial ahora en la casación no es la tutela de derechos o intereses legítimos, sino convertir la casación en instrumento al servicio de la “formación de jurisprudencia” desde el entendimiento de que la selección discrecional de los asuntos ha de redundar en la eficiencia de la jurisdicción.

de doctrina científica autorizada¹⁰. Como señaló en su momento M^a Paz García Rubio (a propósito de la evolución del recurso casación civil; opinión trasladable a nuestro examen por razón de la ya expresada “normalización” del recurso contencioso-administrativo en función del modelo del proceso civil)¹¹:

“Lo que no cabe duda es que la nueva regulación del recurso de casación pretende reforzar el papel del Tribunal Supremo como órgano destinado a lograr una aplicación unificada del Derecho civil, lo que se plasma en el nuevo concepto de “interés casacional”. Este interés casacional se manifiesta de dos modos distintos: por una parte, como fórmula para solucionar la vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que supone sin duda cierta vinculación al precedente por parte de los órganos inferiores, los cuales verán revocada su resolución cuando se aparten de él; por otra, como instrumento válido para crear jurisprudencia (que a su vez provocará la posterior vinculación de los órganos jurisdiccionales inferiores), tanto superando la existencia de pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales, como en el caso de que por su escaso periodo de vigencia, se trate de normas sobre las que no existe jurisprudencia.

A nuestro entender esta nueva habilitación legal a través de concepto de “interés casacional” para crear jurisprudencia cuya violación va a ser, a su vez, causa de un nuevo “interés casacional”, **supone un decidido paso adelante en el reconocimiento del papel de los Tribunales en la fijación de las normas, lo que no es sino un eslabón más en el reconocimiento legal de la creación judicial de Derecho**” (la negrita es mía).

2. Balance posible de la reforma

Se está ya así en condiciones de efectuar, en el marco de lo dicho, un primer balance de la reforma en términos de identificación de sus ventajas o aspectos susceptibles de ser valorados positivamente, de un lado, y sus desventajas o extremos merecedores de ser valorados negativamente, de otro.

¹⁰ Véase el debate suscitado ya en 2002 por la iniciativa de reforma de la casación (artículos de los Profs. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., DÍEZ-PICAZO, L. y MUÑOZ MACHADO, S. así como del entonces Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, HERNANDO SANTIAGO, D. J. publicados en el periódico ABC) y recogidos en el Foro Iustel (accesible en internet: www.iustel.com).

¹¹ GARCÍA RUBIO, M. P. “Jurisprudencia, Constitución, Ley de Enjuiciamiento Civil”, texto recogido en el *Foro Iustel* citado en nota anterior.

Entre los aspectos o extremos que ameritan un juicio positivo (en su caso, con matizaciones), cabe destacar los siguientes:

1º. La ampliación de las resoluciones susceptibles de examen casacional, toda vez que –dejando al margen la permanencia lógica de las excepciones comprensivas de los asuntos relativos al ejercicio del derecho fundamental de reunión y los procesos electorales- se suprimen las exclusiones que afectaban a las resoluciones de los órganos judiciales unipersonales y las de los órganos colegiados dictadas en apelación. En efecto, son ahora “recurribles” (arts. 86.1 y 87 LJCA):

- Las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo dictadas en única instancia.
- Determinados Autos y las Sentencias (dictadas en única instancia o en apelación) de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional.

En el caso de los Autos, sin embargo, importa precisar que:

- i) No queda clara la completa irrecurribilidad de los dictados por todos los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Pues podría entenderse que sí lo son indirectamente (a través de los Autos que dicten) cuando las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional resuelvan precisamente por Auto la apelación de que sean objeto, si bien tal solución no se impone como evidente y habrá que esperar al criterio que acabe sentando el Tribunal Supremo. Como también cabría pareja solución en el caso de que la impugnación se resuelva mediante Sentencia de los correspondientes órganos colegiados superiores, si bien aparece dificultada por la limitación literal en el artículo 86.1 LJCA de la recurribilidad de las Sentencias dictadas en apelación a las dictadas precisamente contra Sentencias, a su vez, de los Juzgados. De modo que en este punto es más indicada aún la espera al criterio que siente el Tribunal Supremo.
- ii) Los dictados en aplicación de los artículos 110 LJCA [previsor de la extensión de los efectos de las Sentencias en las materias tributaria, de personal de las Administraciones públicas y unidad de mercado] y 111 LJCA [posibilidad de la extensión de los efectos de las Sentencias recaídas en procesos que se hayan tramitado con suspensión de la de otros asuntos acumulables al mismo] han dejado de ser recurribles “en todo caso”, equiparándose su condición de procedencia al resto de los supuestos.

- 2º. La reducción a una (si bien con dos variantes: la estatal y la autonómica) de las modalidades de casación existentes (la común, la de unificación doctrina y la en interés de la Ley, más –en el caso de las dos últimas- de las variantes estatal y autonómica). Reducción ésta absolutamente pertinente teniendo en cuenta la más que reducida utilidad –por razón del criterio restrictivo manejado en su aplicación por el Tribunal Supremo- de los recursos para unificación de la doctrina jurisprudencial y en interés de la Ley.
- 3º. La supresión de los motivos específicos de ilegalidad invocables. Y ello –tal como ya ha argumentado J. A. Santamaría¹²- no solo porque todos los que estaban previstos no eran sino innecesarias especificaciones del consistente en la infracción del ordenamiento o de la jurisprudencia, sino porque elimina la incertidumbre sobre el acierto en la selección del motivo en cada caso invocado.
- 4º. La clarificación del régimen de impugnación de los Autos por la nueva redacción del inciso inicial del artículo 87.1 LJCA, pues queda precisada i) la exclusión de los Autos recaídos en procesos de protección del ejercicio del derecho de reunión y materia electoral; y ii) la exigibilidad en los correspondientes recursos del juicio de relevancia y carácter determinante del Derecho estatal y de la Unión Europea prescrito por el artículo 86.3 LJCA (sin perjuicio de la crítica que sin duda merece tal exigibilidad por su carácter solo formal o ritual, en tanto que los motivos esgrimibles en estos recursos conforme al artículo 87.1 LJCA se reducen prácticamente a infracciones de la LJCA).

Juicio netamente negativo (en diverso grado) ameritan, por el contrario, las siguientes previsiones:

- a) El innecesario problema interpretativo, ya mencionado, generado por la alusión genérica a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en el artículo 86.1 LJCA. Esta alusión, indudablemente inercial (recuérdese la rectificación realizada a este respecto por la Ley 37/2011), obliga a entender (porque toda otra solución conduciría a un absurdo) que su empleo en este caso tiene manifiestamente vocación de cubrir tanto los órganos unipersonales provinciales, como los centrales.
- b) La introducción por la redacción literal del artículo 87.1 LJCA, dada su referencia solo a los Autos de los órganos colegiados, de la incertidumbre ya comentada y en la que no es necesario así insistir ahora.

¹² SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2015: 22).

- c) La limitación de la “recurribilidad” de las Sentencias de los órganos unipersonales a las que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y susceptibles de extensión de sus efectos.

No se descubre ahora nada nuevo al señalar el carácter ciertamente discutible del supuesto, en la medida en que, de un lado, coincide, al menos en parte sustancial, con uno de los indiciarios de la presencia de interés casacional objetivo -concretamente el del artículo 88.2, b) LJCA- y, de otro lado, guarda, también en parte, gran parecido con otro de ellos: el del artículo 88.2, c) LJCA.

La coincidencia puede llevar razonablemente¹³ a la conclusión de que, en este caso, el recurso es legalmente inadmisibile por cualquiera de los otros supuestos indiciarios de interés casacional. Habrá que esperar en este punto a la interpretación que haga el Tribunal Supremo.

La semejanza es, por el contrario, más aparente que real. Pues la alusión a la susceptibilidad de extensión de los efectos hace referencia claramente al supuesto del artículo 110 LJCA (Sentencias recaídas en materia tributaria, de personal al servicio de las Administraciones y unidad de mercado), así como, en su caso, también al del artículo 111 LJCA.

Sea como fuere, el juego combinado de los dos requisitos ahora examinados permite sumarse al augurio de un futuro no precisamente positivo para la impugnación en sede casacional de las Sentencias de los órganos unipersonales en única instancia en atención al criterio francamente restrictivo mantenido hasta ahora por el Tribunal Supremo para la apreciación de grave daño a los intereses generales en sede del recurso de casación en interés de la Ley. Cara a dicho futuro no cabe sino confiar en un cambio de criterio (en sentido ampliatorio) por el Tribunal Supremo.

- d) El mantenimiento de la restricción, para las Sentencias dictadas por los órganos colegiados, de la involucración de Derecho estatal o de la Unión Europea (por haber sido invocado o considerado) de modo relevante y determinante para el fallo. Pues determina el carácter incompleto de la función del Tribunal Supremo (generación y aseguramiento de la jurisprudencia en un sistema, como el nuestro, de unidad del Estado (y, por tanto, de su ordenamiento jurídico) y unicidad del poder judicial (teniendo en cuenta que la legitimación del control judicial no procede del bloque principal democracia-pluralismo político, sino del conjunto de los que se subsumen en el Estado de Derecho.

¹³ Así en el caso de SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2015: 15).

- e) La innecesiedad de la calificación (art. 88.1 LJCA) como objetivo del interés casacional, pues si lo que pretende indicar es la dependencia de su efectiva concurrencia solo de una libre decisión (el *certiorari* implica un *volemus*), tal significado ya está de suyo implícito en la configuración misma de la nueva casación.

El interés casacional se acota, en efecto, mediante una doble relación indicativa, es decir, no exhaustiva de supuestos, que más que dotar a la casación contencioso-administrativa una amplitud mucho mayor que la prevista para la civil hace innecesariamente más complejo en aquélla el requisito de la “recurribilidad”. Y, si bien la relación se desglosa en dos para que la aplicación de una de ellas quede entregada sin más al Tribunal Supremo, mientras la de la otra se condiciona mediante una presunción legal, lo cierto es que el alcance de tal desglose es relativo, pues en una como en otra la apreciación de la concurrencia es siempre libre para la Sala. Lo que hay es, pues, una gradación de la discrecionalidad decisional de ésta: la presunción solo la limita por relación a la exigencia de motivación.

- f) A todo lo anterior puede añadirse, de un lado, el olvido en el artículo 88 LJCA de algún supuesto importante apuntado por alguna doctrina¹⁴ (así, el de inaplicación de una Ley por infracción de Derecho de la Unión Europea), y, de otro lado y en el otro extremo, la inclusión de otros en los que resulta difícil encontrar indicio de interés casacional: es el caso de los convenios interadministrativos, los acuerdos de organismos reguladores¹⁵ y los actos de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas [teniendo en cuenta, en este último caso, que la inclusión en él de las disposiciones de dichos Gobiernos o Consejos de Gobiernos es redundante, pues el supuesto ya está comprendido de suyo en el más amplio de la letra g) del apdo. 2 del artículo 88 LJCA].
- g) Y, lo más grave de todo: la previsión de una “casación autonómica” ante una Sección específica de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia por infracción de normas emanadas de las correspondientes Comunidades Autónomas (art. 86.3, párrafs. 2º y 3º LJCA) precisando solo (y aún así de modo muy deficiente, si se consideran las dificultades para formar la aludida Sección en Tribunales Superiores

¹⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2015: 24).

¹⁵ Amén de la crítica que merece, como ya ha sido señalado en la doctrina, la mención de las agencias estatales que, sobre estar hoy suprimidas, se inscriben en el campo de la competencia no de la Audiencia Nacional sino de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo (debiendo tenerse en cuenta que la Agencia Española de Protección de Datos, comprendida en la disposición adicional 4ª LJCA no es propiamente una agencia estatal, siendo como es una Administración Independiente).

de Justicia en los que la Sala de lo Contencioso-Administrativo tenga un número insuficiente de Magistrados) el órgano judicial llamado a conocer, determinando inacabadamente el objeto del recurso y omitiendo toda regulación de los esenciales aspectos del mismo: además del objeto mismo, las resoluciones recurribles, los requisitos y el procedimiento. Se entiende, así, que, dadas estas circunstancias, en sede del Tribunal Superior de Justicia de Valencia se llegara a dictar un Auto de inadmisión por inexistencia del recurso (Auto que fue corregido inmediatamente por otro, de 13 de marzo de 2017, de la Sección de Casación, fijando doctrina al respecto) o en la del Tribunal Superior de Cataluña otro Auto, de 1º de mayo de 2017, negando la recurribilidad de las Sentencias de la propia Sala y se esté funcionando sobre la base de los criterios, no enteramente coincidentes, sentados justamente por las Secciones de Casación de los correspondientes Tribunales. Una situación de todo punto de vista insatisfactoria, teniendo en cuenta que se añade a las características ya expuestas del nuevo recurso y que se sitúa en la frontera misma de lo admisible en sede judicial en tanto que rayana –bajo el insuficiente disfraz de una aplicación analógica, de suyo cuestionable, de la regulación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo- en la asunción de una función completiva de la Ley (limitado constitucionalmente a juzgar y ejecutar lo juzgado, con prohibición- art. 117.4 del texto constitucional- de toda otra función ajena a las atribuidas por la Ley en garantía de los derechos).

La previsión de esta variedad del recurso de casación trae causa desde luego de la restricción del Tribunal Supremo al conocimiento de la infracción del Derecho estatal, pero en modo alguno resulta obligada por la previsión del artículo 152.1 de la Constitución, en la medida en que éste se limita a establecer la culminación por un Tribunal Superior de Justicia de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma correspondiente, sin perjuicio (que es lo esencial) de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo. Pues en tanto que partes ambos del único poder judicial constituido, dicho Tribunal Superior, capaz de conocer en sede casacional de la infracción autonómica, en nada se diferencia –a estos efectos- del propio Tribunal Supremo. La solución es, pues, estrictamente legal y, en tal plano, muy discutible a la vista de la reserva de Ley orgánica resultante del artículo 122.1 de la Constitución y la propia Ley orgánica del poder judicial (que no solo nada dice sobre el nuevo recurso autonómico, sino que continua aludiendo a los viejos recursos de casación). La aplicación analógica al autonómico de la regulación que la LJCA hace del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que parece estar en la base de los criterios hasta ahora sentados en sede judicial, sobre ir más allá

de lo permitido en una operación de integración de una laguna legal, es de todo punto, no ya insuficiente para resolver alguna grave cuestión que suscita la convivencia de los recursos autonómico y general (como el de la compatibilidad o no entre ellos y, en su caso, la preferencia de uno sobre el otro por razón de la aplicación en un mismo asunto, conjuntamente, de Derecho estatal y autonómico), sino inadecuada (aunque expresiva del papel creciente que viene asumiendo la jurisprudencia) para establecer, conforme exige el principio de Estado de Derecho, el régimen de un recurso, siquiera sea uno de las características tan peculiares como el de casación. Por tanto, es necesaria y urgente la intervención del legislador para subsanar las deficiencias que dicho régimen padece.

III. CONCLUSIONES. LA VERDADERA NOVEDAD DE LA ACTUAL CASACIÓN

El precedente balance autoriza a afirmar que:

1º. El actual recurso de casación no es estrictamente nomofiláctico, pues en él la nomofilaxis (entendida como protección directa de la norma) aparece clara y totalmente intermediada por la jurisprudencia. Lo que hace que el recurso merezca mas propiamente la calificación de nomotético.

Avalan tal calificación la finalidad específica implícita en: i) los supuestos en que es posible la apreciación de interés casacional objetivo: el establecimiento de jurisprudencia, es decir, la interpretación de las normas; el control de la solución a dar a las cuestiones de inconstitucionalidad; el control de la efectividad de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y el control de la tutela judicial ordinaria reforzada de los derechos fundamentales; y ii) los supuestos en que opera la presunción de concurrencia de interés casacional objetivo: la fijación de jurisprudencia (en caso ausencia de la misma respecto de las normas aplicadas); y el control de la observancia de la jurisprudencia ya establecida.

Argumento definitivo en este orden de consideraciones lo proporcionan los supuestos de procedencia de la inadmisión del recurso (art. 90.4 LJCA), en los que se incluye, aparte los relativos o relacionados con los requisitos de preparación, el de “carencia en el recurso de interés casacional objetivo *para la formación de jurisprudencia*”.

La casación se aparta, así, de lo nomofiláctico para convertirse en mecanismo depurador del control judicial cumplido en asuntos en los que esté afectado gran número de situaciones, tengan trascendencia social o esté en juego la integridad de los intereses generales (por lo que hace a los supuestos en que es simplemente posible la apreciación de su interés casacional), así como –de manera más sorprendente– en aquéllos en que estén implicadas relaciones interadministrativas, la función de re-

gulación atribuida a Administraciones independientes o decisiones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (por lo que respecta a los supuestos en que legalmente se presume la concurrencia de interés casacional). Lo sorprendente en estas últimas hipótesis es la diferente perspectiva en que descansan y que suscita la sospecha de que en ellas subyace un propósito de hacer posible el control último por el Tribunal Supremo del funcionamiento coherente del poder público administrativo en sus espacios de máxima descentralización territorial y funcional y, por ello, la puesta del interés casacional –entendido como referido a los intereses de la instancia general del Estado- al servicio de la articulación de dicho poder público.

El único resto del carácter propiamente nomofiláctico radica en el supuesto de nulidad de las disposiciones de carácter general. Pero este resto subsiste solo relativa y limitadamente, ya que en dicho supuesto ya no procede el recurso “en todo caso”, sino solo si hay justamente apreciación de interés casacional.

Sin perjuicio de que la nueva casación no consiga tampoco ahora asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, pues: a) no cubre el Derecho autonómico, ni el local; b) opera de modo aleatorio y c) no cuenta con el apoyo de la expresa imposición a los Juzgados y Tribunales del deber de estar a la jurisprudencia, otorga en cualquier caso a ésta un papel relevante, superior o más potente que el de mero complemento del ordenamiento que cumple, conforme con el artículo 1.6 del Código Civil, conjuntamente con la costumbre y los principios generales del Derecho.

2º. Aunque continúe calificándose de recurso (extraordinario), lo cierto es que no le cuadra ya estrictamente tal cualidad. Pues para que pueda predicarse ésta es precisa la determinación reglada (por más restrictiva que sea) del acceso, es decir, del requisito de la “recurribilidad”, pues solo en tal caso puede existir un derecho al recurso. Y tal derecho ha dejado de existir propiamente en el régimen legal examinado, puesto que solo regla los requisitos de cumplimiento obligado cuya satisfacción es presupuesto de la mera posibilidad de la apreciación del interés casacional y, por tanto, de la admisión. Es concluyente el dato de que, aunque entre aquellos requisitos siga figurando la legitimación para recurrir, la inclusión de ésta en la minuciosa lista de los formales a cumplir contrasta vivamente con la ausencia de toda previsión legal sobre quienes están legitimados (la Ley orgánica 7/2015 simplemente ha olvidado reproducir el antiguo artículo 89.3 LJCA, que era el que precisaba quiénes ostentaban legitimación). Por tanto, la legitimación continúa operando como un requisito al estar aludida en la letra a) del apdo. 2 del artículo 89 LJCA, pero su cumplimiento no proporciona *ex lege* (por ausencia de predeterminación en ella) derecho a cuestionar la correspondiente resolución judicial en sede casacional. De este modo, el requisito de “recurribilidad” es formal y, todo lo más, un eufemismo que oculta la inexistencia de derecho al recurso.

En efecto:

- En los supuestos del artículo 88.2 LJCA la apreciación de interés casacional objetivo es una facultad totalmente discrecional del Tribunal Supremo, en cuyo ejercicio éste goza –dados los términos abstractos y abiertos en ellos utilizados (“cuestiones sustancialmente iguales”, “gravemente dañosa” [una resolución], “gran número de situaciones”, “suficientemente esclarecida” (la de plantear una cuestión de inconstitucionalidad); y “contradicción aparente”)- de un muy amplio margen de maniobra. Así lo prueba el dato de que la inadmisión se produzca, como regla general [artículo 90.3, a) LJCA], por Providencia que no es preciso legalmente que tenga verdadera motivación y, solo como excepción, por Auto –éste si motivado- cuando Sala de instancia haya emitido opinión favorable sobre el interés casacional; pero a cambio la admisión –y esto es significativo- requiere en tal caso Auto motivado.
- En los supuestos en que juega la presunción legal del interés casacional la admisión sigue siendo, a pesar de las apariencias, igualmente una facultad discrecional. Aunque según el artículo 90.3, b) LJCA rige aquí, para la inadmisión, la regla inversa: Auto motivado, ella misma acredita que la presunción legal es solo *iuris tantum*, de modo que su destrucción solo requiere un plus de motivación.
- Y ha de tenerse en cuenta, finalmente, que contra las Providencias y Autos de inadmisión y admisión no cabe ulterior recurso (art. 90.5 LJCA).

El nuevo régimen de la casación suscita así la cuestión, en definitiva y con especial intensidad, del papel del Tribunal Supremo como órgano en el que culmina la organización del poder judicial. Mas concretamente: la de si dicho papel ha de definirse a partir de un planteamiento centrado en la organización de un servicio público (por más que peculiar) o más bien de uno que descansa en la implicación del ejercicio de un poder público constituido clave (el más determinante por poseer la última palabra en los asuntos controvertidos) para la efectividad del Estado de Derecho.

La reforma analizada no es consecuencia de un análisis de los requerimientos del marco constitucional y, concretamente, de la división y el equilibrio entre poderes implicado en el control asignado al orden jurisdiccional contencioso-administrativo). Antes bien está hecha a todas luces desde el punto de vista hoy tan en boga del funcionamiento del poder judicial en el otorgamiento de la tutela judicial, por lo que se ofrece guiada por la idea de que se está ante la prestación de un servicio a los ciudadanos que, para que tenga calidad, es preciso que su funcionamiento sea fluido, es

decir, cumpla su misión de modo tempestivo y eficaz. Pero ésta es más bien una cuestión organizativa interna: la de la idoneidad de la Administración de Justicia para cumplir su tarea, en modo alguno la cuestión decisiva de que verdaderamente debería tratarse: la relativa al control del poder público administrativo en conexión con la tutela judicial garantizada; tutela, que -en cuanto derecho fundamental y uno de los pocos derechos que, por instrumental y formal, debería poder ser garantizado en su efectividad por el Derecho- no puede experimentar modulaciones o restricciones (adaptando los requisitos de acceso al “servicio” a la demanda real) que -en tanto que pertenecientes al plano de los medios- pertenecen al plano de lo organizativo interno.

A modo de conclusión puede decirse que dada la “factura” del nuevo “recurso” de casación, habría sido preferible:

- La remodelación del sistema sobre la base de la doble instancia (la universalidad de la apelación), en su caso en los términos del sistema alemán (apelación universal, pero restringida).
- Y la articulación de la casación bien -en línea de continuación con el proceso de “normalización” de lo contencioso-administrativo- sobre la lógica mucho más simple y clara de la casación civil (o, en su caso, de la revisión civil alemana más simple y operativa (regulada en la legislación procesal civil: *Zivilprozessordnung*)¹⁶, bien prefiriendo al modelo norteamericano el alemán de la revisión en lo contencioso-administrativo (regulada en la *Verwaltungsgerichtsordnung*) en cuanto presenta la ventaja de representar una (limitada) tercera instancia justamente federal.

¹⁶ Según los arts. 542, 545 y 546 de la *Zivilprozessordnung*, la revisión procede contra las Sentencias dictadas en apelación por descansar el fallo en una infracción del Derecho, la cual se produce siempre que una norma jurídica (en sentido material) no haya sido aplicada o lo haya sido incorrectamente.

La justicia cautelar en el ámbito de la salud: valoración y ponderación circunstanciada de los intereses concurrentes

*Juan Francisco Pérez Gálvez*¹

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Almería

SUMARIO: I. BASES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA JUSTICIA CAUTELAR. II. LA SALUD COMO EJE DE LAS PREOCUPACIONES DE LA POBLACIÓN ESPAÑOLA Y LA ESCASA INCIDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. III. PERICULUM IN MORA Y PONDERACIÓN DE INTERESES: CRITERIOS COMPLEMENTARIOS. 1. Status quaestionis. 2. Juicio de ponderación: comparación de los intereses en juego. A. Régimen general. B. Idoneidad ínsita en el principio de proporcionalidad. C. El juicio de ponderación debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación adecuada. IV. INTERESES CONCURRENTES EN EL ÁMBITO DE LOS MEDICAMENTOS, PRODUCTOS, CENTROS, SERVICIOS Y ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS. 1. Medicamentos y productos sanitarios. A. Principio de precaución. B. El escaso número de resoluciones judiciales cautelares en relación con los medicamentos y productos sanitarios. a). *Medicamentos*. b). *Productos sanitarios*. c). *Conclusión*. 2. Centros, servicios y establecimientos sanitarios. V. SALUD ELECTRÓNICA Y MEDIDAS CAUTELARES PROVISIONALÍSIMAS. 1. El interés general está presente en la salud electrónica. 2. Interoperabilidad de los sistemas de salud y de información, e implantación de una estrategia de seguridad. 3. La salud electrónica es un sector proclive a la adopción de medidas cautelares en caso de especial urgencia. VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Las medidas cautelares son importantes por la trascendencia que tienen. En el ámbito de la salud cobran un valor especial por cuanto puede compro-

¹ Esta aportación doctrinal ha sido elaborada en el marco del proyecto de investigación DER2016-76053R: «La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: reformas, estrategias y propuestas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

meter no sólo la calidad de vida de los ciudadanos, sino la posibilidad de que afecte a un derecho tan elemental.

Medicamentos, productos sanitarios, centros, servicios y establecimientos sanitarios, salud electrónica, etc, son objeto de atención preferente, y la valoración y ponderación circunstanciada de los intereses concurrentes resulta capital.

Analizar los elementos que confluyen y su operatividad es el objeto de este trabajo. Su presencia cuantitativamente no es numerosa debido a un magnífico sistema de autorización, detección precoz, vigilancia y alerta. Sin embargo, cualitativamente, su relevancia es extraordinaria. Especialmente en el supuesto de las medidas cautelares provisionalísimas.

PALABRAS CLAVE: Medidas cautelares, valoración, ponderación circunstanciada, intereses concurrentes.

ABSTRACT: Precautionary measures are important because of their importance. In the field of health, they are particularly valuable because they can compromise not only the quality of life of citizens, but also the possibility of affecting such a basic right.

Medicines, medical devices, health centres, services and establishments, e-Health, etc., are the subject of preferential attention, and a detailed assessment and weighting of the competing interests is essential.

The purpose of this work is to analyse the elements that converge and their operation. Their presence is not quantitatively numerous due to a magnificent system of authorisation, early detection, surveillance and alert. However, qualitatively, its relevance is extraordinary. Especially in the case of very provisional precautionary measures.

KEYWORDS: Precautionary measures, valuation, detailed weighting, competing interests.

I. BASES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA JUSTICIA CAUTELAR

El estudio de las medidas cautelares en sede judicial cuenta con doctrina² y jurisprudencia abundante y actualizada. Esta situación es consecuencia inmediata

² *Vide*, entre otros: PEREZ GÁLVEZ, J. F. "Medidas cautelares", en ROCA ROCA, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tecnos, Madrid, 2005; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 7ª ed, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013; SALA ATIENZA, Pascual y CADENAS GARCÍA, M. I., *Las me-*

de la importancia que tienen, y de su ubicación procesal al discurrir por un camino paralelo e independiente al del fondo del asunto que se trata de dirimir, aunque, evidentemente, conectado con él.

Se trata de una esfera de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que experimentó el influjo directo de la Constitución, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Carta Magna. De tal modo, que pasó, de tener carácter excepcional, al de carácter ordinario, como un instrumento efectivo de la misma.

Para el estudio de la justicia cautelar, es necesario aproximarse al contenido de los arts. 129-136 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con las modificaciones incorporadas. Por su parte, la jurisprudencia ha determinado las notas fundamentales que la perfilan. Sirva como ejemplo, la STS de 13 de junio de 2007 (Ar. 8361), que resume sus características más notables:

«La vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (arts. 129 a 134) y dos supuestos especiales (arts. 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

- 1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (art. 78 LJ), así como al de protección de los derechos fundamentales (arts. 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de éstas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (arts. 129.2 y 134.2 LJ).
- 2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.
- 3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, “la medida cautelar

didias cautelares en el proceso contencioso-administrativo, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016; PALOMAR OLMEDA, A., (Dir.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2017.

podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.

- 4^a. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además se produciría el efecto indeseable de que por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías de contradicción y prueba.
- 5^a. Como segunda aportación jurisprudencial —y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia— sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite 1) en un marco de provisionalidad, 2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares y 3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar.
- 6^a. Desde una perspectiva procedimental la LJ apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1^o exige para su adopción la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”; expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación “en forma circunstanciada” de los citados intereses generales o de tercero.
- 7^a. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.
- 8^a. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo “en cualquier estado del proceso” (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, “hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por

cualquiera de las causas previstas en esta Ley” (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

- 9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse “las medidas que sean adecuadas” para evitar o paliar “los perjuicios de cualquier naturaleza” que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma “podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho” (133.3).

O la STS de 3 de octubre de 2011 (Ar. 7450), donde precisa que la decisión sobre las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, en función de la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional:

«a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997 (Ar. 5049): “La mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no pueda confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitado en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal”.

c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sin que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso.

Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes [...].

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar».

La LJCA, art. 130 establece: «1. Previa *valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto*, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse *perturbación grave de los intereses generales o de tercero* que el Juez o Tribunal *ponderará en forma circunstanciada*».

Como se desprende de lo expuesto, entre los criterios acrisolados por la redacción legal y la interpretación jurisprudencial referenciada, se encuentra el *periculum in mora* para acordar la medida cautelar. Esta determinación implica una valoración circunstanciada. Como criterio negativo y complementario se establece que podrá denegarse cuando se afecten gravemente intereses generales o de tercero. Implica esta opción, ponderar los intereses, y todo ello sin prejuzgar el fondo del litigio. Valoración, ponderación e intereses constituyen el arco de bóveda de una situación conflictiva: la solicitud y adopción de una medida cautelar.

Valorar intereses implica evaluar o atribuir más o menos valor. En el supuesto del art. 130.1 LJCA consiste en determinar que la aplicación de un acto o disposición haría perder su finalidad legítima al recurso, y por tanto, procede la suspensión (ese es el cometido de la valoración). Pero, no será así, si tras la consideración imparcial de los intereses que confluyen, y la medición de las consecuencias, se determina una perturbación grave para la sociedad, o para un tercero, en virtud de las circunstancias concurrentes. Como ha determinado la STS de 3 de octubre de 2011 (Ar. 7450):

«d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “al juzgar sobre la procedencia (de la suspensión) se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud,

según el grado en que el interés público esté en juego”. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia “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” (ATS de 3 de junio de 1997, entre otros muchos)».

Sin embargo, no ha sido objeto de excesiva atención doctrinal la incidencia de este requisito en un sector del ordenamiento jurídico y de la realidad como es el de la salud. A lo largo de las siguientes páginas intentaré precisar el mismo, con la finalidad de ir completando progresivamente aquellos aspectos huérfanos de atención por parte de los que nos dedicamos, por vocación y profesión, a la tarea de escudriñar y sistematizar algunas parcelas de nuestra disciplina.

II. LA SALUD COMO EJE DE LAS PREOCUPACIONES DE LA POBLACIÓN ESPAÑOLA Y LA ESCASA INCIDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La salud, la sanidad, está de moda, o al menos, los temas relacionados con esta materia son objeto de consideración en la comunidad científica, los medios de comunicación y en la realidad más cercana. La suspensión cautelar del “euro por receta”, la colegiación obligatoria de los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración (STC 3/2013, de 13 de enero), la supresión de servicios sanitarios con la pretensión de hacer el sistema más eficiente, las distintas modalidades de gestión o “privatización de la sanidad pública” como recogía la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid y ha sancionado la STC de 30 de abril de 2015, el Real Decreto 639/2015, de 10 de julio, por el que se regulan los Diplomas de Acreditación y los Diplomas de Acreditación Avanzada, el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, que regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano, y un largo etcétera. Se trata de materias vinculadas de modo directo o indirecto con una prestación muy apreciada y muy bien valorada por los ciudadanos, a tenor de los resultados de las encuestas que los centros de investigaciones sociológicas realizan periódicamente.

Y esta tendencia se va a incrementar en el futuro, porque la Europa y el país que tenemos hoy son distintos de lo que habíamos imaginado no hace tanto tiempo. La esperanza de vida en la Unión Europea ha aumentado. Las previsiones de Eurostat indican que el porcentaje de personas de 65 años de edad y más en el conjunto de la población aumentará del 17,1% en el año 2015, al 30% en 2060. La proporción media entre las personas en edad de trabajar (15-64 años) y las de 65 años o más variarán del 4:1 actual, al 2:1 en el año 2050. Gran parte de las personas activas abandonarán el mercado laboral entre 2030 y 2060. Con una tasa de natalidad en descenso, la población no activa aumentará con respecto a la población activa. Los Gobiernos disponen de un plazo de tiempo muy reducido para poner en práctica medidas encaminadas a abordar los problemas relacionados con el envejecimiento demográfico antes de que se jubile la mayoría de personas que nacieron en la época del *boom* de natalidad. Esta prospección demográfica requiere que la sociedad preste atención a las siguientes cuestiones: prevención; prestaciones sanitarias y sociales; sostenibilidad financiera; el envejecimiento de la población y la protección social; el personal sanitario; los derechos de los pacientes; crisis económica y desarrollo de las nuevas tecnologías.

La legislación ordinaria del ámbito sanitario ha previsto la adopción de medidas cautelares en supuestos tasados. La cabecera de grupo normativo regulador, la Ley General de Sanidad, en el capítulo V (De la intervención pública con la salud individual y colectiva), ha establecido las siguientes:

- Art. 26: «Adopción de medidas preventivas frente al riesgo inminente y extraordinario para la salud³.

1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de *productos*, suspensión del ejercicio de *actividades*, cierres de *empresas o sus instalaciones*, intervención de *medios materiales y personales*⁴ y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

³ Vide STS de 14 de noviembre de 2007 (Ar. 8548), FALLO: «Que se fija como *doctrinal legal* que “el art. 26 de la Ley General de Sanidad habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar las medidas en él contempladas sin necesidad de instrucción previa de un procedimiento administrativo cuando resulten necesarias para garantizar la protección de la salud de los consumidores”».

⁴ La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en el art. 75.2 establece: «Si el expediente no finaliza con la suspensión de funciones ni se produce la separación del servicio, *el interesado se reincorporará al servicio activo en la forma que se establezca en la correspondiente resolución* y tendrá derecho a la percepción de las retribuciones dejadas de percibir, tanto básicas como complementarias, incluidas las de carácter variable que hubieran podido corresponder».

2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó⁵.

- Art. 29: «Autorización administrativa de centros y establecimientos sanitarios.

1. Los *centros y establecimientos sanitarios*, cualquiera que sea su nivel y categoría o titular, precisarán autorización administrativa previa para su instalación y funcionamiento, así como para las modificaciones que respecto de su estructura y régimen inicial puedan establecerse.

⁵ *Vide* STSJ de Madrid, de 4 de octubre de 2006, F.D. TERCERO (Ar. 166973): «El tema objeto de debate se centra en si es ajustada a Derecho la actuación de la Administración cuando adopta la resolución de 3 de julio de 2001, sobre la que recae la impugnación, y en definitiva si lo es la resolución dictada en fecha 25 de julio de 2003, que inadmite el recurso de alzada. La resolución que debemos examinar, puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria en relación a los aceites de orujo de oliva, y ello en base a lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 14/86, de 2 de abril, “procede aconsejar la INMOVILIZACION CAUTELAR Y TRANSITORIA, de cuantos productos se comercialicen al consumidor final bajo las denominaciones citadas (aceite de orujo refinado y de oliva, y aceite de orujo de oliva).

El levantamiento de dicha medida de carácter cautelar quedará condicionado a la ausencia de detección de estos compuestos por un método analítico adecuadamente válido y con un límite de determinación que en ningún caso sea mayor que 1 ppb”.

Debe partirse de la base de que este tema se ha planteado ya en otros Tribunales, y en concreto ha sido resuelto un recurso por esta misma Sección, en Sentencia de 11 de noviembre de 2004, Recurso 1648/02, interpuesto por la Asociación Nacional de Industriales, Envasadores y Refinadores de Aceites comestibles, contra la misma resolución, y asimismo en Sentencia de la Sección Octava de 20 de octubre de 2004. Por tanto, el tema ha sido analizado en la cuestión básica que se plantea como objeto de debate y que se centra en la interpretación de la normativa aplicable. El precepto fundamental, que sirve de base a la Administración para dictar la Resolución que se impugna es el art. 26 de la Ley General de Sanidad, Ley 14/86, que dispone: [...]. En el art. 28 se establece que las medidas preventivas contenidas en este capítulo deben atender a unos principios: a) preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias b) no se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida, c) las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que se persigan y d) se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados”.

Por tanto, el tema se centra en cuales son los motivos por los que pueden adoptarse las medidas preventivas, y para ello es preciso acudir a lo dispuesto en el art. 26, en consecuencia, que “exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo extraordinario e inminente para la salud.” Se requiere así riesgo existente cuya existencia sea razonable, y que sea extraordinario e inminente.

En este caso, existía un informe de la República Checa de marzo de 2001, en el que se considera que el aceite de orujo de oliva puede contribuir a la creación de células carcinógenas y se ha detectado un contenido elevado de compuestos policíclicos, y sobre esta base, se analizan diversas muestras, de distintas marcas que comercializan el producto. En ese momento, no se había dictado normativa concreta sobre los límites de benzo a pireno que podían contener estos aceites».

2. La previa autorización administrativa se referirá también a las operaciones de calificación, acreditación y registro del establecimiento. Las bases generales sobre calificación, registro y autorización serán establecidas por Real Decreto.

3. Cuando la defensa de la salud de la población lo requiera, las Administraciones Sanitarias competentes podrán establecer *regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento* de los establecimientos sanitarios⁶».

En el caso de los medicamentos, productos sanitarios y centros, servicios y establecimientos sanitarios la adopción de medidas o regímenes excepcionales, puede ser una realidad que pasa desapercibida. Puede tratarse de una clínica de cirugía estética o de cualquier otro tipo. La casuística suele presentar con más frecuencia de la que creemos casos de centros que realizan tratamientos para los que no están autorizados⁷. Hay centros que realizan tratamientos sin personal cualificado, o recetan o comercializan fórmulas magistrales u otros productos que no están debidamente legalizados. La legislación sectorial aborda esta cuestión en las disposiciones que regulan este objeto. En el ámbito de la jurisprudencia los pronunciamientos han versado sobre una casuística diversa.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha resuelto recientemente, a través del Auto 162/2016, de 22 de septiembre, el conflicto positivo de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sobre la solicitud de suspensión de vigencia del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de enfermeros. Su competencia y proceso se incardina dentro de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 64.3) y no de la LJCA.

El Tribunal Supremo ha resuelto materias, relacionadas esencialmente, con las siguientes cuestiones (cito algunas que pueden tener cierta relevancia): - STS de 26 de mayo de 1989 (Ar. 4491): expedición irregular de especialidad psicotrópica; riesgo para la salud pública. - STS de 7 de noviembre de 2005 (Ar. 8187): cierre cautelar de oficina de farmacia; prevalencia del interés público. - STS de 3 de febrero de 2010 (Ar. 3230): suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso; publicación y difusión de folletos informativos sobre afectividad y sexualidad de niños y adolescentes realizada por el Departamento de Salud de la Generalidad de Cataluña; ponderación entre interés público y perjuicios, prevalencia del interés público. - STS de 24 de abril de 2014 (Ar. 2356): prestación de asistencia sanitaria a

⁶ Vide STSJ de Galicia, de 2 de julio de 2015, FJ. PRIMERO (Ar. 183128).

⁷ Vide Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 13 de diciembre de 1999, núm. 1204/1999 (Ar. 4694).

mutualistas del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, y solicitud de medida cautelar de suspensión.

Los Tribunales Superiores de Justicia también se han pronunciado sobre el particular (entre otras): - STSJ de La Rioja, de 29 de abril de 1997 (Ar. 720): retirada del mercado de canales de vacuno. - STSJ de Galicia, de 9 de febrero de 2001 (Ar. 671): protección de la salud y autorización sanitaria de balneario. - STSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2004 (Ar. 605): medidas cautelares de paralización de fabricación de productos cosméticos. - STSJ de Madrid, de 18 de marzo del 2005 (Ar. 1109): clausura de establecimiento por falta de las autorizaciones y registros sanitarios preceptivos. - STSJ de Andalucía (Sevilla), de 5 de enero de 2006 (Ar. 256): alerta alimentaria sobre aceite de orujo. - STSJ de Madrid, de 4 de octubre de 2006 (Ar. 166973): inmovilización cautelar de productos alimenticios, por existencia de riesgo para la salud. - STSJ de Cataluña, de 8 de junio de 2011 (Ar. 266659): riesgo para la salud de los usuarios del sistema sanitario público al haber introducido datos no concordantes con la realidad de las historias clínicas de los pacientes. - STSJ de Aragón, de 13 de septiembre de 2012 (Ar. 679): expediente disciplinario a personal sanitario y levantamiento de la medida cautelar. - STSJ de Galicia, de 2 de julio de 2015 (Ar. 183128): medida cautelar de suspensión provisional de funcionamiento y prohibición provisional de actividad de almacén farmacéutico. - STSJ de Madrid, de 19 de diciembre de 2016 (Ar. 17408), suspensión y precinto de digestores de planta de tratamiento de residuos; protección ambiental frente a la protección de la salud de la población por los malos olores que dicha actividad genera. - STSJ de Madrid de 18 de enero de 2017 (Ar. 62669): integridad física de los que soportan ruidos y vibraciones.

En todos ellos, en la pieza de medidas cautelares, deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Con una repercusión adicional –frente a otros sectores del ordenamiento jurídico-, puede estar en juego la salud de las personas con el riesgo que ello comporta para la vida humana, cuya protección es un valor supremo de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

III. PERICULUM IN MORA Y PONDERACIÓN DE INTERESES: CRITERIOS COMPLEMENTARIOS

1. *Status quaestionis*

A pesar de la modificación que ha sufrido la redacción de la IJCA, que ya no utiliza la fórmula clásica “causar daños de imposible o difícil reparación” y sí emplea la inspirada en el artículo 56.2: “que pudiera hacer perder al amparo su finalidad” y artículo 56.3: “tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad” de la LOTC, no se

ha modificado el sentido, significado y alcance del *periculum in mora*. Y realizo esta afirmación, porque la adopción de medidas cautelares se basa, precisamente, en el intento de evitar que el paso del tiempo impida alcanzar la satisfacción del derecho o interés cuya tutela judicial efectiva otorgará, en su momento, la sentencia definitiva.

El Preámbulo de la LJCA establece: «[...]. La Ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, *pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto*».

Tal y como indica de forma expresa el artículo 129 LJCA/1998 “asegurar la efectividad de la sentencia” y evitar el riesgo inherente a la eventual ineficacia del fallo en la situación producida en el momento en que se alcance a dictarlo, es a lo que se dirige la medida cautelar. Por eso, el art. 130.1 LJCA/1998 establece «*previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto*, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». Y de este modo, este precepto consagra el llamado *periculum in mora* como el primer criterio que debe tenerse en cuenta para la adopción de una medida cautelar.

La STS de 25 de julio de 2006 (Ar. 6333), resume así la doctrina jurisprudencial: «Debemos recordar que la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, como hemos señalado, entre otras muchas resoluciones, en As. de 12 de julio de 2002 (JUR 2002, 194766), 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. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso o, como dice expresivamente el artículo 129 de la LJ, “asegurar la efectividad de la sentencia”. Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar y el artículo 130 LJ especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta aquel en que “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil». Y por tanto, se está refiriendo también, «a aquellos (supuestos) en que la ejecución del acto pueda obstaculizar gravemente y hasta extremos dificultosísimos la efectividad de la posterior sentencia estimatoria» (STS de 18 de julio de 2008, Ar. 6135).

Sin embargo, es condición necesaria pero no suficiente la concurrencia del *periculum in mora*, pues siempre es necesario efectuar una ponderación de los intereses en conflicto (STS de 27 de marzo de 2012, Ar. 4875).

2. Juicio de ponderación: comparación de los intereses en juego

A. Régimen general

El principio de eficacia administrativa (art. 103.1 CE) y el de presunción de validez de los actos administrativos (art. 39.1 LPAC), implica la regla general de ejecutividad inmediata de actos y disposiciones administrativas, y de otra parte, la posibilidad de suspensión de la ejecución, cuando concurren las circunstancias tasadas legalmente.

La aplicación del principio de efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) impone el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa (art. 106 CE). El derecho a la tutela judicial se satisface cuando, antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de un tribunal la ejecutividad, para que este resuelva sobre la suspensión, por lo que se vulnera ese derecho fundamental, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino cuando, en relación a los mismos, se inician actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de esa ejecutividad⁸.

Y, en todo caso, han de coordinarse y armonizarse la evitación del daño a los intereses públicos que pueda derivarse de la suspensión de la ejecución, de modo, que al ejecutarse el acto no se haga ineficaz la sentencia que se dicte, imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de indemnidad, en el caso de estimarse el recurso.

Por tanto, por un lado, ha de preservarse el principio de efectividad de la decisión judicial, porque la potestad jurisdiccional no se agota con la declaración del derecho, sino que impone la consecución del derecho declarado. Mientras que, de otra parte, ha de respetarse también el principio de eficacia administrativa, lo que exige coordinar y armonizar dichos principios –tarea no siempre fácil-, que amparan el interés de impedir el daño a los intereses públicos, que pudiera derivarse de la suspensión de la ejecución, y el de evitar que, al ejecutarse el acto impugnado, se causen perjuicios de imposible o difícil reparación.

En ocasiones incluso se trata de la suspensión de la eficacia de actos administrativos de contenido negativo, que puede plantear dificultades conceptuales que no se dan en los de contenido positivo, aunque la jurisprudencia no excluye esta opción. Especialmente, tratándose de actos administrativos que ponen fin a una situación jurídica preexistente de signo favorable para el particular. Y en estos supuestos la suspensión cautelar evita la interrupción de la ventaja de la que se venía disfrutando, para no hacer perder efectividad a una eventual sentencia estimatoria. Evidentemen-

⁸ Vide STS de 9 de febrero de 2010 (Ar. 3849).

te, queda supeditado al cumplimiento de los requisitos generales recogidos en el art. 130 LJCA, a saber: que exista riesgo de pérdida de la finalidad del recurso y que se haga la debida valoración circunstanciada de los intereses en conflicto⁹.

Los poderes públicos no sólo están habilitados para el ejercicio de las potestades que el ordenamiento expresamente les atribuye, sino también, para el de las facultades necesarias para la efectividad de aquellas.

En el ámbito de la salud, más en concreto, en el ámbito de la salud pública, es una máxima incuestionable, que puede requerir adoptar medidas tales como intervenir materias primas, ordenar el precinto de alguna sección de un establecimiento, o incluso la paralización total de la actividad del mismo, suspensión de la actividad y ejercicio profesional del personal sanitario, etc. Porque, si estas medidas son legales por corresponder a una conducta irregular, hay que verificar que el perjuicio reparable dimana de las mismas. Esto no es sencillo, y por tanto, resulta fundamental ponderar adecuadamente. Y deberán basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso.

Dicho de otro modo, el ordenamiento jurídico confiere una cierta discrecionalidad para elegir la adopción o no de la medida cautelar, si bien tal discrecionalidad queda reducida o incluso eliminada, por el principio de proporcionalidad, que incluye tres requisitos distintos: congruencia con el peligro que se presente; proporcionalidad entre la gravedad de la medida y la de ese peligro, con especial incidencia en el perjuicio al interés general o de terceros; y elección de la que reuniendo los requisitos expuestos, sea menos restrictiva o perjudicial.

Al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el mismo esté en juego¹⁰, lo que impone examinar el “grado” de dicho interés público, e incluso el de los intereses de terceros, para adoptar la pertinente resolución sobre la suspensión de la ejecución, lo que, en definitiva, exige la valoración de todos los intereses en conflicto. Estos intereses dependerán del caso que se esté enjuiciando, aunque la jurisprudencia –con carácter general- determina que prevalecerá el interés público frente al privado (económico o empresarial)¹¹. Y también debo recordar que ante la escasa jurisprudencia

⁹ *Vide* STS de 6 de noviembre de 2015, F.D. TERCERO (Ar. 5054).

¹⁰ *Vide* STS de 9 de mayo de 2017, F.D. CUARTO (Ar. 2042).

¹¹ *Vide* STS de 17 de julio de 2015, F.D. PRIMERO (Ar. 4137): «Por todo ello, y ponderando los intereses en conflicto, cobra especial relevancia el interés público, por lo que hemos de reiterar lo declarado al respecto por el Tribunal Supremo en la STS de 18 de mayo de 2011, cuyas consideraciones resultan

que ha tomado en consideración los intereses de terceros, en muchos casos, éstos representan o materializan el interés público o general (ej.: consumidores; adjudicatarios; asociación; aficionados a un deporte o federados, etc.).

Cuando confluyen intereses exclusivamente públicos, la regla general otorga preeminencia a la ejecutividad del acto recurrido, aunque existen numerosas excepciones (planeamiento urbanístico; costas, patrimonio histórico-artístico, etc.).

Por lo demás ha de tenerse en cuenta que no es tal ponderación de intereses la ratio legal para la adopción de la medida cautelar, sino que lo que la Ley prevé es que la misma sólo puede adoptarse cuando la ejecución del acto impugnado puede hacer perder su finalidad legítima al recurso. Así pues, siendo esa la razón que debe determinar la decisión, la Ley impone que para resolver sobre si se produce tal pérdida de finalidad del recurso el órgano judicial tenga en cuenta los intereses en conflicto.

El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso (ya lo he dicho antes) y ha sido destacado por la jurisprudencia, en innumerables ocasiones. Así lo hace la STS de 24 de abril de 2014, F.D. TERCERO (Ar. 2356): «El criterio de valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, por su parte, es en este sentido, complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, [...]. De modo que la decisión cautelar ha de ponderar la medida en que el interés público demanda la ejecución, para adoptar la suspensión en función de la intensidad de los intereses públicos concurrentes. Esta operación jurídica en virtud de la cual se valoran, sopesan y ponderan los intereses en juego comprende tanto los intereses públicos como los de carácter privado, así como el contraste entre los diversos intereses públicos concurrentes. Por tanto, *la medida cautelar no puede prescindir de esa valoración de los intereses en conflicto*, como dispone el artículo 130.1 de la LJCA [...]». La concurrencia del periculum in mora, se debe apreciar, cuando, en la ponderación de los intereses que resulten enfrentados, inicialmente presente una importancia superior el interés propio que haya sido invocado por el accionante que reclame la medida cautelar.

Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia «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

exactamente aquí de aplicación, para decidir la denegación cautelar de la medida solicitada, “[...] El interés público es el mantenimiento del mercado competitivo en la venta minorista de carburantes. Y este específico interés público, por la amplitud del contingente de consumidores a los que afecta, y también por la muy directa relación que esta clase de consumo tiene con importantes necesidades básicas de todas esas personas, impone concluir que, en los términos de apariencia externa y provisionalidad que son propios del incidente cautelar, dicho interés público -se repite- presenta una superior entidad a los intereses económicos o empresariales que han sido invocados por la sociedad mercantil recurrente”».

de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto» (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos)¹². O lo que es lo mismo, que «para que resulte procedente la estimación de un interés particular cuyo sacrificio pueda justificar la medida cautelar, será necesario que su importancia sea contrastada con la de los intereses públicos presentes en la actuación administrativa controvertida, y en esa confrontación sea advertida una superior dimensión en el interés particular»¹³.

Estamos en una fase en la que el órgano jurisdiccional sólo puede realizar un análisis meramente indiciario de los intereses enfrentados para decidir cuál ha de ser la solución procedente sobre la medida cautelar. Y tampoco puede adentrarse en el fondo del asunto, en evitación de un perjuicio sobre la misma que resultaría difícilmente compatible con las garantías de la contradicción y prueba que también son inherentes al derecho de tutela judicial efectiva, al carecerse todavía de los suficientes elementos de conocimiento para que tal enjuiciamiento pueda ser debidamente realizado¹⁴.

Ponderar los intereses en conflicto requiere determinar previamente el concepto de interés general, Y esta operación es compleja.

No es fácil precisar el concepto de interés público o interés general. Y es necesario hacerlo, porque el art. 130 determina que habrá que ponderar circunstancialmente todos los intereses en conflicto, y que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Quizás sea este el momento de acotar en que consiste esa *entelequia* que utilizamos los juristas con asiduidad: «interés público/interés general». Cabe preguntarse si cuando hablamos de interés público, estamos hablando de un concepto jurídico indeterminado, o nos referimos a una arbitrariedad de los poderes públicos. Se admite por la doctrina que estamos en el primer supuesto, y que es posible su control judicial. Así ha sido explicado, aunque con matices, por la doctrina:

Alejandro Nieto, en su artículo “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría)*: «los intereses generales son *indefinidos* (en cuanto que ninguna norma lo hace) e *indefinibles objetivamente* (en cuanto que no existe criterio objetivo alguno para realizar esta operación), con la consecuencia de que su función primordial sigue siendo ideológica, es decir, de cobertura legitimadora de los Poderes públicos

¹² Vide STS de 20 de enero de 2015, F.D. SEGUNDO (Ar. 215).

¹³ Vide STS de 21 de junio de 2002, Ar. 7056.

¹⁴ Vide STSJ de Madrid, de 18 de enero de 2017, F.D. SEGUNDO (Ar. 62669).

para justificar el contenido de sus decisiones e incluso su mera intervención formal en las relaciones sociales.

Constatado esto, el análisis ha demostrado, sin embargo, que no es lícito detenerse aquí, ya que la función ideológica tiene una segunda vertiente no menos importante: la limitación del Poder. Si el Poder se legitima por los intereses generales, es claro que dicha legitimación únicamente opera cuando existen tales intereses y fuera de ellos la actuación se convierte en ilegítima».

Y García de Enterría en su artículo “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *REDA*, 89, (1996): «pero me parece que no puede haber ninguna duda en estos dos asertos esenciales: primero, que el término «interés general» es, en efecto, un «concepto jurídico indeterminado» en cuanto es utilizado por las Leyes; y, segundo, que justamente por ello, y sólo por ello, el juez puede controlar -y controla de hecho- su aplicación por la Administración. [...]. Que la idea de interés público o de interés general es un «concepto legal» (mejor que «jurídico», para evitar el equívoco de que se trate de cualquier construcción intelectual y abstracta, como podría dejarse suponer) de alcance indeterminado, es la evidencia misma, desde el momento en que las leyes lo emplean con frecuencia y porque su alcance es, evidentemente, indeterminado, pues no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado. [...]. Interés general o interés público son guías claras que utiliza el constituyente para organizar instituciones o actuaciones públicas. En modo alguno podrían interpretarse, precisamente, como expresiones que habiliten a los titulares de los poderes públicos para acordar lo que su buen querer o imaginación puedan sugerirles, como habilitantes de una verdadera discrecionalidad, en sentido técnico, según la cual cualquier decisión, cualquier opción entre alternativas sería legítima. Más bien la intención del constituyente, [...], viene a ser precisamente la contraria. [...]. La Administración no cuenta con una autonomía de actuación completa. Su actuación está en principio determinada por las Leyes, las cuales son las que efectúan, dentro de la Constitución, la selección de lo que en el concierto social debe ser calificado de interés general y confiado, en una u otra medida, a la gestión administrativa. Pero esta primera selección no agota la función del interés público. Con toda normalidad, las leyes encomiendan a la Administración una actuación determinada, y aun, dentro de ese ámbito de actuación, prescriben la necesidad de que la Administración tome en cuenta para adoptar ciertas medidas (excepciones al régimen común, adopción de medidas exorbitantes, etc.), *un interés más cualificado*».

El interés general al que se refiere la Ley Jurisdiccional no puede ser simple y llanamente el de la Administración, sino el de la ciudadanía. Y, preferentemente la ligada al sector del ordenamiento jurídico objeto de la controversia, al que la Ad-

ministración debe servir con objetividad, eficacia y eficiencia. Interés que no puede confundirse con una ideología concreta, sino con el mandato establecido en las leyes.

Y esta conclusión no es novedosa. Tal y como ha precisado el ATS de 31 de julio de 1990, Ar. 6825: «El conflicto de máximos enfrenta al interés público que reclama la ejecución con el privado que precisa de la medida cautelar a riesgo en otro caso de daños irreversibles o de difícil reversión. La prevalencia del interés público justificaría, por regla general, en tales casos la denegación de la suspensión». Y con posterioridad la STS de 13 de enero de 1997, Ar. 127: «Es doctrina de esta Sala expuesta ya en el Auto de 24 de mayo y Sentencia de 19 de septiembre de 1995 (Ar. 4030 y 6433), que la medida judicial de suspensión de la ejecución de los actos administrativos sujetos a control jurisdiccional, que se regula en los artículos 122 y 126 de la Ley Jurisdiccional, aparece legalmente condicionada en su adopción al resultado de un juicio ponderativo en el cual se consideren, de una parte, el interés público en la inmediata ejecución del acto, desde el concreto enfoque de la perturbación que para dicho interés pueda seguirse en la transitoria suspensión del ejercicio del acto y, de otra parte, el interés, también público, en la preservación del derecho del recurrente a la efectividad de la tutela que recaba -art. 24 de la CE-, para el caso de que la sentencia llegue a estimar las pretensiones que ejercita en el proceso, en cuanto dicho interés pueda quedar afectado por la inmediata ejecución del acto o disposición recurridos, si de la misma van a seguirse daños o perjuicios de imposible o difícil reparación; por ello para que sea posible acordar la suspensión de la ejecución del acto objeto del recurso contencioso-administrativo, constituyendo así una excepción al principio general de la ejecutividad, es necesario, en primer lugar, que la ejecución pueda ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, como exige el artículo 122.2 de la Ley de esta Jurisdicción y ponderar, en segundo término y en cada caso, según expresa la Exposición de Motivos de dicha Ley, la medida en que el interés público requiera la ejecución, para otorgar la suspensión en mayor o menor amplitud según el grado en que el interés público esté en juego; [...]».

Interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son pues los dos conceptos que armonizados, determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión. Lo que en materias que pueden cuantificarse económicamente, en el ámbito de la salud, tiene una gran trascendencia, pues en estos supuestos, la jurisprudencia es contraria a su concesión, excepto si por el recurrente se acredita fehacientemente la imposibilidad alegada. Así se explicita en la STS de 24 de abril de 2014, F.D. CUARTO:

«[...] la denuncia del concierto no supone la negación a la asistencia sanitaria a los mutualistas que opten por la asistencia sanitario del sistema público de salud canario, que podrán seguir acudiendo a los servicios

sanitarios del SCS, pero eso sí, tales asistencias serán facturadas, salvo que se convenga un nuevo concierto con nuevas condiciones.

De manera que los perjuicios derivados de la ejecución de la denuncia del concierto, no está de más insistir, tienen un carácter reversible porque se limitan a la determinación, o si se quiere al aumento, del precio de facturación de los servicios sanitarios. En definitiva, la valoración circunstanciada no inclina, en esa operación de ponderación de los intereses en juego, la balanza a favor de la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido en la instancia.

Por lo demás, no se pone de manifiesto por la representación del Instituto recurrido otros perjuicios que no sean de naturaleza irreversible o irreparable, ni concurre ninguna injerencia competencial en los términos que señala el Abogado del Estado.

En consecuencia, no procede la adopción de la medida cautelar de suspensión porque no pelagra la finalidad legítima del recurso, ni la valoración circunstanciada de intereses avala dicha conclusión [...].».

Porque como es conocido, quien interesa la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente la pérdida de la finalidad legítima del recurso, para adoptar la medida pretendida, sin que baste efectuar meras invocaciones genéricas. Y esta apreciación es aplicable tanto a la justicia constitucional, como a la contencioso-administrativa:

«Los perjuicios alegados por los recurrentes no van más allá de una mera invocación genérica, que parte de la afirmación de que el procedimiento de acreditación previsto en los preceptos impugnados, al contemplarse su inmediata entrada en vigor, sería susceptible de producir alteraciones en la forma de prestación de la asistencia sanitaria en determinados ámbitos específicos, en la medida en que produce un cambio en la dinámica actual de prestación de los servicios por los enfermeros, que podría dar lugar a pérdida de agilidad y eficacia en determinadas modalidades de atención sanitaria.

Dichos perjuicios no sólo tienen un carácter abstracto, carente de un mínimo soporte acreditativo, sino que omiten un aspecto que resulta esencial, esto es, la naturaleza de normas de garantía que cabe atribuir a los preceptos impugnados, que cumplen el objetivo de acreditar la posesión de las habilidades necesarias para el ejercicio de las nuevas facultades que

se atribuyen a los profesionales de la enfermería, cuya suspensión sería susceptible de generar un riesgo evidente en la protección de la salud de los destinatarios de la prestación sanitaria; más aún si ello permitiera entender que, mantenida la vigencia del resto del articulado que no ha sido objeto de impugnación, pudiera llegarse al erróneo entendimiento de facultar a los enfermeros para el ejercicio de las nuevas funciones, sin la previa habilitación que los preceptos impugnados contemplan. Razones todas ellas que justifican el mantenimiento de la vigencia de tales preceptos, sin que pueda apreciarse que su inmediata entrada en vigor constituya en sí misma argumento justificativo que permita llegar a una conclusión de signo contrario, ni se haya alegado perjuicio alguno de carácter efectivo y demostrable, vinculado a la vigencia de tales preceptos»¹⁵.

Pero, a diferencia de otras materias o sectores del ordenamiento jurídico los intereses generales sobre protección a la salud cobran una significación especial, que en todo caso hay que concretar (STS de 7 de noviembre de 2005, Ar. 8187), F.D. TERCERO: «[...]. Pues en contra de lo que aduce la parte recurrente la Sala de Instancia, en los dos autos, a que se refiere la litis, como de sus Fundamentos se advierte, sí que ha valorado los intereses en conflicto, y ha expuesto las razones por las que estima o valora como prioritarios los intereses del farmacéutico afectado, teniendo en cuenta, como expresamente refiere, que los intereses generales, sobre la protección a la salud, que la parte, hoy recurrente, invoca, se podrían haber protegido de otra forma y no con la medida de cierre sin plazo de la farmacia, que además afecta a actividades, como la venta de especialidades farmacéuticas ajenas a la actuación, realización de fórmulas magistrales, que es la que motiva la actuación de la Administración y la adopción de la medida cautelar, a que la litis se refiere»; y deben concretarse (F.D. TERCERO): «[...]. Por último se ha significar, que, según consta en las actuaciones, se invoca un genérico interés general sobre la protección de la salud, y no hay concreción alguna al respecto, sobre en que forma y modo se ha afectado o podido afectar a la salud –cuando además el interesado refiere que se trata de meras infracciones formales–, y por el contrario, el cierre de la farmacia genera la pérdida para el farmacéutico afectado de un interés actual, concreto, económico para él y sus empleados y de la privación del ejercicio de un derecho reconocido por la Administración, venta de especialidades farmacéuticas, que además generaría en perjuicio de los usuarios del servicio farmacéutico, que tendrán que desplazarse a farmacias alejadas de sus domicilios, y todos esos perjuicios serían difícilmente resarcibles, si después se anulara la medida cautelar de cierre de la oficina de farmacia».

¹⁵ Vide Auto del Tribunal Constitucional 162/2016, de 22 de septiembre, F.J. QUINTO.

He afirmado que las medidas cautelares se caracterizan por la petición de parte¹⁶, salvo que los daños al interés público sean evidentes. Se trata de una singularidad, cuando el interés público está en juego, que ha sido avalada por reiterada jurisprudencia: STS de 20 de diciembre de 2011; STS de 7 de junio de 2000: «En primer término, se considera infringido el artículo 124.1 de la Ley Jurisdiccional porque, a juicio del recurrente, se ha impuesto la garantía sin que por parte del Abogado del Estado se haya alegado, argumentado y probado la efectiva causación de un daño a los intereses públicos». El incumplimiento de este requisito, implica una lógica penalización, que los tribunales tienen en cuenta, pudiendo prevalecer el interés particular en el otorgamiento de la suspensión, una vez constatada la existencia del requisito del *periculum in mora*.

B. Idoneidad ínsita en el principio de proporcionalidad

La idoneidad se aplica a lo que tiene las condiciones necesarias para un cierto fin.

La doctrina¹⁷ ha señalado los fundamentos constitucionales del principio de proporcionalidad en la actividad administrativa, a saber: - El principio de “Favor Libertatis” expresión del valor de la libertad y de la dignidad de la persona-, como exigencia constitucional del principio de proporcionalidad de la actividad administrativa. - La justicia material –expresión del Estado de Derecho- como exigencia constitucional del principio de proporcionalidad de la actividad de la Administración. - La delimitación constitucional del comportamiento del sector público económico, según el principio de proporcionalidad: necesaria adecuación de medios y fines. - La misión constitucional de “*servir con objetividad los intereses generales*”, justificadora del sometimiento de la Administración al principio de proporcionalidad. - El control jurisdiccional del sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican, fundamenta un control de proporcionalidad. - El principio de autonomía territorial que la Constitución garantiza, postula la utilización del principio de proporcionalidad en las relaciones interadministrativas.

El principio de proporcionalidad como un principio general del derecho, ha sido establecido, entre otras, por la STS de 16 de mayo de 1990 (Ar. 4167):

¹⁶ Vide STS de 21 de marzo de 2001, Ar. 5914: «Pues bien, el señor Abogado del Estado es el obligado a suministrar y concretar ante el Tribunal Jurisdiccional los graves perjuicios que para esos intereses pudiera causar, en el caso concreto, la no ejecución inmediata del acto administrativo recurrido, como recuerda la jurisprudencia de este Tribunal Supremo».

¹⁷ Vide LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, p. 76-89.

«Los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas –artículo 1.4 del Título Preliminar del Código Civil- y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho – artículo 103.1 de la Constitución-. Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios.

Uno de estos principios reiteradamente invocado por la jurisprudencia, es el de proporcionalidad, que deriva claramente del artículo 106.1 de la Constitución que al dibujar el control jurisdiccional de la Administración alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican: aunque en ocasiones este precepto se ha entendido como una alusión a la desviación de poder, su sentido es mucho más amplio y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida.

El principio de proporcionalidad, en lo que ahora importa, opera en dos tipos de supuestos:

- a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el Ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables.
- b) Ya con carácter excepcional y en concesión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado».

El principio de proporcionalidad en su sentido amplio se compone de tres elementos o subprincipios: a) el de la utilidad o adecuación; b) el de la necesidad o indispensabilidad; c) el de proporcionalidad estricto sensu. Cada uno de estos elementos que lo integran requiere un juicio o análisis en su concreta aplicación que implica un enjuiciamiento de la medida desde tres puntos de vista diferentes: la medida enjuiciada ha de ser idónea en relación con el fin, esto es, es preciso que al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto (*juicio de adecuación*); en segundo lugar, la medida ha de ser necesaria, o la más moderada de entre todos los medios útiles, en el sentido de que no sólo ha de comprobarse si la acción se legitima por el fin en cuanto susceptible de alcanzarlo, sino que además es imprescindible porque no hay otra más suave o moderada a tal propósito (*juicio de indispensabilidad*); y, finalmente, proporcionada, esto es, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios

y ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades, es decir, es preciso que la medida enjuiciada sea también razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social que se busca con la finalidad perseguida (*proporcionalidad estricto sensu*).

La ponderación de los intereses en conflicto lleva aparejada la necesidad de determinar la idoneidad ínsita en el principio de proporcionalidad inherente a todas las medidas cautelares. De otro modo, la medida adoptada sería desproporcionada, lo que vulneraría el equilibrio necesario para adoptar una resolución de esta naturaleza. Así lo ha evidenciado reiterada jurisprudencia [STS de 7 de noviembre de 2005 (Ar. 8187), F.D. PRIMERO]:

«El auto que es objeto del presente recurso de casación, desestima el recurso de súplica interpuesto contra el anterior, que había acordado la suspensión de la resolución impugnada, refiriendo en su Fundamento de Derecho Primero, lo siguiente: «Primero. –El presente incidente tiene por objeto determinar si procede o no la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido, consistente en decretar el cierre cautelar, sin carácter de sanción, de la oficina de farmacia de la que es titular la recurrente. Para resolver esta cuestión es necesario partir de que dicho cierre tuvo lugar por la concurrencia de una serie de deficiencias técnicas y sanitarias en que incurrió la recurrente, y que esencialmente se refieren a la realización de fórmulas magistrales con infracción de la normativa sanitaria vigente. La reiteración en este comportamiento concluyó que la Administración ordenara el cierre hasta tanto, según se dice, se rectifiquen las deficiencias técnicas y sanitarias y desaparezca así el riesgo creado para la salud pública y se cumplan los requisitos exigidos por la normativa sanitaria vigente, lo que, conforme a la resolución recurrida, debía acreditar fehacientemente la interesada ante el órgano administrativo. A estos antecedentes conviene añadir que la fabricación de medicamentos o fórmulas por la recurrente no se realizan en la oficina de farmacia, elaborándose clandestinamente en un local distinto, y los productos son comercializados mediante envíos particulares a domicilios o entregas directas en clínicas, pero no a través de su venta al público en el establecimiento. Así pues, y sin negar el evidente interés público que subyace en la actividad administrativa que desembocó en el cierre de la oficina, debe considerarse que la concreta medida cautelar adoptada *no parece responder a la nota de idoneidad ínsita en el principio de proporcionalidad inherente a todas las medidas cautelares*, por cuanto no es adecuada para alcanzar el fin pretendido de salvaguarda de la salud pública. Si la elaboración de las fórmulas se realiza en lugar diferente del local destinado a farmacia, el cese de tal actividad

no puede lograrse mediante el cierre del establecimiento. Por otra parte, la finalización de las irregularidades que justifican el cierre cautelar sólo puede tener lugar mediante una decisión de voluntad de la recurrente de no elaborar en el futuro más productos, lo que, por pertenecer a su fuero interno, no puede ser constatable materialmente. Esta última circunstancia determina que la medida, aun pretendidamente limitada en el tiempo hasta el cumplimiento de la normativa sanitaria, sea en realidad indefinida, lo que entraña una inadmisibile vulneración de otra derivación del *principio de proporcionalidad*, consistente en la certeza de la duración de la medida, pues el cierre cautelar “sine die” equivale al cierre definitivo. En este caso, además, es previsible que el cierre de la farmacia se dilate un tiempo superior al que supondría la tramitación del procedimiento sancionador (también abierto contra la recurrente y en el que podría adoptarse con carácter definitivo el cierre), dada la interrupción del procedimiento a causa de la incoación de un proceso penal. No puede olvidarse, por otro lado, que si los hechos que han motivado el cierre afectan a la actividad de laboratorio desarrollada en la farmacia, es posible acordar la suspensión de ésta sin incidir en la actividad de venta de especialidades farmacéuticas».

Cuestionando las medidas adoptadas, cuando estas no respetan estos principios [STS de 7 de noviembre de 2005, F.D. TERCERO (Ar. 8187)]: «Por otro lado, no puede aceptarse, como refiere la parte recurrida, que la medida de cierre, sine die, de la farmacia, sea idónea y proporcionada, cuando de lo que se trata es de evitar la realización fórmulas magistrales, que además, según refiere la resolución impugnada, se venían haciendo en un local anejo a la farmacia. Pues se podía precintar el local o laboratorio donde se realizaban las fórmulas magistrales, se podía haber prohibido esa actividad, o en fin precintar o depositar los elementos precisos para tal actividad; sin olvidar que el cierre de una farmacia es una de las sanciones más graves y siempre se ha de acordar para un plazo más o menos largo según los hechos que la motiven, pero no sin concreción de plazo, que es también lo que valora la resolución impugnada».

Y esta es una cuestión capital, porque se convierte en objeto obligado de su análisis a los efectos de la petición de suspensión solicitada [STS de 7 de noviembre de 2005 (Ar. 8187), F.D. PRIMERO]: «Y procede rechazar tal motivo de casación, además de lo más atrás expuestos, porque si bien es cierto, que esta Sala reiteradamente ha declarado, que en el incidente de medidas cautelares, se ha de evitar cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto, en atención prioritariamente, a que en el incidente no se tienen todos los datos ni las alegaciones precisas para ello, no hay que olvidar, que en el caso de autos, dada la naturaleza y objeto de la resolución impugnada, que es propiamente una medida cautelar, cierre cautelar de una farmacia,

antes del inicio del expediente sancionador y cuando también constan la existencia de unas actuaciones penales, como valora la resolución impugnada, *la valoración sobre la proporcionalidad o no de la medida cautelar*, a los efectos de la suspensión solicitada, *se convierte en objeto obligado de su análisis*, aunque ciertamente se pueda y deba entender referido, *a solo los efectos de la petición de suspensión interesada*, sin perjuicio obviamente de que después en el fondo del asunto, ya con todos los datos y antecedentes que ofrezcan las partes, se pueda incluso mantener la validez de la medida cautelar adoptada».

Objeto del análisis que queda acotado al ámbito temporal momentáneo en que se adopta la medida cautelar (STSJ de Cataluña, de 8 de junio de 2011, F.D. TERCERO, Ar. 266659):

«Para determinar si la suspensión provisional de funciones de la señora Martina por seis meses adoptada en la Resolución recurrida en instancia, es razonable y proporcionada habrá que tener en cuenta los hechos por los que se ha incoado el expediente sancionador. En la citada Resolución se dice lo siguiente:

“Segundo. El 18 noviembre 2008 el gerente de Ámbito de atención primaria Centro ha propuesto que se incoe expediente disciplinario a la Sra. Martina atendiendo al resultado de la información reservada realizada para dilucidar las anomalías detectadas en el registro de datos en la historia clínica de pacientes de aquella enfermera.

En el informe de conclusiones de la información reservada se ponen de manifiesto las presuntas irregularidades siguientes:

- Se ha constatado la existencia de numerosos registros de actividad vacunal efectuados con el login de la Sra. Martina, correspondientes a días en que aquélla estaba de vacaciones, permiso o baja laboral. Así, se han identificado 76 registros de actividad vacunal en días de ausencia justificada de la Sra. Martina en el mes de diciembre de 2007.

Hay que aclarar que, según consta en la documentación de la información reservada, aquellos datos fueron introducidos en fechas diferentes de la fecha en que se computa la actuación profesional.

- Una usuaria, difunta desde el 9 marzo 2006, que no había sido dada de baja de l'e-CAP por error, consta como vacunada de la gripe el 14 diciembre 2007 en la hoja de registro vacunal y en el registro de actividad; registro introducido con el login de la Sra. Martina.

- Otro usuario consta como vacunado de la gripe el 14 diciembre 2007 en la hoja de registro vacunal y en el registro de actividad, hecho que aquel ha desmentido expresamente. El registro fue introducido con el login de la Sra. Martina.

-Uno de los días en que la enfermera Sra. Margarita hacía la sustitución de la Sra. Martina, concretamente el 19 diciembre 2007, visitó a un paciente diabético, y lo citó al cabo de 15 días para examinarle de los pies. Cuando el paciente fue a hacerse la revisión, 15 días después la Sra. Margarita observó que en la historia clínica del paciente aparecía esta revisión como hecha el mismo día de la visita anterior y ella no lo había introducido. En el registro informático de datos de actividad consta un registro de exploración del pie diabético efectuada a aquel paciente el día 19 diciembre 2007, pero introducido día 27 diciembre 2007 con el login de la Sra Martina .

El informe de conclusiones de la información reservada argumenta detalladamente que las presuntas actuaciones irregulares de la señora Martina, registrando actos profesionales inexistentes, han tenido efecto económico en el importe del complemento de retribución variable DPO-2007”.

Asimismo en las Consideraciones Jurídicas de la Resolución de 1 de diciembre de 2008 dice que: *“en este caso, la especial gravedad de los presuntos hechos que se imputan a la Sra. Martina, que podrían implicar un riesgo para la salud de los usuarios, al haber introducido datos falsos en las historias clínicas de sus pacientes, aconseja la adopción de esta medida cautelar, para impedir que se puedan repetir actuaciones similares a las que se le imputan”* (Cuarta, segundo párrafo). Y que: *“del estudio de la documentación correspondiente a la información reservada tramitada, esta Dirección Gerencia aprecia la existencia de indicios fundados de criminalidad en la actuación de la Sra. Martina, que podría ser constitutiva de un delito de falsedad documental y de un delito de estafa (...) Por tanto (...) corresponde suspender la tramitación del procedimiento disciplinario y poner los hechos en conocimiento del Ministerio fiscal”* (Quinta primer y segundo párrafos).

A la vista de los datos expuestos este Tribunal ha llegado a la conclusión de que *en el momento en que se adoptó la medida de suspensión provisional de funciones de la recurrente por la Administración, esta fue proporcionada y congruente con el peligro que representaba la continuidad de la recurrente en su puesto de trabajo, al tratarse de hechos que podrían implicar un riesgo para la salud de los usuarios del sistema sanitario público al haber introducido datos no concordantes con la realidad en las historias clínicas de los pacientes, y la necesidad de evitar que se pudieran*

repetir situaciones similares a las que en la resolución se imputan a la actora. La referencia que se hace en la resolución a la gravedad de los hechos no es abstracta, puesto que en el expediente figuran ejemplos concretos referidos a determinados pacientes respecto a los cuales se han introducido datos falsos en sus historias clínicas. Resulta razonable pues adoptar la medida de suspensión pues con ella se evita el peligro de nuevas lesiones al interés público protegido. Se trata de un supuesto de especial gravedad en el que la continuidad del funcionario expedientado en su puesto, puede perturbar el funcionamiento del servicio y perjudicar además la instrucción del expediente».

C. El juicio de ponderación debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación adecuada

El derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho, sobre el fondo de la pretensión oportunamente deducida. Y las pretensiones se desenvuelven y conocen en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías que permitan el derecho de defensa.

La motivación debe ser acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada. Esta es una evidencia fácilmente constatable:

- STS de 3 de diciembre de 1996 (Ar. 9518): «Las medidas que se acuerden o la prestación de caución o garantía suficiente para responder de los perjuicios de cualquier naturaleza que puedan derivarse de la medida cautelar deben ser motivadas con expresión de las circunstancias y razones que justifican la regulación, siendo la objetivación de los criterios seguidos para fundar la adopción de las mismas un requisito imprescindible para que las partes puedan, en su caso, recurrir frente a dichas decisiones».

- STS de 9 de diciembre de 2002: «La simple enumeración de los preceptos y su contenido esencial, son reveladores de la falta de fundamentación del motivo, pues la medida cautelar fue adoptada, si bien se exigió previamente la prestación de fianza por cinco mil millones de pesetas, siguiendo la pauta general de los artículos 130.1 de la Ley Jurisdiccional y 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estando el Auto escueta, aunque suficientemente motivado en sus términos y específicamente en la cuantía de la fianza, señalada teniendo en cuenta la superficie de los terrenos afectos y los cálculos y perjuicios invocados por el titular de los terrenos a los que se remite, en relación claro está con la enorme envergadura económica del proyecto del Parque Temático. Todo ello, conduce a la desestimación del motivo».

- STSJ de Madrid, de 17 de octubre de 2006 (Ar. 2007/217): « QUINTO.- [...] En este sentido, el Tribunal Constitucional, en STC 22/85, 15 de febrero, puso de relieve cómo «la adopción de medidas cautelares en un procedimiento sancionador no vulnera derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se establezca por resolución fundada en derecho y se base en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes, pues una medida cautelar desproporcionada e irrazonable no sería propiamente cautelar y tendría carácter punitivo en cuanto al exceso».

La motivación de la medida constituye, así pues, no sólo un requisito formal [...], sino un elemento estructural básico de la resolución, [...]. En todo caso, esta exigencia de motivación no es extraña a las condiciones generales a que debe ajustarse el deber de motivar los actos limitativos de derechos, deber destinado a la expresión de las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la decisión, facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa, operación que no puede verificarse en abstracto o de acuerdo con pautas generales, pues será en cada caso concreto donde pueda dilucidarse si, atendidas las especiales circunstancias concurrentes, se expresan las razones suficientes para venir en conocimiento de la fundamentación del acto. [...].

La imposibilidad de comprobar la concurrencia del requisito de la proporcionalidad de la medida preventiva a causa de la ausencia de motivación permite entender vulnerado el derecho de defensa en relación con el derecho a la libertad de información, cuya privación sin justificación aparenta ser arbitraria, sin que el resto de los derechos constitucionales cuya infracción también se denuncia sea apreciable por idénticas razones a las indicadas respecto del acto de iniciación del procedimiento sancionador».

- STS de 13 de junio de 2007 (Ar. 8361): «[...] 6ª. Desde una perspectiva procedimental la LJ apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”; expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación “en forma circunstanciada” de los citados intereses generales o de tercero. [...]».

IV. INTERESES CONCURRENTES EN EL ÁMBITO DE LOS MEDICAMENTOS, PRODUCTOS, CENTROS, SERVICIOS Y ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS

1. Medicamentos y productos sanitarios

A. Principio de precaución

El principio de precaución ha sido modulado por el Derecho Comunitario, tanto a través del reconocimiento positivo, como de la jurisprudencia emanada del Tribunal de las Comunidades Europeas y cuyo aval definitivo tuvo lugar a través del Tratado de Maastricht de 1992, al incorporarse en el art. 174.2 TCE, que expresamente reconoce que «la política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente se basará en los principios de precaución y de acción preventiva». Y aunque surge dentro del ámbito de protección medio ambiental, pronto se extiende en el sector relativo a la protección de la salud, precisamente en el marco de supuestos de productos alimenticios destinados al consumo humano, que cumplen las autorizaciones y controles exigidos normativamente, y sin embargo se retiran del mercado por una decisión administrativa, sobre la base de que investigaciones científicas y nuevos conocimientos arrojan dudas sobre su inocuidad. Así lo corrobora el art. 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 174).

Merece ser destacada la Sentencia del Tribunal de Justicia, «Reino Unido/ Comisión y National Farmers Unión I», de 5 de mayo de 1998, en relación con el denominado caso de las vacas locas, declarando en base al citado art. 174, que «debe permitirse que cuando subsistan dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medias de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad de tales riesgos».

Esto es, se viene a reconocer el derecho de las autoridades nacionales a tomar medidas preventivas de la salud humana en el marco de la libre circulación de mercancías. Pero esta autorización general, está lejos de quedar justificada, y a la postre legitimada, con la mera invocación del principio de precaución para su aplicación. No basta la incertidumbre y el posible riesgo para la salud para amparar cualquier medida excepcional bajo la protección del principio de precaución. Sino que la tensión a que se ven sometidos los intereses en conflicto, dignos de protección, se equilibran mediante la exigencia y aplicación de una serie de factores y elementos que resultan indispensables para poder adoptar medidas excepcionales amparadas en dicho principio de precaución.

Las dificultades que la práctica en el mercado europeo puso de manifiesto para la aplicación del principio de precaución, entre otras razones por sus dificultades conceptuales, en tanto se permite excepcionalmente a los poderes públicos adoptar

medidas preventivas cuando exista incertidumbre científica sobre un riesgo inminente, dio lugar a que en 13 de abril de 1999 el Consejo aprobara una resolución por la que se instaba a la Comisión para seguir en el futuro, con mayor determinación aún, el principio de precaución en la preparación de las propuestas legislativas y en sus otras actividades relacionadas con la política de los consumidores y definir con carácter prioritario orientaciones claras y eficaces para la aplicación de este principio. En cumplimiento de la misma la Comisión redactó una Comunicación sobre el recurso al principio de precaución, publicada en 8 de febrero de 2000, con objeto de orientar su aplicación en la Unión Europea. Dicha Comunicación parte de que procede invocar el principio de precaución «cuando la información científica es insuficiente, poco convincente o incierta y cuando hay indicios de que los posibles efectos sobre el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pueden ser potencialmente peligrosos e incompatibles con el nivel de protección elegido».

La Comunicación requiere que se trate de una situación potencialmente peligrosa, la cual debe identificarse mediante una evaluación científica de los efectos potencialmente peligrosos, ponderada de acuerdo con los datos disponibles; la evaluación científica debe apoyarse en bases y conocimientos fiables, así como en un razonamiento lógico para llegar a una conclusión que exprese la posibilidad del acontecimiento y la gravedad del impacto ambiental o sobre la salud de una población dada, incluida su magnitud, persistencia, reversibilidad y derivaciones posteriores. De esta operación ha de nacer una incertidumbre científica.

Por tanto, el principio de precaución exige la concurrencia de los dos factores, la identificación del riesgo y la incertidumbre científica resultante de la evaluación efectuada. Ciertamente cuando se trata de productos que gozan de las autorizaciones requeridas, surge una inevitable tensión entre ciencia y el Derecho, y la forma de resolverlos es exigiendo que la evaluación científica sea exhaustiva.

No basta la mera existencia de incertidumbre y riesgo grave para la salud, elementos que a consideración de las Administraciones implicadas pueden parecer suficientes para adopción de las medidas excepcionales, sino que como medidas excepcionales, que además pueden ocasionar gravísimos daños económicos e incluso hundir a industrias y sectores de producción y comercialización, respecto de productos que se ajustan a la legalidad, la exigencia de exhaustividad en el contraste y acreditación efectiva de la incertidumbre resulta ineludible. Por tanto, la evaluación ha de ser «lo más completa posible», concepto jurídico indeterminado que ha sido aclarado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 9 de septiembre de 2003, sin que en modo alguno el principio de precaución como instrumento de gestión del riesgo, que permite la adopción de medidas específicas y excepcionales en

un contexto de incertidumbre científica, pueda servir de excusa para eludir profundizar exhaustivamente en el ámbito de la propia investigación¹⁸.

He de recordar que la Comunicación sienta unos criterios a los que han de ajustarse las medidas fundadas en el principio de precaución. En concreto tales medidas han de ser:

- Proporcionadas: esto es adecuadas dadas las circunstancias y en función de la peligrosidad y el nivel de protección elegido. Lógicamente la proporcionalidad ha de conllevar que se elijan las medidas de reducción del riesgo entre las alternativas menos restrictivas. Proporcionalidad que también exige la legislación española.

- No discriminatorias: se han de aplicar de manera que posibiliten un nivel de protección equivalente. Desde luego, desde un punto de vista comercial la medida puede resultar gravemente discriminatoria si no afecta a todos los productos con el mismo problema, con independencia de su origen geográfico.

- Coherentes con medidas similares ya adoptadas en condiciones parecidas o utilizando planteamientos semejantes.

- Ponderadas en relación con las ventajas y los inconvenientes que implican, teniendo en cuenta el análisis económico correspondiente y otras consideraciones sociales o que se refieran a la salvaguarda de la salud humana.

- Provisionales: manteniéndose mientras perduren los factores que procuraron su adopción y dependiendo su modificación tanto de la evolución de las investigaciones científicas, como de la persistencia del riesgo.

Desde luego, ya ha quedado dicho, el principio de precaución y de cautela permiten, incluso obligan, a adoptar medidas preventivas para evitar daños a la salud pública, de cuya producción no se tiene certeza científica. Lo que conlleva necesariamente perjuicios económicos y patrimoniales, a veces, como enseña la práctica, de enorme importancia, respecto de interesados que cumplen estrictamente con la legalidad en dicho momento exigida. Pero en estos casos, cuando las medidas están justificadas, no se puede hablar de daños antijurídicos¹⁹.

¹⁸ Vide STSJ de Andalucía, de 5 de enero de 2006, F.D. SEXTO (Ar. 256).

¹⁹ A sensu contrario Vide STSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2004, F.D. SÉPTIMO (Ar. 605): «Por otra parte la actora expresa que la resolución administrativa impugnada es nula por cuanto vulnera el ordenamiento jurídico toda vez que, se han adoptado medidas cautelares preventivas sin que concurriera el requisito legal exigido para su adopción como era la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud como así imponen tanto el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y el artículo 106 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. En este sentido la recurrente entiende que los nuevos productos Skin Cap puestos a su comercialización en fecha 1 de septiembre de 1997 no podían causar un grave perjuicio para la salud de los usuarios de los mismos porque no contenían

B. El escaso número de resoluciones judiciales cautelares en relación con los medicamentos y productos sanitarios

a). *Medicamentos*

Sostenibilidad²⁰, política, salud, derechos fundamentales, bienestar, innovación, medicamentos, propiedad intelectual, patentes, productos sanitarios, etc., son términos o expresiones que nos sitúan en la estela de una realidad cotidiana a nivel mundial²¹. Esta realidad se encuentra inmersa desde hace muchos años en un proceso de armonización científico y técnico. Y el mismo afecta a medicamentos y productos sanitarios con un resultado desigual.

El medicamento es un producto especial, resultado de múltiples investigaciones que se materializan en una patente. Con posterioridad se someterá a un conjunto de pruebas de diversa naturaleza (físicas, químicas, farmacológicas, toxicidad, ensayos clínicos, etc.). Obtenida la autorización deberá procederse a su fabricación, envasado etiquetado, etc. A continuación se inicia el proceso de distribución hasta llegar a las oficinas de farmacia. Y la entrega al paciente se producirá siguiendo las indicaciones establecidas por el grupo normativo regulador²². Pero, lejos de finalizar el ciclo, debo manifestar que el mismo se retroalimenta bien por conflictos de intereses: financieros²³, por prestigio, para tener más pacientes, por motivos religiosos, etc; o por la contradicción entre los intereses de las empresas farmacéuticas y de los ciudadanos²⁴.

clobetazol propionato. Afirma que en los productos Skin Cap que se comercializaban con anterioridad a dicha fecha se obtenía un falso positivo con el alcohol de 96° que se utilizaba como disolvente, alcohol que se ha sustituido por el alcohol de 99°».

²⁰ Vide AAVV, “Elecciones generales, Consejo de Europa, salud pública e industria farmacéutica”, *Butlletí Groc*, Vol. 28, 4, (2015), p. 18: «[...] de cada 100 euros destinados a sanidad, más de 25 se consumen en medicamentos. Por estos y por otros motivos, merecen la aplicación de políticas, leyes y normas que protejan la salud de los ciudadanos y también la supervivencia de los sistemas públicos de salud».

²¹ Vide DECLARACIÓN DE LA ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA de 29 de septiembre de 2015:

«1. En el siglo XX la humanidad ha presenciado los avances médicos más espectaculares de su historia. El progreso científico nos ha permitido identificar el origen de incontables enfermedades y desarrollar tratamientos que han mejorado de manera significativa el estado de salud de la población. La industria farmacéutica ha tenido un papel indiscutible, con inversiones masivas en la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos. Sigue haciéndolo y en consecuencia es uno de los actores claves del sector salud y al mismo tiempo supone una muy importante actividad en muchos países. [...]».

Debo manifestar la importancia de esta declaración al ser aprobada por representantes políticos de 47 países que forman el Consejo de Europa, y el valor moral de la misma por tratarse de una institución que es referencia mundial en derechos humanos, valores democráticos y salud y bienestar social.

²² Vide BARRANCO VELA, R. (Dir.), *El acceso al medicamento*, Comares, Granada, 2010.

²³ Vide STS de 24 de octubre de 2014 (Ar. 5831), Voto particular emitido por D. Pedro José Yagüe Gil.

²⁴ Vide AAVV, “Elecciones generales, Consejo de Europa, salud pública e industria farmacéutica”, *Butlletí Groc*, Vol. 28, 4, (2015), p. 17: «[...] Hace 10 años, el Comité de Ciencia y Tecnología de la Cámara de los Comunes británica ya advirtió sobre la influencia indebida de la industria sobre la producción de

Lo que resulta evidente es que los medicamentos y productos sanitarios tienen una notable dimensión social. Y por tanto, son objeto de regulación por parte de los poderes públicos. Pero, esta dimensión afecta a un nutrido grupo de alternativas terapéuticas o no: vitaminas, minerales, probióticos, enzimas, preparados de plantas medicinales, etc. Muchos de ellos deben ser adquiridos en farmacias, pero también es posible encontrarlos en parafarmacias, herbolarios o incluso por internet. La sociedad los demanda y la publicidad los da a conocer en un bombardeo incesante. Y todo ello en un contexto donde el ciudadano es soberano y ejerce la opción de auto-diagnóstico y autocuidado con una versatilidad prodigiosa. Es decir, más allá de los medicamentos sujetos a prescripción médica existe una constelación de medicamentos sin receta (publicitarios, elaborados a base de plantas medicinales, homeopáticos), productos sanitarios, complementos alimenticios, cosméticos, productos para el cuidado personal, alimentos funcionales, etc.²⁵. O incluso medicamentos que pueden adquirirse a través de la red²⁶. A los que hay que sumar los “productos frontera”, que pueden ser calificados de una u otra manera.

Esta situación es relevante socialmente, por el nuevo perfil de ciudadano demandante de salud, y en unas condiciones distintas a las que hemos conocido anteriormente. Las características de las personas que reciben atención sanitaria ha sufrido una profunda modificación en los últimos veinte años²⁷. Y, evidentemente, supone un enorme segmento de negocio para la industria farmacéutica²⁸, cosmética y alimentaria, así como para distribuidores, farmacias y parafarmacias.

El régimen jurídico de los medicamentos en la Unión Europea viene determinado por la Directiva 2001/83 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de

conocimiento, la investigación, la docencia, la formación continuada, las sociedades científicas y los profesionales de salud, e incluso sobre el conjunto de la población. La medicalización de la sociedad, uno de los síntomas de la que es la exageración de enfermedades (por ej., TDAH, demencia, depresión, hipertensión ligera, colesterol) o simplemente su construcción industrial (por ej. disfunción sexual femenina, duelo de más de quince días), es alentada por la industria farmacéutica, a través de medios de comunicación, sociedades científicas, instituciones sanitarias y asociaciones de pacientes».

²⁵ Vide VIDA FERNÁNDEZ, J., *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos*, Tirant, Valencia 2015, Anexo.

²⁶ Vide Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica

²⁷ Vide PÉREZ GÁLVEZ, J. F., “La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, en PÉREZ GÁLVEZ, J. F., (Dir.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015, pp. 91-93.

²⁸ Vide AA.VV., “Elecciones generales, Consejo de Europa, salud pública e industria farmacéutica”, *Butlletí Groc*, Vol. 28, 4, (2015), p. 17: «[...] La aprobación precipitada, por las agencias reguladoras, de nuevos medicamentos y tecnologías insuficientemente evaluados (eficacia demostrada sólo sobre variables subrogadas, ensayos clínicos demasiado cortos y con métodos poco rigurosos, que tan a menudo obligan a modificar la ficha técnica cuando finalmente se descubren y se reconocen nuevos efectos indeseados graves), también es fruto de las presiones industriales».

noviembre, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, que constituye el marco común dentro de la Unión Europea. Esta disposición ha sido complementada por el Reglamento Delegado (UE) 1252/2014, de 28 de mayo, desarrollado por el Reglamento Delegado (UE) 357/2014, de 3 de abril y por el Reglamento de ejecución (UE) 520/2012, de 19 de junio, y nuevamente complementada por el Reglamento Delegado 2016/161/UE, de 2 de octubre.

El estudio de los medicamentos ha sido objeto de abordaje por doctrina cualificada, y afortunadamente disponemos de un buen número de trabajos que determinan con detalle su régimen jurídico. Por este motivo, no es necesario perfilar más su contenido en relación con la valoración y ponderación circunstanciada de los intereses concurrentes, más allá de lo que expondré en el apartado conclusión.

b). Productos sanitarios

El régimen jurídico de los productos sanitarios se determina en la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, modificada por la Directiva 2007/47/CE. El 26 de mayo de 2017, entraron en vigor los nuevos Reglamentos europeos de productos sanitarios. El primero de ellos, el Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, que modifica la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) 178/2002, y el Reglamento (CE) 1223/2009, deroga las Directivas del Consejo 90/385/CEE y 93/42/CEE, será de aplicación a partir del 26 de mayo de 2020. El segundo, el Reglamento (UE) 2017/746 de productos sanitarios *in vitro*, que deroga la Directiva 98/78/CE y la decisión de la comisión 2010/227/UE, lo será a partir del 26 de mayo de 2022.

Los nuevos Reglamentos suponen un importante cambio en el sector de los productos sanitarios que exigirá nuevas y más estrictas obligaciones a todos los operadores, a los efectos de conseguir un incremento de la transparencia y las garantías de trazabilidad en el mercado.

Dado que se prevé un periodo transitorio de tres años desde su entrada en vigor, desde el 26 de mayo de 2017 y hasta el 26 de mayo de 2020 podrán coexistir ambos marcos regulatorios pudiéndose emitir certificados de acuerdo a lo dispuesto en el nuevo Reglamento o a las antiguas Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE. En este último supuesto, los certificados tendrán una validez máxima de 5 años y se considerarán nulos a partir del 27 de mayo de 2024. En cualquier caso, un producto introducido en el mercado conforme a los requisitos de las antiguas Directivas únicamente podrá seguir comercializándose o ser puesto en servicio hasta el 27 de mayo de 2025.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 40, apartados 5 y 6, atribuye a la Administración General del Estado competencias para la re-

glamentación, autorización, registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas; así como para reglamentar y autorizar las actividades de quienes se dedican a la fabricación e importación de los citados productos. A su vez, el artículo 110 de dicha Ley le encomienda valorar la seguridad, eficacia y eficiencia de las *tecnologías* relevantes para la salud y la asistencia sanitaria.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define tecnología del siguiente modo: «conjunto de conocimientos y medios técnicos aplicados al desarrollo de una actividad; particularmente, industrial», y sanitario como lo relacionado con la sanidad, que es el «conjunto de servicios administrativos que se refieren a la salud pública».

La Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, establece en el art. 3.l) el siguiente concepto de tecnología sanitaria: «un medicamento, producto sanitario, o procedimientos médicos o quirúrgicos, así como las medidas para la prevención, el diagnóstico o el tratamiento de enfermedades utilizados en la asistencia sanitaria». Definición que es corroborada en el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, que establece las normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre de 2010, sobre receta médica y órdenes de dispensación, art. 3.13.

La Decisión 1982/2006/CE, de 18 de diciembre, Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración, establece en el anexo I, como una investigación biomédica vigorosa en la UE ayudará a fortalecer la competitividad de las industrias farmacéuticas y de la biotecnología sanitaria y la tecnología médica europeas. Entre las actividades que tendrá presentes se encuentran las tecnologías en sus diversas variantes propiciando un uso adecuado y su control de eficacia en el uso a gran escala de las nuevas tecnologías médicas (incluidos los aparatos) y terapias avanzadas a fin de garantizar un alto nivel de protección y beneficio para la salud pública.

Y consciente de esta realidad la Directiva 2011/24/UE, art. 14, insta a la Unión a apoyar y facilitar la colaboración y el intercambio de información entre los Estados miembros mediante una red discrecional que conecte entre sí a las autoridades nacionales responsables en materia de sanidad, que designen los Estados miembros²⁹.

²⁹ *Vide* Decisión de Ejecución 2011/890/UE, de 22 de diciembre, que adopta las normas del establecimiento, gestión y funcionamiento de la red de autoridades nacionales responsables en materia de salud electrónica (DOL 28 de diciembre 2011, núm. 344).

La evidencia empírica demuestra que el desarrollo científico y tecnológico ha impulsado una mayor oferta de servicios profesionales nuevos y más especializados. Esta es una de las razones que desencadenan una mayor complejidad de las relaciones entre profesionales y pacientes. Pues los primeros están obligados a servirse de conocimientos y habilidades cada vez más rigurosos, técnicos y especializados, lo que origina una necesidad de mayor preparación y cualificación. De este modo se acentúa la distancia entre el profesional sanitario y el profano por la condición de experto o técnico que concurre en el primero.

La problemática que se plantea es clara, como también lo es la respuesta, donde la comprobación de la relación entre el resultado dañoso y la conducta negligente, es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo *científico y tecnológico* pues en ocasiones se desconoce cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones *científicas y tecnológicas*³⁰.

La Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio) establece su aplicación a los productos sanitarios, cosméticos y productos de cuidado personal, en su disposición adicional tercera, en los siguientes términos:

«1. De conformidad con lo dispuesto en esta ley, se determinarán reglamentariamente las condiciones y requisitos que cumplirán los productos sanitarios para su fabricación, importación, investigación clínica, distribución, comercialización, puesta en servicio, dispensación y utilización, así como los procedimientos administrativos respectivos, de acuerdo con lo establecido en la normativa de la Unión Europea.

2. Lo establecido en el apartado anterior se aplicará igualmente, en aquello que proceda, a los productos de cuidado personal y cosméticos.

³⁰ Vide MARTÍN BERNAL, J. M., *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley, Madrid, 1998, p. 352: «La doctrina tanto española como extranjera viene distinguiendo entre riesgos típicos y atípicos, entendiéndose que las primeras son aquellas que pueden producirse con más frecuencia en cada tratamiento conforme a la experiencia y al estado del conocimiento científico-técnico actuales. Sobre tal distinción parece que el médico ha de informar de las consecuencias seguras que se producirán por la ejecución de cada tratamiento específico o intervención, y que sean relevantes o de importancia para el caso concreto de que se trate». En la p. 362 concluye: «Desde la dimensión negativa habría que excluir del deber de información del médico las consecuencias o riesgos excepcionales o atípicos, es decir, aquellos que -de acuerdo con la ciencia y experiencia médicas- no son previsibles». En la p. 731 determina la interrelación entre derecho y técnica: «De nada serviría, como ha resaltado García Trevijano, el esqueleto jurídico del Derecho sanitario si no tuviéramos la actuación práctica, técnica, de la Sanidad; y de nada servirían los conocimientos técnicos si al mismo tiempo no se arbitrasen los medios jurídicos necesarios para actuarlos».

3. Las actividades de fabricación e importación de cosméticos y productos de cuidado personal se someten al régimen de declaración responsable, regulado en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Esta declaración responsable deberá ser presentada ante la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. La presentación de la declaración responsable permitirá el inicio de las actividades, sin perjuicio de la comprobación posterior por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, mediante verificación documental y, en su caso, inspección, de los elementos y circunstancias puestos de manifiesto por el interesado en la declaración responsable.

4. Se devengarán las tasas necesarias para cubrir los costes de comprobación de la declaración responsable y de la inspección que, en su caso, resulte necesaria».

La legislación de los productos sanitarios tiene como finalidad garantizar la libre circulación de éstos en el territorio comunitario, ofreciendo, a su vez, un nivel de protección elevado, de forma que los productos que circulen no presenten riesgos para la salud o seguridad de los pacientes, usuarios o terceras personas y alcancen las prestaciones asignadas por el fabricante, cuando se utilicen en las condiciones previstas.

Con este fin se establecen los requisitos esenciales que deben cumplir los productos, así como sus accesorios, incluyendo los programas informáticos que intervengan en su funcionamiento. La interpretación y aplicación de tales requisitos debe tener en cuenta el estado de la técnica, estando encaminadas a la mayor protección de la salud y la seguridad.

Los requisitos esenciales incorporan todos los aspectos que influyen en la seguridad de los productos, incluyendo los de compatibilidad electromagnética y protección de las radiaciones, así como los relativos al diseño ergonómico y al nivel de formación de los posibles usuarios. En ellos se incluyen los requisitos de aplicación particular a los productos que contienen derivados de tejidos animales, a los que contienen medicamentos como elemento auxiliar, y a los que incorporan derivados de la sangre humana. El cumplimiento de requisitos se ve facilitado mediante la referencia a normas europeas armonizadas, así como mediante la referencia a las correspondientes monografías de la Farmacopea Europea.

Atendiendo a los riesgos potenciales que pueden derivarse de su utilización, los productos sanitarios se agrupan en cuatro clases: I, IIa, IIb y III, aplicando las reglas de decisión que se basan en la vulnerabilidad del cuerpo humano. En función de estas clases, se aplican los diferentes procedimientos de evaluación de la conformidad,

de manera que en los productos de menor riesgo, clase I, la evaluación se realiza bajo la exclusiva responsabilidad de los fabricantes, mientras que en el resto de las clases es necesaria la intervención de un organismo notificado. El grado de intervención y la profundidad de la evaluación están en consonancia con la clase de riesgo del producto, si bien siempre es necesario el examen de la documentación técnica relativa al diseño para que el organismo pueda verificar el cumplimiento del producto con los requisitos esenciales.

Los organismos notificados son designados por las autoridades nacionales, quienes ostentan la capacidad de supervisión sobre las actividades de dichos organismos, debiendo éstos facilitarles toda la información necesaria, incluida la relativa a los certificados emitidos, rechazados, suspendidos o retirados. El Real Decreto 1591/2009, detalla el procedimiento a seguir por el organismo notificado en sus actividades de certificación de la conformidad solicitadas por los fabricantes.

Como norma general, la evaluación de la conformidad de los productos requiere disponer de datos, siendo la investigación clínica una de las etapas cruciales en el desarrollo de nuevos productos o de nuevas aplicaciones; por ello se detallan las condiciones en que deben efectuarse estas investigaciones, su procedimiento de autorización y las informaciones que deben mantenerse, facilitarse o registrarse en los archivos y bases de datos correspondientes.

El sistema de vigilancia de productos sanitarios constituye un elemento esencial, recibiendo y evaluando los incidentes adversos y transmitiendo las medidas de protección de la salud destinada a evitar su repetición o a reducir sus consecuencias. El Real Decreto 1509/2009 establece las obligaciones de fabricantes, usuarios y otros responsables respecto a la comunicación de incidentes adversos a dicho sistema, así como el funcionamiento del mismo. A efectos de reforzar las garantías sanitarias, se establece la exigencia de tarjeta de implantación en determinados implantes para facilitar la adopción de medidas sobre los pacientes, en caso necesario.

Los productos a medida constituyen un grupo especial de productos, puesto que son destinados a ser utilizados por un paciente particular que presenta unas determinadas características. Por ello, el Real Decreto 1509/2009 establece condiciones y procedimientos específicos que deben seguirse, incluyendo el establecimiento por el fabricante de un compromiso para la comunicación de incidentes adversos y para el seguimiento de los productos una vez comercializados.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 100 de la Ley General de Sanidad, se someten a licencia previa de funcionamiento la fabricación, agrupación y esterilización de los productos, así como su importación, indicándose las condiciones que deben reunir las empresas que se dediquen a estas actividades, así como el procedimiento a seguir para el otorgamiento de dichas autorizaciones.

Teniendo en cuenta los principios del nuevo marco para la comercialización de los productos establecidos en la Decisión comunitaria núm. 768/2008, se introducen las obligaciones de los agentes económicos que intervienen en la cadena de comercialización de los productos: fabricantes, importadores y distribuidores, en relación con la conservación y mantenimiento de la documentación pertinente a disposición de las autoridades, la adopción de medidas correctoras ante cualquier sospecha o evidencia de riesgos para la salud o ante la falta de conformidad de los productos, la sujeción a las decisiones de las autoridades sanitarias y de colaboración y cooperación con las mismas, así como la trazabilidad destinada al seguimiento del producto en la cadena de comercialización. Asimismo se introduce la exigencia de designación de un representante autorizado establecido en la Unión Europea para los fabricantes no comunitarios.

El Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre establece las condiciones para el comercio exterior de los productos, especificando los requisitos a aplicar por la inspección sanitaria en su importación. A su vez, se determina la información a facilitar a las autoridades sanitarias en el momento de su puesta a disposición en territorio español, así como la relativa a las empresas españolas responsables de la puesta en el mercado³¹.

Por otro lado, se regula la distribución y la venta, y en particular la venta de los productos que requieren una adaptación individualizada. Asimismo, se determina la publicidad y promoción, estableciéndose las condiciones en las que deben desarrollarse estas actividades, todo ello de acuerdo con las previsiones que establece en esta materia la legislación que salvaguarda la salud pública.

También se tipifican las facultades de inspección y adopción de medidas de protección de la salud que corresponden a las autoridades sanitarias, así como el principio de cooperación administrativa en relación con otras autoridades nacionales y comunitarias.

Este Real Decreto se adopta en desarrollo de la Ley 14/1986, de 25 de abril, y de la LGURM, cuya disposición adicional tercera, apartado 1, faculta al Gobierno, para determinar reglamentariamente y de conformidad con lo dispuesto en esta Ley las condiciones y requisitos que cumplirán los productos sanitarios para su fabricación, importación, investigación clínica, distribución, comercialización, puesta en servicio, dispensación y utilización, así como los procedimientos administrativos

³¹ Vide PÉREZ GÁLVEZ, J. F., "Evaluación de las tecnologías sanitarias y creación de una red de autoridades u órganos responsables", en PÉREZ GÁLVEZ, J. F., (Dir.), *Profesionales de la salud (problemas jurídicos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 201 y ss.

respectivos, de acuerdo con lo establecido en la normativa de la Unión Europea, tal y como he expuesto anteriormente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.16ª de la Constitución, este Real Decreto se dicta de acuerdo con la competencia que ostenta el Estado para regular la legislación de productos farmacéuticos, la sanidad exterior, y las bases y coordinación general de la sanidad, garantizando, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, el respeto a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo.

El Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, ha dado lugar a una deslegalización cuestionable desde el punto de vista constitucional. El precedente más relevante es la STS de 30 de mayo de 2014, recurso núm. 2/2007, F.D:

«SÉPTIMO. El *derecho a la protección de la salud*, que reconoce el artículo 43.1 de la CE, obliga a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios sanitarios, haciendo reserva de ley respecto de “*los derechos y deberes de todos*” (artículo 43.2 de la CE).

La disposición general que se recurre regula aspectos esenciales relativos a la protección de la salud. Así se declara en la propia disposición impugnada y en la Directiva 2004/23/CE que se traspone. El real decreto que se recurre declara, en el preámbulo, que se abordan “*aspectos esenciales para la protección de la salud y de la seguridad de las personas, tanto de los donantes como de los posible receptores*”. Y la Directiva, por su parte, señala, en sus consideraciones, que con tal regulación, que incluye “*a los tejidos y células, incluidas la células hematopoyéticas de sangre periférica, del cordón umbilical (sangre) y de la médula ósea*” (apartado 7), se pretende “*garantizar un elevado nivel de protección de la salud en la Comunidad*” (apartado 13). Acorde con esta declaración, al describir su “objetivo”, se dispone que “*la presente Directiva establece normas de calidad y seguridad para las células y tejidos humanos destinados a su aplicación en el ser humano, con el objetivo de garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana*”.

Las referencias a la salud humana y a la salud pública, en general, son constantes en la Directiva ya sea para referirse a la necesidad de establecer medidas “*para proteger la salud pública y evitar la transmisión de enfermedades infecciosas a través de estos tejidos y células*” (apartado 2), ya sea para constatar que la terapia celular y tisular es un sector de intenso intercambio a escala mundial, por lo que debe tener un “*nivel de protección más elevado posible con el*

fin de salvaguardar la salud pública respecto de la calidad y la seguridad de los tejidos y células” (apartado 5).

Se trata, en definitiva, de regular el sistema y control de los procesos que tienen lugar desde la obtención de las células y tejidos hasta su implantación en el receptor, con el objetivo de asegurar la calidad y seguridad de las células y tejidos utilizados, evitando la transmisión de enfermedades y facilitando su óptima utilización terapéutica.

La reserva de ley formal que deriva de la previsión del artículo 43.2 de la CE, determina que el Gobierno y la Administración no pueden dictar reglamentos, en aquellas materias afectadas por tal reserva, incidiendo negativamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, sin ese previo apoderamiento legal».

Incluso cuando su antecedente normativo era una norma reglamentaria, tal y como establece la misma sentencia en el F.D OCTAVO.

c). Conclusión

La conclusión más relevante en lo que afecta a este trabajo, es que el sistema de autorización, detección precoz, vigilancia y alerta de medicamentos en el seno de la Unión Europea hace casi inexistente la justicia cautelar. Se trata de un modelo eficaz y eficiente. Sólo existe algún pronunciamiento cuando está en juego la racionalización en su uso y dispensación [ATS de 7 de junio de 2016 (Ar. 139757), medidas cautelares 4576/2016, RAZONAMIENTO JURÍDICO CUARTO]: «Finalmente debe señalarse que la valoración del interés público, que normalmente tiene una singular importancia cuando está en juego la efectividad de uno o varias disposiciones de una disposición de carácter general, como es el supuesto que nos ocupa, se ve reforzada por el interés público representado por la racionalización en el uso y dispensa de los medicamentos financiados por el sistema público de salud, por lo que dicho interés público, resulta en principio preponderante frente al interés particular invocado de contrario, lo que impone el mantenimiento de la vigencia de la disposición reglamentaria impugnada».

Una consideración especial merece el régimen de la vacunación. No es mi propósito estudiar esta cuestión de modo singular³². Pero, si deseo incidir en que tradicionalmente se ha considerado que existe una potestad administrativa para disponer

³² Vide BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “Vacunas obligatorias y recomendaciones: régimen legal y derechos afectados”, *Derecho y Salud*, Vol. 22, 1, (2012), pp. 9-30. Vide PÉREZ GÁLVEZ, J. F., *Prescripción, indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 338-342.

vacunaciones obligatorias en situaciones especiales. El Auto de 24 de noviembre de 2010, del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 5 de Granada (Ar. 841), posteriormente confirmado en apelación por la STSJ de Andalucía de 22 de julio de 2013, o la SAN de 29 de septiembre de 2010 (Ar. 787) son un buen ejemplo. Régimen que no ha sido totalmente precisado en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de Salud Pública, aunque si ha modificado el art. 11.2 de la LCCSNS: «2. La prestación de salud pública incluirá, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique». En el apartado 3 precisa: «Las prestaciones de salud pública se ejercerán con un carácter de integralidad, a partir de las estructuras de salud pública de las Administraciones y de la infraestructura de atención primaria del Sistema Nacional de Salud».

Cada Comunidad Autónoma puede establecer su propio calendario oficial de vacunaciones sistemáticas, calendarios que frecuentemente están sometidos a modificaciones al objeto de actualizarlos conforme a los criterios epidemiológicos manejados por las respectivas autoridades sanitarias. Corresponde a las Comunidades Autónomas la competencia en materia de sanidad interior e higiene (art. 148.1.21^a CE), y por tanto están plenamente habilitadas para solicitar la adopción de las medidas cautelares que estimen oportunas. Además es una materia que afecta al interés general (STSJ de Cataluña de 28 de marzo del 2000, Ar. 204924): «La convivencia en un Estado Social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general».

Y respecto de que tipo de personal sanitario debe actuar, es de interés recordar lo que establece el Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 5 de Granada: «Cuando en el caso concreto se constata que se encuentra comprometido e derecho a la integridad física, el Tribunal Constitucional se ocupa de exponer los requisitos necesarios para que la medida se encuentre constitucionalmente justificada: que se persiga un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentre amparada por una norma de rango legal (principio de legalidad); que sea acordada judicialmente pero sin descartar que la ley pueda habilitar a otros sujetos por razones de urgencia o necesidad; motivación de la resolución que la acuerde; y, finalmente, proporcionalidad de la medida de manera que el sacrificio que la medida, idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, no implique un sacrificio desmedido. A estos condicionantes se añade *una última limitación que opera*

tanto en el momento aplicativo como en el legislativo: “la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características” [...]». Parece desprenderse del auto, que a sensu contrario, en el supuesto de intervenciones no graves, se podrá ejecutar por personal sanitario no facultativo.

En el ámbito de los productos sanitarios, su incidencia respecto de la valoración y ponderación circunstanciada de los intereses concurrentes será objeto de consideración en las páginas siguientes al estudiar casuística concreta (Rx). Pero, en todo caso, al exponer su grupo normativo regulador se evidencia el elevado nivel de garantías que acompañan todo el proceso, incluido el seguimiento posterior en pacientes.

2. Centros, servicios y establecimientos sanitarios

A lo largo de este trabajo he abordado el supuesto en el que confluye el interés general de dos Administraciones, y la respuesta que dicha situación requiere. Pero, dando un paso más, lo traslado al ámbito específico de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, por cuanto concurren ámbitos competenciales propios del Estado y de las Comunidades Autónomas, salvada la primacía del derecho de la Unión Europea³³ que no afecta en concreto a este sector del ordenamiento jurídico.

La Constitución Española de 1978, en su art. 149.1.16 otorga el Estado la competencia exclusiva en materia de “Bases y coordinación general de la sanidad”, y el art. 148.1.21 reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, a través de sus Estatutos de Autonomía, asuman competencias en materia de “Sanidad e higiene”. Esta distribución competencial posibilita que Estado y Comunidad Autónoma regulen de modo global este ámbito jurídico. Al primero le corresponde establecer el régimen jurídico básico, y a la segunda, establecer la normativa de desarrollo. Las consecuencias son las siguientes³⁴:

a) La atribución al Estado del establecimiento del mínimo común normativo o la regulación principal uniforme que debe existir y aplicarse con carácter general en todo el territorio nacional. De este modo se asegura un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad puede establecer las propias peculiaridades.

³³ *Vide* STS de 14 de diciembre de 2015: «[...]», el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce la competencia del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes del país que estuvieran en contra del Derecho Europeo y, más aún de los actos administrativos cuando existieran fundadas dudas sobre su validez, e incluso adoptar medidas cautelares positivas frente a su aplicación. De esta doctrina se deduce que en aquellos casos en que el acto impugnado pueda estar en contradicción con el derecho europeo el principio de primacía de dicho derecho sobre el interno permite al órgano jurisdiccional acordar una medida cautelar encaminada a suspender la aplicación del expresado acto o a garantizar la eficacia de la resolución que pueda dictarse [...]».

³⁴ *Vide* STS de 13 de octubre de 2003 (Ar. 7917), FD QUINTO.

b) Las bases, que tienen según el Tribunal Constitucional un carácter material o sustantivo, en materia de sanidad comprende, como manifestación esencial y característica, la elección del propio modelo sanitario atribuido, sin duda, al Estado. Y a partir de tal opción la legislación estatal, en defensa del interés general, diseña el fundamento propio de las bases con un contenido circunstancial y variable y los consiguientes efectos de preclusión o de desplazamiento para la normativa autonómica, sin perjuicio, claro está, del ulterior y eventual control del Tribunal Constitucional.

La STSJ de Madrid, de 10 de julio de 2007 (Ar. 801), FD CUARTO, advierte claramente sobre esta cuestión al afirmar:

«[...] en este caso ya no podemos acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia que es el que articula las relaciones entre las normas estatales y autonómicas. [...].

Como claramente puede colegirse de esta explicación, las normas que se contienen en el citado Real Decreto que afectan al “contenido funcional de las profesiones (de odontólogo, protésico dental e higienista dental) vinculadas a los correspondientes títulos académicos habilitantes” y que regulan, por tanto, “dichas profesiones, así como sus cometidos principales, capacidades y responsabilidades”, se han dictado por el Estado al amparo del título competencial previsto en el art. 149.1.30 CE, que atribuye al Estado la competencia sobre la “regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”. Y en cambio, las normas contenidas en dicho Real Decreto que afectan a “los requisitos básicos y mínimos correspondiente a los centros, servicios y establecimientos de salud dental”, se han dictado por el Estado al amparo del título competencial previsto en el art. 149.1.16 CE, que atribuye al Estado la competencia, entre otras materias, sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”.

En este caso, la cuestión discutida –obligación de tener hojas de reclamaciones en los servicios, centros y establecimientos sanitarios públicos y privados, incluidos los de salud dental- afecta a los requisitos de funcionamiento de dichos servicios y establecimientos sanitarios por lo que el título competencial que debemos aplicar es el de “bases y coordinación general de la sanidad”, estableciendo en el art. 149.1.16 CE, en cuya virtud, corresponde al Estado en esta materia la legislación básica y a las Comunidades Autónomas el desarrollo de esas bases, [...].

Por tanto, nada tiene de extraño que el citado Real Decreto no establezca la obligación de llevar hojas de reclamaciones en los centros y establecimientos relativos a la salud dental y que esta obligación se imponga, “ex novo”, en la legislación autonómica que venimos analizando ya que el concepto material de “bases” impide que la legislación del Estado agote la materia a la que las bases se refieren, pues el desarrollo autonómico de las bases debe permitir a las Comunidades Autónomas llevar a cabo sus propias políticas en la materia, siempre dentro de aquellas bases. Así pues, las bases estatales deben respetar un ámbito de actuación propia de las Comunidades Autónomas, pues la autonomía significa la posibilidad de seguir políticas propias, de forma que siempre ha de quedar un margen de decisión a las Comunidades Autónomas para el desarrollo, como consideren oportuno, de las bases estatales. Y así, como tempranamente señaló el Tribunal Constitucional, “el establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacías de contenido las correlativas competencias de la Comunidad.

En consecuencia, ninguna discordancia con el ordenamiento jurídico puede extraerse del hecho, puesto de relieve en la demanda, de que el RD 1594/1994, no establezca esta obligación y si se imponga dicha obligación en la norma reglamentaria autonómica analizada, pues se trata, simplemente, del juego normal de la técnica competencial “bases-desarrollo”».

c) El propio mecanismo de bases más desarrollo y aludidos efectos de preclusión y desplazamiento en la determinación de lo básico de una materia, además del efecto de suplencia, determina que las Comunidades Autónomas no tengan supeditado el ejercicio de su competencia normativa de desarrollo a que el Estado dicte la norma básica. Si el legislador no ha definido las bases de una materia, ello no significa que no existen ni tampoco que el legislador comunitario autonómico no pueda legislar hasta que el estatal las defina³⁵.

³⁵ Vide STS de 6 de julio de 2005 (Ar. 9541), FD PRIMERO: «[...] Esta Tribunal ignora por qué razón la actora pretende limitar el carácter complementario y de desarrollo normativo del RD 1277/03 a la Ley de 25 de abril de 1986, y en concreto a su artículo 29. La simple lectura del preámbulo del mismo incluso de sus primeros párrafos, ya pone de manifiesto que el reglamento impugnado se propone desarrollar y complementar dos disposiciones con carácter de ley formal: la ya mencionada General de Sanidad y la Ley 16/03, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que precisamente regula con carácter básico las garantías mínimas de seguridad exigibles para la regularización y autorización, por parte de las Comunidades Autónomas, de la apertura y puesta en servicio de centros, servicios y establecimientos sanitarios en su respectiva demarcación territorial. Añadiéndose en el párrafo tercero del mismo preámbulo, que constituye la finalidad del RD 1277/03 la regulación de las bases de autorización de dichos centros, servicios y establecimientos sanitarios de conformidad con lo preceptuado en las Leyes de 25 de abril de 1986 y 28 de mayo de 2003».

La STS de 6 de julio de 2005 (Ar. 9541), en un caso donde se cuestiona el carácter básico del RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, afirma (FD PRIMERO):

«[...] Tampoco puede llegar a comprender esta Sala a que tipo de doctrina constitucional se refiera la actora cuando alega que ésta no reconoce que se pretenda dotar de carácter de normativa básica en la materia que regula el Real Decreto cuestionado. Ciertamente que el argumento se formula en términos absolutamente genéricos, sin descender con el debido detalle al caso que nos ocupa; pero, de todas formas, lo cierto es que la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala han reconocido en muchas ocasiones el carácter básico –a los efectos del artículo 149.1 de la Constitución- de disposiciones que adoptan la forma de Real Decreto, siempre que se ajusten a los requisitos que en este caso, precisamente concurren.

En efecto: refiriéndonos únicamente a la doctrina constitucional que sirve de término de contraste a la demandante, la noción de legislación básica a que se refiere el artículo 149 ha de ser entendida en sentido material, no siendo absolutamente necesario que revista el carácter de ley formal cuando: a) bien careciendo de legislación postconstitucional sobre el tema, el Gobierno regule una materia básica, siempre que de la legislación preconstitucional pueda inferirse claramente cuales sean las bases establecidas sobre la misma; b) bien cuando existiendo normas postconstitucionales que definan lo que resulta básico sobre una materia determinada, la posterior regulación complementaria por vía de reglamento viniese autorizada en virtud de una habilitación legal y esa posterior regulación se refiera a un aspecto de dicha materia cuya naturaleza haga inadecuada e innecesaria su regulación en virtud de Ley formal.

Tanto la Ley General de Sanidad (artículo 29.2) como la de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (Disposición Final 5ª), básicas en la materia, autorizan al Gobierno a dictar las disposiciones complementarias que sean precisas sobre calificación, registro y autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, tema que constituye el objeto explícito del RD 1277/03, y que desde luego no constituye materia idónea para ser reglada mediante Ley formal».

Y todo lo expuesto es necesario recordarlo, porque en el ámbito de la justicia cautelar, prevalece el interés general de la legislación básica del Estado, frente al interés general autonómico. Así lo establece la STS de 20 de marzo de 2008, (Ar. 2920):

«ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.

Por auto de 4 de mayo de 2006 la Sala de Instancia acuerda: “Ha lugar a adoptar la medida cautelar de suspensión de la efectividad del Decreto 28/2006, de 23 de marzo, del Consejo de gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regula la constitución y régimen de funcionamiento de los depósitos de sangre procedentes de cordón umbilical”.

Y por auto de 24 de julio de 2006 la Sala desestima el recurso de súplica interpuesto contra el anterior refiriendo en sus Fundamentos de Derecho, lo siguiente:

“PRIMERO: En el caso de autos, las argumentaciones esgrimidas en contra del Auto que se recurre en súplica no desvirtúan su motivación, ni, por lo tanto, la procedencia de adoptar la medida cautelar interesada por la Abogacía del Estado. Así, en cuanto al “periculum in mora”, lo cierto es que esta Sala aprecia el riesgo de que, de mantenerse la vigencia del Decreto impugnado, el proceso pudiera perder su finalidad legítima, y ello en la medida en que los perjuicios que pudieran derivarse de tal aplicación no son sólo de carácter puramente económico, ni afectan únicamente a unas determinadas personas o entidades, como pudieran ser las personadas como codemandadas en el proceso del que la presente pieza dimana, sino que afectan a las relaciones con la legislación básica estatal, y, por lo tanto, a aspectos del sistema sanitario de implantación general, con las consecuencias de todo orden que ello conlleva. Y en este sentido no cabe desconocer, como ya se razonaba en la resolución recurrida, que las autorizaciones cuyo otorgamiento prevé el Decreto impugnado -y posibilita la Orden 837/3006, de 6 de abril, también suspendida por Auto de esta Sala de 8 de junio del año en curso- darán lugar a un entramado de relaciones que podrán afectar, no sólo a las instituciones, centros y entidades a las que se concedan, sino también a la posición y posibilidades de todos los usuarios en dicho sistema sanitario, pudiendo por lo tanto generar unos perjuicios que desde luego serían difíciles de evaluar, y que no pueden reducirse, en caso de estimarse el recurso, a una posible transferencia de las células y

tejidos que hubieran podido almacenarse durante su vigencia a otros centros o establecimientos acreditados. Se insiste en que la suspensión cautelar de normas reglamentarias constituye en sí misma un grave perjuicio para el interés público, pero no cabe olvidar que, como ya se ha dicho, frente al interés público insito en la ejecución de la disposición general impugnada se sitúa el interés, también público, esgrimido por la Administración General del Estado, y así, mientras que la Administración demandada señala que el principio de protección integral de la familia y los hijos y el derecho a la protección de la salud constituyen la razón de interés público de la nueva” normativa, la Administración General del Estado esgrime otro interés público, que se sitúa, en esencia, y entre otros extremos, en garantizar un sistema homogéneo aplicable a todo el territorio nacional. [...].

FUNDAMENTOS DE DERECHO. [...].

TERCERO. [...].

Pues la Sala de Instancia, como se advierte de las resoluciones impugnadas - autos de 4 de mayo de 2006 y de 24 de julio de 2006-, ha valorado el interés general que defiende la Administración recurrente y el hecho de que la suspensión se solicita de una disposición de carácter general, y también los perjuicios que la ejecución del Decreto impugnado puede ocasionar, que pueden ser económicos, jurídicos y sociales relacionados y derivados de una posible incompatibilidad entre el Sistema Nacional de Salud y el régimen establecido por el Decreto impugnado, lo que afectaría tanto al entramado de relaciones que pueden afectar tanto a la instituciones como a los centros y entidades afectadas, como a la posición y posibilidades de los usuarios del sistema sanitario y cuando todo ello es así y así los muestran las resoluciones impugnadas no cabe apreciar la concurrencia de las infracciones denunciadas, pues la Sala de Instancia con todo detalle ha analizado y expuesto el conflicto de intereses afectados tanto por vigencia del Decreto impugnado como por su suspensión y ha estimado prioritarios los que defiende la Administración del Estado, esto es, los perjuicios que la aplicación del Decreto impugnado puede ocasionar, tanto por generalidad como por la dificultad o imposibilidad de su reparación, a esa realidad en casación se ha de estar, en cuanto de acuerdo con los términos de los autos impugnados la Sala de Instancia ha aplicado al caso de autos lo al respecto dispuesto por el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción y en conformidad además con la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo sobre el particular.

CUARTO. [...].

Y procede rechazar tales motivos de casación.

De una parte porque la Sala de Instancia en las resoluciones impugnadas ha hecho la valoración oportuna sobre los intereses en conflicto, como más atrás se ha expuesto, y ha explicitado con claridad las razones que le conducen al fallo y por tanto no cabe apreciar las infracciones que se denuncian, ni la falta de motivación que se alega, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional entre otras sentencias de 25 de abril de 1994 núm. 122 y 25 de marzo de 1996, núm. 46, pues la Sala de Instancia ha hecho la valoración oportuna y ha explicitado las razones de su conclusión y con ella las partes las han conocido y han podido articular adecuadamente sus medios de defensa.

Y de otra, porque la Sala de Instancia, como del contenido de sus resoluciones se advierte, *no ha adoptado la medida cautelar de suspensión por aplicación del principio fumus bonis iuris, sino que en apoyo de su tesis principal pérdida de finalidad legítima del recurso y periculum in mora ha aducido también algunas dudas que se le ofrecen a priori y sin prejuzgar el fondo del asunto sobre la legalidad de la norma impugnada y por tanto no ha lugar a apreciar infracción de la jurisprudencia sobre el requisito relativo a la apariencia de buen derecho, pues no ha sido ese requisito el que ha motivado y justificado la medida cautelar adoptada por la Sala de Instancia, esto es, no ha sido la razón de decidir del auto impugnado y por tanto no ha lugar a apreciar la infracción que se denuncia, máxime cuando se ha visto y declarado que han sido los perjuicios que puede ocasionar la vigencia del Decreto impugnado los que han motivado y justificado la medida de suspensión adoptada.* [...].

QUINTO.

En el motivo cuarto de casación la representación procesal de la entidad Secuvita, SL, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción se denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables por infracción de la jurisprudencia relativa a la adopción restrictiva de las medidas cautelares.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Pues aun cuando es cierto, como refiere la parte recurrente que, *cuando se trata de la aplicación de un interés general, la adopción de las medidas cautelares*

de suspensión ha de ser restrictiva, con cita del auto de la Sala del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2005 y del auto del Tribunal Constitucional 472/88, no hay que olvidar, que la Sala de Instancia, como se advierte de sus razonamientos, no es ajena a esa jurisprudencia y no obstante ello valorando el conflicto de intereses públicos y los de terceros junto con la posible afectación del principio de igualdad en el Sistema Nacional de Salud apoyado además como subsidiario en el principio *fumus bonis iuris* llega a estimar que en el caso de autos procede la suspensión y con ello obviamente está aplicando la jurisprudencia de esta Sala al caso concreto de autos, sin que por ello se pueda apreciar infracción alguna de la jurisprudencia que se cita».

Y prevalece el interés público cuando el mismo va implícito en la propia naturaleza de la Disposición General que exige su ejecución (ATS de 16 de diciembre de 2005, Pieza de suspensión núm. 47/2005 (Ar. 19871):

«A) Así, en lo que afecta a disposiciones generales, señala el Auto de esta Sala de 28 de mayo de 1993 que suspender el cumplimiento de una disposición general producirá un evidente perjuicio al interés general de un determinado administrado que puede ser perfectamente reparado, restableciendo en su integridad su derecho o, de no ser posible, mediante las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Por otra parte, es doctrina constante de esta Sala [...] que cuando se trata de impugnación de disposiciones generales es prioritario el examen de la medida en que el interés público implícito en la propia naturaleza de la Disposición General, exija la ejecución. En consecuencia, salvo evidencia de que puedan producirse perjuicios irreversibles, que no es el caso, en principio el daño que hipotéticamente pudiera generarse derivaría de los actos de ejecución y no de la disposición general y la suspensión no afectaría en el mismo sentido al interés público, del que se derivaría un grave perjuicio si se suspendiese la aplicación de la disposición impugnada.

B) En la jurisprudencia constitucional, para decidir sobre la solicitud de suspensión y ante la concurrencia de intereses contrapuestos en juego, resulta necesario apreciar la incidencia que la ejecución del acto pudiera tener en la finalidad misma del amparo solicitado, de manera que procederá la suspensión cuando la ejecución conlleve unos efectos que impidiesen la efectividad del amparo en caso de ser otorgado, a no ser que, de acordarse la suspensión, se siguiese una perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de terceros [...]».

También el interés público está presente cuando se trata de apertura de nuevas oficinas de farmacia al tratarse de establecimientos vinculados con el mantenimiento de la salud pública. Y la jurisprudencia adopta una solución contraria en un buen número de casos que tienen que ver con el mantenimiento de la apertura de una oficina de farmacia, por entender que el interés general invocado puede protegerse de otra forma³⁶, salvo que se trate de la ejecución de una sentencia judicial firme³⁷. Sin que la jurisprudencia ampare efectos habilitadores o positivos respecto de una actividad que necesita una autorización administrativa que no posee³⁸.

Respecto de los equipos que forman parte de la memoria descriptiva de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, la jurisprudencia aprecia un criterio cauteloso que está totalmente avalado por la evidencia científica y técnica de un sector tan innovador. Así lo explica de un modo claro la STS de 27 de marzo de 2012 (Ar. 4875), F.D. OCTAVO:

«[...]. Pues bien; el acto administrativo que aquí se impugna no tiene un contenido neutro para el interés público, sino que le afecta muy seriamente. Así lo dice la Sala de instancia en el auto que resolvió el recurso de reposición (párrafos tercero, cuarto y quinto del razonamiento jurídico segundo), y así lo cree también esta Sala.

Ese interés público es el de la seguridad radiológica.

³⁶ *Vide* SSTs: 31 de mayo de 2003 (Ar. 5867); de 7 de noviembre de 2005 (Ar. 8189).

³⁷ *Vide* STS de 23 de enero de 2008 (Ar. 321).

³⁸ *Vide* STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2004 (Ar. 248811): «[...] Ha sido criterio Jurisprudencial pacífico considerar improcedente la suspensión de una resolución administrativa que a su vez suspendía el ejercicio de una actividad sin licencia porque, de accederse a la pretensión, se haría una declaración de naturaleza positiva, sustituyendo a la Administración competente y accediéndose al otorgamiento de una licencia inexistente por el tiempo que durase la tramitación del recurso [...], estimándose, igualmente, que la tutela cautelar del art. 24 CE, no permite amparar supuestos de funcionamiento de actividades clasificadas sin licencia municipal y no reputándose de imposible ni difícil reparación el daño o perjuicio dimanante de la ejecución del acto administrativo en el caso de una eventual estimación del recurso [...].

Atendidos los presupuestos fácticos obrantes en la presente pieza incidental, las alegaciones formuladas por las partes y la expresada doctrina jurisprudencial, una vez ponderados los intereses públicos y privados en conflicto y sin entrar a juzgar la cuestión de fondo, en el caso presente debe concluirse que, una actividad de las características de la desempeñada por la apelada no parece que pueda funcionar sin la correspondiente licencia municipal, por lo que se estima preferente para el interés general mantener la ejecutividad del acto administrativo recurrido por cuanto que la suspensión de la orden de clausura no haría sino legítimar provisionalmente el funcionamiento de una actividad requerida de licencia pero, al parecer, carente de ella, con las molestias y posibles daños que, sin las adecuadas medidas correctoras que han de contemplarse en el expediente municipal de la licencia, tal actividad es susceptible de producir [...]».

Lo dice con toda claridad el informe al recurso de alzada, de la Dirección General de Política Energética y Minas (Subdirección General de Energía Nuclear) de fecha 8 de Septiembre de 2010, que conviene reproducir en lo que aquí importa, pese a su extensión:

“La propuesta del Consejo de Seguridad Nuclear está basada, y así se ha documentado en el informe que sostiene el Acuerdo del Pleno del Consejo de Seguridad Nuclear, en que se ha demostrado que Arcano Equipos Especiales S.L. carece en la actualidad de los requisitos esenciales para el ejercicio de algunos de los derechos y facultades que le fue conferido con la Resolución de autorización de fecha 24 de abril de 2008, ya que se han apreciado circunstancias objetivas de seguridad radiológica que revelan que han cambiado las circunstancias que justificaron su otorgamiento. Es decir, se ha puesto de manifiesto que Arcano Equipos Especiales S.L. carece actualmente de ciertos requisitos que el Consejo de Seguridad Nuclear, como único organismo competente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica, considera completamente esenciales para ejercer los derechos o facultades que son otorgados mediante las Resoluciones que dicta la Dirección General de Política y Minas del MITYC, al amparo del artículo 74 del Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, para la comercialización y/o asistencia técnica de equipos de rayos X que disponen de resolución de aprobación de tipo como aparatos radiactivos. Los requisitos, que a juicio del Consejo de Seguridad Nuclear deben ser calificados en todo caso como esenciales, por ser imprescindibles para garantizar que se mantienen las condiciones de seguridad en las que se aprobaron los prototipos correspondientes, y que han motivado la propuesta del Consejo de Seguridad Nuclear de revisión por revocación parcial de la autorización, por haberse demostrado que Arcano Equipos Especiales S.L. carece actualmente de los mismos, son:

- Disponibilidad de vías de suministro de repuestos originales garantizadas.
- Formación técnica impartida por las propias empresas fabricantes de los equipos de rayos X.
- Disponibilidad de procedimientos de mantenimiento actualizados y aportados por los fabricantes correspondientes.

Los hechos que han puesto de manifiesto que Arcano Especiales S.L. carece de estos requisitos esenciales han sido documentados en el informe técnico de evaluación, que sostiene el Acuerdo del Pleno del Consejo de Seguridad Nuclear para proponer la revisión de oficio por revocación parcial de la autorización otorgada a Arcano Equipos Especiales, S.L. Según se hizo constar en el informe citado, del cual se envió copia al MITYC, de las actividades de inspección y control del Consejo de Seguridad Nuclear, así como de la documentación disponible en este organismo, se ha puesto de manifiesto, entre otros que:

- Arcano Equipos Especiales S.L. no dispone de vías de suministros de repuestos garantizadas para la realización de las actividades de asistencia técnica a equipos rayos X para inspección de bultos, con aprobación de tipo, contenidos en su resolución de autorización. Tanto la inspección efectuada por el Consejo de Seguridad Nuclear en fecha 22 de enero de 2009, de la que se levantó Acta de inspección de referencia, como la respuesta recibida al escrito de seguimiento y control del Consejo de Seguridad Nuclear, descartan la relación directa de la entidad de referencia con cualquiera de los fabricantes de las marcas de equipos contenidos en su autorización de 24 de abril de 2008.

- Para la realización de actividades de asistencia técnica utilizan principalmente piezas de repuesto que provienen de otros equipos de rayos X de segunda mano, lo que repercute directamente en la falta de garantía de calidad de las piezas que se instalan en los equipos de sus clientes. Tanto la inspección de referencia, como la documentación aportada posteriormente al Consejo de Seguridad Nuclear por Arcano Equipos Especiales S.L. han revelado que la vía principal de obtención de repuestos proviene del desmontaje de otros equipos de rayos X de segunda mano y que recurren preferentemente a esta vía puesto que supone un abaratamiento de los costes para el cliente.

- Arcano Equipos Especiales S.L. está realizando actividades de asistencia técnica que implican manipulaciones o alteraciones que pueden conllevar a cambios en los equipos, de forma que estos dejen de corresponderse con los correspondientes prototipos aprobados. La documentación aportada por Arcano Equipos Especiales S.L. en el trámite al acta de inspección llevada a cabo por el Consejo de Seguridad Nuclear, ha revelado que están realizando actividades de asistencia técnica sobre los equipos, tales como cambios de generadores de rayos X, ajustes del

kilovoltaje y de otros parámetros, cambios en paneles de control, etc., que podrían suponer alteraciones en los mismos, de forma que estos dejen de corresponderse exactamente con los prototipos aprobados.

- Los técnicos de Arcano Equipos Especiales S.L. no disponen de documentación que acredite que han recibido la formación adecuada para la realización de actividades de asistencia técnica a equipos de rayos X para inspección de bultos.

Por lo tanto, se ha observado que la forma habitual de proceder de Arcano Equipos Especiales S.L. en sus intervenciones de mantenimiento no garantiza ni la calidad de las piezas de repuesto utilizadas, ni que se mantengan siempre y en toda manipulación las condiciones en las que se aprobaron los prototipos correspondientes. Asimismo, *se ha puesto de manifiesto que esa forma de proceder podría incidir negativamente en la seguridad de los equipos, ya que no se dispone de garantías claras de que tras cualquier manipulación realizada por Arcano Equipos Especiales S.L. los equipos queden en las mismas condiciones en las que fueron homologados/aprobados.*

Por otra parte, dado que se trata en todo caso de equipos que disponen de resolución de aprobación de tipo como aparatos radiactivos; que, por definición, estos equipos están fuera del control regulador y, una vez obtenida la resolución correspondiente, pueden ser utilizados libremente por cualquier usuario que no disponga de conocimientos en materia de radiaciones ionizantes y protección radiológica; que estos equipos suelen estar instalados en zonas de gran afluencia del público en general; que la seguridad intrínseca de los mismos radica precisamente en el mantenimiento de las condiciones en las que se aprobaron los prototipos correspondientes y que el mantenimiento de esas condiciones sólo puede ser certificado por las empresas encargadas de su mantenimiento, resulta de suma importancia el hecho de que estas empresas de asistencia técnica ofrezcan un nivel adecuado de calidad, para que así se garantice también el mantenimiento de las condiciones de seguridad de los equipos”.

El interés público de la seguridad radiológica exige, pues, la ejecución del acto impugnado, sin que contra él pueda prevalecer el puramente privado de la entidad actora. (Artículo 130.1 y 2, de la Ley Jurisdiccional).

A mayor abundamiento, hemos de decir que es irrelevante el hecho de que la propia Administración haya calificado de leves otras conductas

detectadas, ya que esas conductas, por las que la entidad actora fue aperechada, son distintas a las que dieron lugar al acto aquí impugnado. Así lo dice el Consejo de Seguridad Nuclear en su informe técnico al recurso de alzada (hoja nº 3), donde afirma que aquél proceso de control “*fue independiente del proceso que ha dado lugar a la modificación de oficio cuya resolución se recurre*”».

V. SALUD ELECTRÓNICA Y MEDIDAS CAUTELARES PROVISORIAS

1. El interés general está presente en la salud electrónica

El ámbito de la medicina ha experimentado notables cambios en los últimos cuarenta años. A finales de los 70 llegó la tomografía axial computerizada (TAC), que dio un giro copernicano a toda la imagen médica. Poco después apareció la resonancia magnética (RMN) donde el cuerpo humano se hizo prácticamente transparente. Hace unos 15 años irrumpió internet. Supuso la democratización del conocimiento biomédico, y comenzó a generar lo que se conoce como “paciente experto”, es decir, el paciente informado, que ha de estar en el centro del sistema. Posteriormente de la mano de la biología y la informática se asentó el proyecto genoma. Es la mayor aventura del hombre, con un camino extenso y fascinante.

Imagen, internet y genoma son los tres grandes fenómenos de la historia de la medicina de los últimos años. Entre ellos, y con ellos, crece a una velocidad de vértigo la mhealth o “salud móvil”, derivación sanitaria del seísmo sociológico y cultural³⁹ que han provocado en el planeta los smartphones y las tablets.

Pero las consecuencias que esta opción deliberada supone van más allá, porque incluso propicia un notable cambio organizativo y de concepción de los servicios sa-

³⁹ Vide BEAS, D. “La esfera pública ya no es lo que era”, *Diario El País*, 23 de enero de 2018, p. 13, donde hace patente datos relevantes sobre el cambio social que han supuesto las nuevas plataformas de comunicación y la modulación interesada de la economía digital: «Un estudio reciente del Reuters Institute for the Study of Journalism de la Universidad de Oxford llegaba a una sorprendente y reveladora conclusión sobre la configuración de la opinión y los flujos de información en la esfera pública de 2017. Más de la mitad de la ciudadanía se informa ya a través de redes sociales. Y de esa mitad, más del 50% no recuerda correctamente las fuentes de la información. [...]. En otras palabras, pierden relevancia y autoridad las fuentes al tiempo que se aplanan las jerarquías. [...].

En menos de 25 años hemos pasado de la utopía del Internet libertario de los años noventa y la primera década del nuevo siglo a una red privatizada y diseñada como escaparate comercial para beneficiar los intereses de un puñado de grandes tecnológicas. [...]. La articulación de un sistema económico basado en la vigilancia pormenorizada de cada clic, movimiento físico, padecimiento, influencia ideológica, amistad, etcétera. Todo monitorizado al instante y al servicio de los intereses comerciales de este nuevo ecosistema digital. [...].».

nitarios. Es lo que se conoce como: hospital sin papeles, hospital digital, hospital sin paredes u hospital interconectado:

«Es evidente que los recursos tecnológicos que exhiben los hospitales de hoy día son muy diferentes a los de apenas una década y con toda seguridad a los de dentro de unos años. Ligado a la evolución general de la sociedad, se están planteando propuestas de rediseño de las instituciones sanitarias [...] haciendo uso intensivo de tecnologías de la información y desarrollando el trabajo en red con otros recursos sanitarios y los pacientes, no sólo en su área de adscripción geográfica sino hasta allí donde alcance la necesidad. [...]. No se puede imaginar la sanidad del futuro sin una presencia creciente de soportes telemáticos y de telemedicina. De hecho las tecnologías de la información y las telecomunicaciones están en el núcleo de las estrategias de salud de los países avanzados y son uno de los tres factores de cambio principales junto con la genómica y el “consumerismo” [...]»⁴⁰.

En este contexto, por ejemplo, los teléfonos móviles han pasado a convertirse en dispositivos indispensables para muchas de las aplicaciones existentes en la actualidad:

«Un reciente informe de la compañía de investigación y seguimiento de tendencias [...] indica que el número de norteamericanos que tiene acceso a la información de salud desde sus teléfonos móviles va en aumento constante y progresivo: durante el último tercio del pasado año, unos diecisiete millones de personas utilizaron sus dispositivos móviles para acceder a informaciones de carácter sanitario, lo que supone un crecimiento del 125% en relación al mismo período trimestral del año anterior.

La firma de investigación detectó, como era de esperar, que el 60% de las personas que busca información de salud en sus móviles eran menores de 35 años. A ese ritmo de crecimiento, la información sobre salud expuesta en los dispositivos móviles se convertirá muy pronto en una de las categorías de más rápido crecimiento respecto de todos los contenidos que se suministran en red.

En la misma línea [...] informaba que alrededor de un 26% de los estadounidenses habría utilizado sus teléfonos móviles inteligentes para acceder a la información de salud en el último año. Por contraste, la

⁴⁰ Vide MONTEAGUDO, J.L., SERRANO, L. y HERNÁNDEZ SALVADOR, C., “La telemedicina: ¿ciencia o ficción?”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, versión electrónica, Vol. 28, 3, (2005), pp. 2-3.

misma agencia informó que en 2010 sólo el 12% de ellos habría buscado información de salud a través de dispositivos móviles lo que demuestra el continuo crecimiento de esta actividad»⁴¹.

El Informe del Parlamento Europeo sobre el Plan de acción sobre la salud electrónica 2012-2020: atención sanitaria innovadora para el siglo XXI [2013/2061 (INT)], Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria, y la Resolución de 14 de enero de 2014, sobre este plan de acción es consciente de la nueva realidad que demanda la sociedad. Y lo explicita considerando que el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que la acción de la misma debe complementar las políticas nacionales y encaminarse a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades físicas y propiciar y evitar las fuentes de peligro para la salud.

Para cumplirlo, la salud electrónica resulta imprescindible: beneficios que aporta a los pacientes la innecesaria repetición de las pruebas clínicas ya recogidas en sus expedientes clínicos y que son accesibles para los profesionales que puedan atenderles en diferentes lugares; facilitar un enfoque holístico del cuidado del paciente, fomentar el desarrollo de la medicina personalizada y aumentar la eficiencia y, por tanto, la sostenibilidad de los sistemas sanitarios; aumentan la esperanza de vida y la sensibilidad de género; propician que los pacientes con una enfermedad crónica reciban una atención multidisciplinar, aumentando su bienestar; permite aprovechar los datos públicos en tiempo real, entender mejor la relación riesgo-beneficio, la predicción de eventos adversos y la mejora de la eficiencia de la evaluación de la tecnología sanitaria, entre otras.

Para todo ello se requiere: más inversiones en investigación, desarrollo, evaluación y control para garantizar que los sistemas de salud electrónica (incluidas las aplicaciones para móviles) se traduzcan en resultados positivos; esta financiación debe producirse sin reducir por ello los recursos en los servicios sanitarios convencionales, a lo que puede ayudar la implementación de la Agenda Digital para Europa en el marco de Horizonte 2020; configuración de unas bases de datos (como la informática en la nube), con una ubicación, custodia y seguridad fiables; configuración priori-

⁴¹ Vide SINDICATO MÉDICO ANDALUZ, “La e-salud y los móviles en la asistencia sanitaria”, *Web institucional*, 24 de marzo de 2012. Vide *ABC digital*, el 21 de agosto de 2014, donde se reproduce un extracto de un nuevo avance científico que permite realizar análisis con las técnicas electroquímicas más comunes y transmitir los resultados de las pruebas a “la nube” desde cualquier teléfono móvil, sobre cualquier red y en cualquier parte del mundo. Vide “El móvil hecho termómetro con una aplicación que receta”, *El Mundo.es*, 24 de mayo de 2015: «este pequeño dispositivo se conecta a la salida de audio del smartphone para funcionar como un termómetro infrarrojo, que ofrece muchas funciones». La aplicación actúa como historial, al registrar las temperaturas tomadas, avisa al padre, le recuerda las tomas, calcula la dosis de antitérmico y facilita el seguimiento del estado febril y la información al profesional médico.

taria de los aspectos jurídicos y de protección de datos relativos a la salud electrónica, puesto que los datos relativos a la salud de los pacientes son de carácter extraordinariamente sensible; marcos normativos en relación con la salud electrónica en todos los Estados miembros; directrices de la UE para los profesionales sanitarios sobre el modo de usar correctamente los datos de los pacientes; diseño de sistemas de salud electrónica interoperables para garantizar su eficacia a escala europea transfronteriza, asegurando al mismo tiempo que las medidas de normalización solo busquen garantizar la interoperabilidad y no den lugar a que un solo agente alcance una posición de monopolio; posibilitar que todos los ciudadanos y profesionales del sector de la salud tengan la oportunidad de utilizar herramientas informáticas y cuenten con las competencias necesarias para beneficiarse de los servicios de salud electrónica; accesibilidad para todos, como condición obligatoria para evitar que se produzcan desigualdades en relación con el acceso; cierre de la brecha digital para evitar que los servicios de salud electrónica no se conviertan en una fuente de desigualdad social o territorial, sino que beneficien a todos los ciudadanos de la UE por igual y lleguen a los pacientes que no estén familiarizados con las TIC y a los que, de lo contrario, quedarían excluidos o no recibirían la atención adecuada por parte de los sistemas sanitarios nacionales; buena gobernanza de las operaciones relacionadas con la información sanitaria en internet, etc.

Pero ante este nuevo panorama los riesgos también son evidentes. Los expuestos, y algunos más: protección de datos, responsabilidad patrimonial⁴², fractura tecnológica, etc.

El mercado único de la e-salud en la Unión Europea está por hacer. Los retos y tendencias previsibles son muy numerosos. En este contexto, las apps como motor de innovación en salud serán muy importantes y permitirán “everywhere, everytime, everyone”. Y constituirán un elemento esencial por los siguientes motivos: propician un empoderamiento del paciente (se convierte en un elemento activo en el tratamiento y seguimiento de su enfermedad), modifican los hábitos (potencial para modificar comportamientos que redunden en beneficios para la salud), cambian las relaciones y procesos (cada vez más profesionales sanitarios utilizan smartphones y tablets como herramienta de trabajo; las apps tienen muchas utilidades en la relación médico-paciente al facilitar la comunicación y el tratamiento de las enfermedades, sobre todo en pacientes crónicos), permiten la monitorización (el desarrollo tecnológico del móvil y la incorporación de sensores de todo tipo en diferentes dispositivos permite

⁴² Vide MARTÍNEZ ZAPORTA, E., “Telemedicina y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Derecho y Salud*, Vol. 16, 1, (2008), pp. 109-134.

registrar parámetros físicos de forma personalizada) y el almacenamiento inteligente de datos (“big data” incorporado al ámbito de la salud)⁴³.

«En Europa, según PwC, la mhealth representará en 2017 una oportunidad que puede rondar los 6.900 millones de dólares y, lo que es más asombroso, [...], si la UE se sumergiera de lleno en la salud móvil se podría ahorrar en costes sanitarios nada menos que 99.000 millones de euros. Y se añadirían, además, 93.000 millones al producto interior bruto de la UE. Concretamente, la utilización de tecnologías móviles podría reducir el coste sanitario per cápita en Europa un 18%, y hasta un 35% en el caso del tratamiento de pacientes crónicos en el año 2017, como señala el último estudio sobre la Sociedad de la Información en España de la Fundación Telefónica. Los datos indican, asimismo, que 9,4 millones de europeos en riesgo de padecer enfermedades crónicas podrían acceder a diagnósticos precoces»⁴⁴.

Evidentemente las aplicaciones y soluciones ideadas deberán ser amigables, interoperables y con la suficiente elasticidad conceptual como para poder incorporar, sobre el mismo esquema, todos los nuevos avances que se vayan produciendo, al menos en los meses o años más inmediatos. Además deberán posibilitar un importante apoyo social, de manera que contribuya a atraer hacia esta sistemática a muchos

⁴³ *Vide* AAVV, “The app intelligence”, Madrid, 2014, pp. 7-8.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 10. En la p. 9 señala: «Según el último estudio del IMS Institute for Healthcare Informatics, son ya más de 40.000 las apps de salud y medicina que se pueden descargar desde la tienda de Apple y 97.000 sumando todas las tiendas de aplicaciones móviles. Constituyen la tercera categoría con mayor crecimiento, sólo después de juegos y utilidades, y se espera que su presencia crezca un 23% anual en los próximos cinco años, en base a las estimaciones realizadas por Deloitte [...]. IMS Institute señala que el 70% de las apps se dirigen al público en general, a través de los segmentos de bienestar y ejercicio físico. El resto, un 30%, están ideadas para un sector más específico: el de los profesionales sanitarios y sus pacientes. La funcionalidad más común es la de aportar información (39,8%), seguida, en un porcentaje menor, de proveer de instrucciones de uso (21,4%) y registrar o capturar datos del usuario (18,7%). El principal uso que se les da es el relacionado con la prevención o estilos de vida (alimentación, actividad física, sueño, relajación, control de adicciones, etc). [...] En 2015 un tercio de los usuarios de smartphones tendrá instalada al menos una app de salud. Sin embargo, más del 50% de las apps disponibles recibieron menos de 500 descargas y solamente 5 apps registraron el 15% de todas las realizadas en la categoría salud. [...] Por otro lado, la mayor parte de las aplicaciones desarrolladas hasta ahora no se corresponden con las áreas de mayor gasto sanitario, como las relacionadas con las enfermedades crónicas. Parece que esta tendencia va a cambiar [...]. Se estima que en 2017 las herramientas para monitorizar las enfermedades crónicas supondrán el 65% del mercado global de la mhealth, con unos ingresos de 15.000 millones de dólares. La diabetes será el área terapéutica con el mayor potencial de negocio, seguida por las enfermedades cardiovasculares. Por su parte, los servicios de diagnóstico ocuparán el 15% y generarán 3.400 millones de dólares. En tercer lugar, las apps relacionadas con los tratamientos médicos supondrán un 10% del mercado y unos ingresos de 2.300 millones de dólares.

Según PwC, los ingresos en mhealth a nivel global se van a ver incrementados exponencialmente. Así, se espera que de los 4.500 millones de dólares en 2013, se aumente hasta los 23.000 millones de dólares en 2017. Europa y Asia son los continentes que tendrán mayores cuotas de mercado en el futuro próximo, ambas con un 30%, seguidas de EE.UU y Canadá, con un 28%».

profesionales. Sesiones clínicas en red, salud en equipo basada en el concepto de “red virtual”, constitución y desarrollo de redes nacionales e internacionales, nueva concepción de la gestión sanitaria, etc.

2. Interoperabilidad de los sistemas de salud y de información, e implantación de una estrategia de seguridad

El viejo concepto de telemedicina asociado únicamente a la utilización de las telecomunicaciones para mejorar la calidad de la atención sanitaria en zonas deficientemente atendidas por su distancia a los recursos sanitarios, empieza a no estar en sintonía con los conceptos de globalidad e interoperabilidad que impone la Sociedad de la Información.

Resulta necesaria la existencia de una normativa de control *ad hoc* que permita la certificación de técnicas y tecnologías adecuadas en las aplicaciones de la telemedicina, y que aquellas que regulan en la actualidad los dispositivos de telecomunicaciones y de la sociedad de la información en general sean moduladas cuando se apliquen a la práctica médica. Necesitamos que sean interoperables en el ámbito del comercio electrónico.

A los efectos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [Anexo, apartado a)], se entiende como tal, todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Este concepto comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Pueden obtener esta catalogación, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: 1º. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. 2º. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales. 3º. La gestión de compras en la red por grupos de personas. 4º. El envío de comunicaciones comerciales. 5º. El suministro de información por vía telemática. 6º. El vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual.

No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el párrafo anterior y, en particular, los siguientes: 1º. Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o telex. 2º. El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan. 3º. Los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta), contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de

julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya. 4º. Los servicios de radiodifusión sonora, y 5º. El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.

En la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, apartado II se determina: «Se acoge en la Ley, un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información” que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación⁴⁵ relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste⁴⁶ a petición individual de los usuarios⁴⁷ (descarga de archivos de vídeo o audio ...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico».

En este contexto se convierte en una necesidad la implantación de una estrategia de seguridad que incluya, al menos: seguridad en el acceso, seguridad de comunicaciones, seguridad de contenidos y gestión global de la seguridad. La protección de datos pasa a tener un valor adicional, por los riesgos inherentes al empleo de un sistema de estas características.

⁴⁵ En la Ley 34/2002, de 11 de julio, Anexo, apartado b) se define el “Servicio de intermediación”: «servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información».

⁴⁶ *Vide* Ley 34/2002, de 11 de julio, Anexo, apartado c): «“Prestador de servicios” o “Prestador”: persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información».

⁴⁷ *Vide* Ley 34/2002, de 11 de julio, Anexo, apartado d): «“Destinatario del servicio” o “destinatario”: persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información». En el apartado e) define al “consumidor”: «persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

3. La salud electrónica es un sector proclive a la adopción de medidas cautelares en caso de especial urgencia

Por las consideraciones expuestas, es evidente que la salud electrónica es un sector donde podría tener aplicabilidad la aplicación de las medidas cautelares provisionales. El artículo 135 LJ regula esta materia en los siguientes términos:

«1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante el cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

2. En los supuestos 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, el órgano jurisdiccional oír al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo».

Aunque el contenido de este artículo no tiene precedente en la Ley anterior, el debate estaba planteado en el seno de los Tribunales, y éstos tuvieron que pronunciarse en diversas ocasiones sobre la admisibilidad de las denominadas “medidas provisionales”, siempre a impulso de parte y en casos muy específicos.

Una referencia ineludible en esta materia la constituye la Providencia de 16 de septiembre de 1993 (recurso núm. 603/1993), posteriormente confirmada por Auto de 2 de noviembre de 1993 (en sentido análogo puede citarse el Auto de 19 de noviembre de 1993 después confirmado por Auto de 11 de enero de 1994) que recogen la doctrina sobre estas medidas. Finalmente fue aceptado por el Tribunal Supremo e introducido en la LJCA/1998 a través de este artículo 135, que ha sido nuevamente modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre (art. 3.10).

La secuencia de actuación es la que procedo a exponer a continuación.

Solicitud de adopción de medidas provisionalísimas cuando los interesados entiendan que concurren circunstancias de especial urgencia. La carga de la prueba lleva aparejada la necesidad de justificar que concurren las circunstancias específicas que pueden permitir la adopción de las medidas provisionalísimas por parte de quien las solicita. El juez o tribunal, sin oír a la parte contraria (*inaudita parte*), en el plazo de dos días, podrá mediante auto:

- Apreciar que concurren las circunstancias alegadas con adopción o denegación de la medida, conforme al contenido del art. 130 LJ. La concurrencia de urgencia, no predetermina la adopción de la medida cautelar, sino la omisión de audiencia a la otra parte.

- Si entiende que no concurren circunstancias de especial urgencia, se continuará la tramitación conforme al procedimiento establecido en el art. 131 LJ.

- Si entiende que concurren las circunstancias especiales relatadas, dará lugar a la posibilidad de contradicción por los restantes actores (alegaciones o comparecencia).

-Frente al auto del juez o tribunal, no habrá posibilidad de interponer recurso⁴⁸.

⁴⁸ En este sentido el ATS de 21 de octubre de 1996, Ar. 7078 estableció: «[...] el auto en el que se adopta una medida cautelar provisionalísima, que no pone término a la pieza separada de suspensión, sino que solamente surte sus efectos hasta que se dicte la resolución que concluya dicha pieza separada, no es [...] susceptible de recurso». También ha quedado determinado que no es recurrible en casación el auto en que se adopta una medida cautelar “provisionalísima” (ATS de 30 de junio de 1997, Ar. 4750): «Habida consideración que el señor Abogado del Estado, en la representación que ostenta, interpone recurso de casación contra el Auto dictado por la Sección Primera de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22 de noviembre de 1994 que se limita a adoptar la medida cautelar provisionalísima consistente en dejar en suspenso la ejecución de la orden de expulsión de don [...] hasta tanto no se resuelva lo procedente por el Tribunal de instancia respecto de la suspensión solicitada y teniendo en cuenta que dicha resolución no pone término a la pieza separada de suspensión y, por consiguiente, no está comprendida entre los autos susceptibles del recurso de casación ordinario a tenor de lo dispuesto concordadamente por los artículos 94.1.b) en relación con el 100.2.a), ambos de la Ley de esta Jurisdicción, conforme a la reforma introducida en la misma por la Ley 10/1992, de 30 de abril sobre Medidas Urgentes para la Reforma Procesal, es visto que procede declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto».

- El órgano jurisdiccional deberá seleccionar la medida adecuada para garantizar el interés privado del solicitante, *sin merma del interés general*.

- Intervención del Ministerio Fiscal en los supuestos tasados que contempla la regulación legal.

De esta manera queda clara la naturaleza circunstancial y temporal de la decisión. Dado que la medida adoptada con carácter urgente se habrá visto ceñida a aquellos aspectos en los que concurría dicha circunstancia de urgencia, será normal que el auto de ratificación amplíe la medida cautelar, aun cuando también puede ocurrir que, a la vista de las alegaciones de la parte contraria o de la existencia de nuevos elementos de justificación, el órgano jurisdiccional decida levantar la medida, restringirla, sustituirla por otra, acordar una contramedida o contracautela, etc. En este caso no rige la limitación prevista en el art. 132.2 LJCA/1998, pues el art. 135 LJCA/1998, modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, está concebido como una excepción al principio de invariabilidad de las medidas cautelares, al adoptarse la provisionalísima con carácter precario, dadas las circunstancias concurrentes.

La STC 218/1994, de 18 de julio estableció: «[...]. La pretendida indefensión sufrida por las recurrentes al no haber sido oídas en el proceso en el que se adoptó la medida cautelar, no tiene trascendencia constitucional, ya que, al margen de otras consideraciones, desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa, el hecho de haber sido oídas con posterioridad impide considerar que se haya producido una verdadera indefensión material como ha reiterado en tan numerosas ocasiones este Tribunal que su cita resulta excusada».

Doctrina avalada también por el Tribunal Supremo. Sirva como ejemplo, el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 26 de enero de 2012:

«Hemos de confirmar una vez más la doctrina contenida en los dos autos citados, añadiendo a lo expuesto que la restricción de la posibilidad de recurso está plenamente justificada y, en realidad, no supone sino diferir a una fase ulterior (aquella en que se resuelve de modo definitivo sobre la procedencia de la cautela) al eventual control en casación de los autos de instancia.

El artículo 135 de la Ley Jurisdiccional establece que contra los autos que se dicten a su amparo no cabrá recurso alguno porque, en el caso de que se conceda la medida cautelar, con el consiguiente sacrificio del derecho de defensa de la parte no oída y la excepción del principio de contradicción, su eficacia temporal es muy limitada en el tiempo y viene condicionada a la ulterior decisión casi inmediata. [...].

En el caso en que el tribunal deniegue la medida “cautelarísima” tampoco hay realmente restricciones a la tutela judicial por el hecho de que el auto desfavorable al actor no sea susceptible de recurso inmediato. Esta denegación basada en la inexistencia de una particular situación de urgencia excepcional, no tiene más alcance que el de rechazar que concurran los presupuestos extraordinarios a los que se refiere el artículo 135 citado. Se inserta, pues, en un proceso de cognición muy limitada de modo que el auto que resuelve la pieza “provisionalísima” no impide que, acto seguido, el tribunal sustancie el incidente cautelar “ordinario” al término del cual, oídas todas las partes y tras la valoración y ponderación del conjunto de factores susceptibles de incidir en el otorgamiento de la medida cautelar (entre ellos, el *periculum in mora* no cualificado por razones excepcionales), de nuevo dicte auto —éste definitivo— que, previo el preceptivo recurso de reposición, será recurrible en casación conforme a las reglas generales previstas en el artículo 87 de la Ley Jurisdiccional.

En definitiva, cualquiera que sea el sentido, favorable o desfavorable para el solicitante, del auto que se dicte en el marco del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, dicha resolución no “pone término” a la pieza de medidas cautelares, por lo que no es susceptible de recurso de casación, [...]».

Examina la jurisprudencia, no aparece casuística abundante sobre la aplicación de las medidas cautelares provisionales en el ámbito de la salud, ni en otros relacionados con cuestiones relativas a medios electrónicos, informáticos o telemáticos, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, el semillero de realidades y situaciones expuestas puede ser un caldo de cultivo excepcional.

Si debo señalar de modo expreso el Auto de 27 de octubre del 2000 (recurso 118/2000), del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona (Ar. 1784):

«FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO. [...]. La medida cautelar solicitada en el recurso contencioso-administrativo, siquiera con carácter provisionalísimo, y que da origen a la presente pieza, consiste en: la suspensión de la ejecutividad del acuerdo recurrido. Nos encontramos en el presente supuesto, con un recurso contencioso-administrativo que tiene como objeto: el acuerdo adoptado por la Asamblea General extraordinaria del Colegio Profesional de Farmacéuticos de fecha 10 de octubre de dos mil, que dice lo siguiente: «se acuerda por mayoría proceder próximamente a dejar de financiar el precio de las recetas al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por lo que

se procederá a cobrar las recetas al usuario y que sea éste quien se dirija al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para el reembolso del importe, dejando abierta la puerta del diálogo». No consta que el precedente acuerdo se haya motivado ni tampoco se indican los recursos que contra el mismo caben. [...].

TERCERO. [...]. En el supuesto que hoy nos ocupa confluyen básicamente los siguientes intereses: por un lado, el interés de la Administración recurrente de defender el interés general de que los beneficiarios de la asistencia sanitaria a través de la prestación farmacéutica reciban esta última en los términos reglamentados. Por otro lado, el interés del Colegio Profesional de Farmacéuticos que, en el ejercicio de las funciones que le son propias, defiende los intereses de un colectivo profesional y para ello adopta las «medidas de presión» que estima oportunas frente a la Administración Foral. Pero, existe igualmente, y más en este caso, el interés público o general de los usuarios a la dispensación de la prestación farmacéutica, como beneficiarios que son de la Asistencia Sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social, porque, «ab initio», y sin ánimo de prejuzgar, conforme al Ordenamiento Jurídico, la Asistencia Sanitaria comprende la prestación farmacéutica. Por tanto, en este caso parece evidente que el interés público, no solamente no exige la ejecución del acuerdo sino que por contra «exige» la no ejecución del controvertido acuerdo.

Pues bien, ponderando los citados intereses, tomando en consideración la alarma social creada así como el hecho de que la no suspensión de la ejecutividad del acuerdo arriba mencionado podría impedir la efectividad de la sentencia que se dicte, y todo ello, como ya se ha dicho, sin perjuicio de lo que se resuelva en el auto a dictar tras la comparecencia a celebrar en los próximos tres días, procede acceder a la suspensión solicitada.

PARTE DISPOSITIVA

Acceder a la petición de suspensión de la ejecución del acuerdo adoptado por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Navarra, en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 10 de octubre de dos mil, en el que se acuerda dejar de financiar el precio de las recetas al SNS-Osasunbidea y proceder a cobrar las recetas al usuario de modo que sea éste quien se dirija al Servicio Navarro de Salud para el reembolso del importe».

También es relevante el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, 15 de diciembre de 2011 (Ar. 2012, 241), que da solución a la aplicación de supuestos muy

relacionados con el objeto de este epígrafe (internet), aunque no se trate de medidas cautelares provisionales:

«RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO. El artículo 727 en su número 7º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, permite adoptar como medida cautelar “La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”. [...].

SEGUNDO. Se solicitan las medidas con carácter previo a la presentación a la demanda principal. Jurisprudencialmente la admisión con este carácter previo se debe justificar porque el peligro por la tardanza es más inmediato que en caso de presentarse coetáneamente con la demanda o en la imposibilidad de recabar la documentación necesaria para poder presentar la demanda principal.

En el presente caso existen motivos que aconsejan que la adopción de las medidas se haga con la mayor brevedad posible ya que existen indiciariamente conductas ilícitas que se agotan en sí mismas como son las apuestas ilícitas que indiciariamente se están realizando por las futuras codemandadas y la urgencia es especialmente clara en casos en los que hay difusión publicitaria por internet. Además concurren motivos que dificultan gravemente a la solicitante la presentación inmediata de la demanda iniciadora del procedimiento principal, dada la necesidad de elaborar informes periciales -téngase en cuenta que el perito informático en su informe (aportado como documento 11) dice: “*Sobre la consulta en la que se solicita que se verifique si los premios obtenidos por las apuestas realizadas en el sistema de www.miapuesta.com pueden ser recibidos en una cuenta bancaria ubicada en territorio español, debido a la premura en la entrega del presente dictamen, el proceso de reintegro no está completo, por lo que posteriormente se redactará un anexo a este documento, en el que se describirá la manera en que dicho paso concluye*” - a lo que se añade la dificultad de poder cuantificar la acción de indemnización de daños y perjuicios y la dificultad de obtener la información y documentación necesaria para acompañar a la demanda para su debida fundamentación, teniendo en cuenta que las futuras demandadas indiciariamente prestan servicios de juego online a usuarios en España desde paraísos fiscales que no colaboran con las autoridades españolas, así como la dilación que puede producirse

por las correspondientes traducciones. Pero a mayor abundamiento hay que tener en cuenta además, que mientras tanto, las futuras demandadas están obteniendo indiciariamente una ventaja competitiva ilícitamente obtenida.

TERCERO. Aunque como regla general la adopción de una medida cautelar requiere la previa audiencia de la parte demandada, el artículo 733 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LECn) admite que, excepcionalmente, pueda acordarse sin dicha audiencia, cuando concurren razones de urgencia o cuando la audiencia previa pudiera comprometer el buen fin de la medida, razonado por separado, como se está haciendo en este momento, la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida, y los motivos para prescindir de la audiencia previa del demandado.

En el presente caso, es procedente acordar la medida cautelar interesada, sin previa audiencia de las demandadas, dado que de no hacerse así, se podría comprometer la efectividad de la medida, teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento relativo a derechos que vienen protegidos por la Ley de competencia desleal y solicitándose como medida cautelar la cesación y prohibición de: actividades de juego, actividades de publicidad, tratamientos de datos personales obtenidos a través de actividades de juego, se trata de poner fin (provisoriamente) a un daño inmediato en el derecho cuya titularidad se afirma, por lo que, más que asegurar la ejecución (propio de las medidas conservativas tradicionales), lo que se persigue y el legislador permite (art 726.2 LEC) es evitar el riesgo de que aumente ese daño, lo cual está subyacente en una actividad continuada como la que se está produciendo en el caso de autos. Pero además la situación se hace más grave si tenemos en cuenta que las futuras demandadas desarrolla su actividad desde al menos tres paraísos fiscales diferentes, según indiciariamente consta con la documental presentada con la solicitud, lo que podría suponer una facilidad para situarse al margen de las leyes españolas y europeas.

CUARTO. Admitida la posibilidad de adopción de Medidas cautelares previas a la demanda e inaudita parte, procede examinar si concurren los requisitos que se derivan de los arts. 721 y siguientes de la LEC, entre los que destaca el art. 728, que proclama la necesidad de apariencia de buen derecho, esto es, el tradicional “*fumus boni iuris*” o apariencia de buen derecho, peligro en la mora y ofrecimiento de caución.

QUINTO. -En lo que respecta al “*periculum in mora*”, es decir, que puedan producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse la

medida cautelar solicitada, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, tal como prescribe el art. 728 de la L.E.C., debe ser estimado por las propias razones de urgencia que justifican la necesidad de adoptar en su caso las Medidas Cautelares sin audiencia de la futura demandada, dando aquí por reproducido lo establecido en el Razonamiento Jurídico segundo de ésta resolución. Si no es posible demorar la adopción de las Medidas Cautelares solicitadas ni siquiera a la audiencia de las demandadas, con más razón no puede demorarse hasta la resolución del pleito que en su día se entable.

SEXTO. [...]. 3.- Normativa de protección de datos y de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información.

a) El artículo 4.7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (en adelante, “LOPD”), establece que *“se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos”*.

Por su parte, el artículo 6.1 LOPD establece que *“el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado”* y el artículo 3 h) LOPD define ese consentimiento del interesado como *“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”*.

El artículo 8.1 del Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que desarrolla la Ley (en adelante, “RLOPD”) reitera dichas reglas en los siguientes términos:

“Los datos de carácter personal deberán ser tratados de forma leal y lícita. Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.”

Como se desprende del informe del perito aportado a las actuaciones la actividad realizada por las demandadas implica la recogida de datos de clientes, en el ejercicio de una actividad manifiestamente ilegal por carecer de licencia para operar lo que supone recoger datos por “medios desleales” y, por tanto, con infracción del precepto anteriormente citado del RLOPD.

b) Por su parte el artículo 32.2 LCD prevé expresamente que pueda pedirse la cesación de una conducta y su prohibición futura incluso *“si la conducta todavía no se ha puesto en práctica”*.

Dado que la transferencia de datos ilícitamente obtenidos supondría una vulneración de la normativa de protección de datos dado que cualquier cesión de datos personales requiere el consentimiento previo del afectado y que el procedimiento de solicitud de consentimiento debería contar además con las garantías impuestas por dicha normativa (artículos 10 a 17 RLOPD), ello supondría la infracción de estas normas y por tanto un acto de competencia desleal prohibido por el artículo 15 LCD .

Por otra parte el art. 21 de la ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información prohíbe las comunicaciones comerciales a gran escala vía correo electrónico para redirigir los clientes a sus nuevas sociedades, dispensándose dicha prohibición en aquellos casos que exista una relación contractual previa, pero sólo si “ *el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario* “; lo que inicialmente no es el caso tal. Esta conducta indiciariamente sería desleal al amparo del artículo 15.2 LCD, sino que también estaría prohibida por el artículo 29.2 LCD que prohíbe este tipo de comunicaciones comerciales por correo electrónico (“spam”).

Y por último, si la creación de sociedades en España tuviera por objeto únicamente solicitar la licencia en España pero realmente la actividad, tecnología y demás medios físicos y materiales fueran desplegados por los operadores que actualmente operan desde paraísos fiscales, tal conducta infringiría el artículo 9.3 LJ , que establece que los títulos habilitantes -licencias- previstos en dicha normativa no pueden ser objeto de cesión o explotación de terceras personas, por lo que si así se hiciera ello supondría, de nuevo, una conducta desleal por infracción de norma (artículo 15 LCD).

Por lo expuesto se debe concluir que se existe apariencia de buen derecho en las instantes.

SEPTIMO. Siendo procedente la adopción de las medidas cautelares solicitadas, debe fijarse la caución exigible [...].

PARTE DISPOSITIVA.

PRIMERO.

En atención a lo expuesto, DISPONGO ESTIMAR LAS MEDIDAS solicitadas [...], y en consecuencia SE ORDENA:

1-La cesación y prohibición del desarrollo de cualesquiera actividades de [...] por canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos que sean accesibles en territorio español y, en particular, las actividades a través de Internet mediante el sitio web www[...] o cualesquiera otros dominios de Internet sobre los que ostenten control directo o indirecto, [...]; [...].

3.-La cesación y prohibición de la obtención, uso, cesión o cualquier otro tratamiento de datos personales obtenidos a través de actividades [...] online de clientes situados en España;

4.-La cesación y prohibición de envío de comunicaciones comerciales individualizadas o masivas a través de cualquier medio relativas a sus actividades [...] cuyos destinatarios sean personas situadas en territorio español y, en concreto, la cesación y prohibición de realizar comunicaciones comerciales a los citados destinatarios en las que se syndique el nombre de nuevos dominios web en los que las demandadas o terceros estén desarrollando o vayan a desarrollar actividades [...].

SEGUNDO.

Las anteriores medidas cautelares se ejecutarán una vez que la parte solicitante preste en el plazo de tres días siguientes a la notificación de la presente resolución, la caución [...] y pagadero al 1er. requerimiento y se estime idóneo y suficiente por este Juzgado.

TERCERO.

- Verificado lo dispuesto en el punto anterior y para asegurar la ejecutividad y efectividad de las medidas cautelares acordadas se ORDENA:

1.-Librar requerimiento a los prestadores de servicios de información reconocidos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que se relacionan en el siguiente cuadro, para que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación en relación con las entidades demandadas. [...].

2.-Librar requerimiento a las entidades de pago siguientes para que suspendan todas las operaciones de ingreso y/o pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar de uso habitual por las entidades [...] online:

3.- Librar Oficio mediante solicitud motivada dirigida al Ministerio de Ciencia e Innovación (o al órgano que lo sustituya), sito en c/ Albacete, 5. CP 28027 de Madrid y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sito en Carrer de Bolivia, 56 - 08018 Barcelona, para que, en ejercicio de sus respectivas competencias de coordinación y/o supervisión de los prestadores de servicios de la información inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, les requieran para que, con carácter inmediato, suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones y la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación en relación con las entidades demandadas. [...]».

Debo reseñar como apremia a adoptar decisiones que pueden afectar a apps, dispositivos, historias clínicas o centros o servicios sanitarios on line, que van a ver incrementada su presencia en nuestras vidas.

VI. CONCLUSIÓN.

La decisión sobre las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, en virtud de la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar. Para ello se deberá tener presente los distintos criterios predeterminados por la IJ, la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional. Los mismos han sido resumidos –magistralmente- por la STS de 3 de octubre de 2011 (Ar. 7450):

- «a) Necesidad de justificación o prueba, [...]».
- b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. [...].
- c) El periculum in mora, [...].
- d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso [...].
- e) La apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) [...]».

En definitiva, la procedencia o improcedencia de la medida cautelar debe efectuar una triple ponderación: a) valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto; b) que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso; y c) que se valore si la adopción de la medida cautelar puede causar una perturbación grave de los intereses generales o de un tercero, que pueda conducir a denegarla⁴⁹.

⁴⁹ Vide STSJ de Madrid, de 19 de diciembre de 2016 (Ar. 17408).

En el ámbito de la salud cobra un valor especial por cuanto puede comprometer no sólo la calidad de vida de los ciudadanos, sino la posibilidad de que afecte a un derecho tan elemental, cuya protección es un valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico.

En todo caso se falla con más frecuencia de la que sería deseable en la ponderación de los intereses que confluyen. Y en parte, es responsabilidad de los solicitantes, pues la parte no alega el “interés legítimo” a proteger, o la prueba resulta insuficiente. Quizás se debe a una mecánica casuística y práctica que desvirtúa su verdadero fundamento. Para tomar conciencia de esta realidad, he pretendido poner “negro sobre blanco” una realidad que aun siendo conocida, no ha sido suficientemente interiorizada.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, “Elecciones generales, Consejo de Europa, salud pública e industria farmacéutica”, *Butlletí Groc*, Vol. 28, 4, (2015).

BARRANCO VELA, R., (Dir.), *El acceso al medicamento*, Comares, Granada, 2010.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “Vacunas obligatorias y recomendaciones: régimen legal y derechos afectados”, *Derecho y Salud*, Vol. 22, 1, (2012).

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 7ª ed, Cívitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988.

MARTÍN BERNAL, J. M., *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley, Madrid, 1998.

MARTÍNEZ ZAPORTA, E., “Telemedicina y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Derecho y Salud*, Vol. 16, 1, (2008).

MONTEAGUDO, J.L., SERRANO, L. y HERNÁNDEZ SALVADOR, C., “La telemedicina: ¿ciencia o ficción?”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, versión electrónica, Vol. 28, 3, (2005).

PALOMAR OLMEDA, A., (Dir.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2017.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F., “Medidas cautelares”, en ROCA ROCA, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tecnos, Madrid, 2005.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F., “La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, en PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (Dir.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F., “Evaluación de las tecnologías sanitarias y creación de una red de autoridades u órganos responsables”, en PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (Dir.), *Profesionales de la salud (problemas jurídicos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F., *Prescripción, indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SALA ATIENZA, P. y CADENAS GARCÍA, M. I., *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

VIDA FERNÁNDEZ, J., *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos*, Tirant, Valencia 20.

La ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas

Javier E. Quesada Lumbreras

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROBLEMA DE FONDO: TUTELA EJECUTIVA O TUTELA CAUTELAR. III. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS Y LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: UNA MIRADA HACIA LA JURISDICCIÓN SOCIAL. IV. LA NECESARIA DELIMITACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE EJECUCIÓN. V. DE LA TEORÍA A LA NORMALIZACIÓN PRÁCTICA. VI. CONCLUSIONES A MODO DE *LEGE FERENDA*. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La regulación actual de la ejecución provisional de sentencias no firmes en el proceso contencioso-administrativo requiere una reforma importante si de verdad queremos hablar, en propiedad, de normalización de esta jurisdicción. Para fundamentar esta posición indagaremos sobre la esencia de este instituto jurídico, nada pacífico entre la doctrina, e iremos comprobando los viejos vestigios de proteccionismo a la Administración que, en esta materia, aún perduran y que carecen de argumentación jurídica alguna en cualquier proceso judicial.

PALABRAS CLAVE: Ejecución provisional, proceso contencioso-administrativo, tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: The current regulation to provisional orders of execution a appealable judgment in the administrative procedure requires great reform if we want to talk about normalization of this jurisdiction. To substantiate this position we delving on the essence of this legal institute, nothing peaceful between the doctrine, and we will be checking the old vestiges of protectionism to the administration which still remain and which do not have legal argumentation in any judicial procedure.

KEY WORDS: Provisionals orders of execution, administrative procedure, effective judicial protection.

I. INTRODUCCIÓN

Va a cumplirse el veinte aniversario de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) y la «normalización», en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, de este orden jurisdiccional sigue su curso aunque continúan perviviendo algunas prerrogativas o privilegios para una de las partes del proceso carentes de justificación a día de hoy (y desde el momento de su promulgación).

Concretamente, en el objeto de estudio de nuestro trabajo, ya podemos adelantar que la regulación establecida para la ejecución provisional de sentencias mantiene ciertos privilegios para la Administración que, mucho me temo, resultan en el momento presente carentes de fundamentación jurídica alguna. La efectividad de la tutela judicial efectiva, a juicio del autor, «exige despejar definitivamente ese viejo reducto de la comodidad, no de la necesidad de funcionamiento, de la Administración que es el régimen de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Uno de los mandatos expresos y la virtualidad efectiva de los valores superiores de la Constitución se juegan en este empeño, que es algo más que una mera *technicality* propia del estamento de los juristas»¹.

Y es que si bien es cierto que existe una tendencia generalizada en el ordenamiento jurídico-procesal español a favorecer la ejecución provisional de aquellos contenidos en resoluciones definitivas que se encuentren pendientes de recurso, siempre que se produzcan los presupuestos para ello, no puede decirse que la regulación de esta institución en la jurisdicción contencioso-administrativa presente esta homogeneización con respecto al resto de órdenes jurisdiccionales. Entre las razones que nos podría hacer entender esta paradoja, y que como veremos más adelante podrían convencernos en ciertos casos, se sitúa precisamente en la opción del legislador por seguir privilegiando a la Administración en un sector (el poder judicial) que debería garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

El problema de fondo, con carácter general y más allá de la particular sistemática seguida en la LJCA, es el tratamiento jurídico diferenciado que se establece entre las sentencias firmes y las sentencias provisionales. Pues aunque el tratamiento desigual puede resultar obvio, dado la provisionalidad de éstas como consecuencia de la posibilidad de recurso establecida, no es menos cierto también que desde un punto de vista material no hay diferencia. La fuerza ejecutiva, como señala PÉREZ DEL BLANCO, «no radica en su firmeza, en la imposibilidad de que sean modificadas por lo que lo único restante sería la plasmación en la realidad de lo dispuesto en las

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas», *Documentación Administrativa*, núm. 209, 1987, págs. 14-15.

mismas al no ser posible la modificación de la resolución sobre el fondo del asunto planteado – como sucede con las sentencias firmes –; sino que lo hace en su carácter condenatorio – no se debe olvidar que es el rasgo principal del título de ejecución – y en la previsión legal expresa permitiendo que la ejecución dé comienzo si se cumplen una serie de premisas y presupuestos, por considerar que el derecho de ejecución tiene más fuerza que el riesgo que se asume con la exposición a una probable revocación de los pronunciamientos ejecutables».

Y es que, en efecto, al margen de que la ubicación de esta regulación en la LJCA pueda ser más o menos adecuada desde el punto de vista formal, como indica el autor, «no es del todo correcta en cuanto al fondo, pues a pesar de ser una cuestión relacionada directamente con la impugnación de las resoluciones, no deja de tener una naturaleza jurídica claramente ejecutiva. Tan ejecutiva como que es el proceso de ejecución mismo el que comienza, con la única salvedad de la provisionalidad de lo actuado»².

Precisamente aquí radica una de las cuestiones de fondo más relevantes, la de su configuración jurídica y que nos lleva a reflexionar sobre la naturaleza jurídica de esta institución, es decir, si la ejecución provisional de sentencias presenta una na-

² PÉREZ DEL BLANCO, G., «La reversibilidad de las prestaciones como presupuesto de la ejecución provisional en el proceso contencioso-administrativo español», *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2009, págs. 4-6. Por ello es más adecuada, a su juicio, «la integración de las normas que regulan la ejecución provisional – provisional, pero ejecución al fin y al cabo – dentro de los capítulos destinados a regular el proceso de ejecución. Esa es la tendencia generalizada, como puede contemplar en la LEC donde se regula la ejecución provisional en los arts. 524 a 537 justo después de la regulación de los títulos de ejecución y los ejecutivos. O en la Ley de Procedimiento Laboral donde la regulación se realiza en los arts. 287 a 302 agrupados en un Título independiente – el II: “De la ejecución provisional” – dentro del Libro IV dedicado íntegramente al proceso de ejecución – “De la ejecución de sentencias” –».

En la LJCA, como señala el autor, «con carácter general los recursos devolutivos se configuran con efecto suspensivo, pero como excepción a esta regla general – más bien al efecto suspensivo generado por la interposición de los recursos – se prevé expresamente la posibilidad de ejecutar provisionalmente las resoluciones en los arts. 84 y 91 LJCA. En este caso no es que los recursos pierdan su efecto suspensivo, sino que, con determinadas cautelas, se permite la ejecución del contenido de la resolución, eso sí, con carácter provisional, con la finalidad de no dilatar la satisfacción de la pretensión de ejecución y prevenir la interposición de los recursos con ánimo fraudulento».

La regla general que sigue la LJCA en materia de recursos, como añade, «es la de la recurribilidad de las resoluciones en doble efecto, y los casos en que el recurso a interponer lo es en un solo efecto son tasados y previstos expresamente por la Ley – así el recurso de apelación contra autos dictados por los Juzgados, Centrales incluidos, de lo Contencioso-administrativo, previsto por el art. 80.1.a), y ya analizado, así como el recurso de apelación contra sentencias dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona –, lo que se aprecia con nitidez en el art. 83.1 LJCA donde se establece que el recurso de apelación contra las sentencias lo es en doble efecto “salvo en los casos en que la presente Ley disponga otra cosa”».

turalidad o finalidad de carácter ejecutivo o más bien, como así parece vislumbrarse sistemáticamente de la regulación establecida en la LJCA, de carácter cautelar.

II. EL PROBLEMA DE FONDO: TUTELA EJECUTIVA O TUTELA CAUTELAR

La naturaleza jurídica de la ejecución provisional de sentencias no es un tema pacífico entre la doctrina que se ha ocupado del tema. A diferencia de la ejecución de sentencias firmes que encuentra, doctrinal y jurisprudencialmente aceptada, su inserción en el ámbito de protección de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE; la ejecución de sentencias provisionales no alcanza esa plena aceptación. La razón principal gira en torno a la naturaleza jurídica o la finalidad que se persigue con las mismas, a saber: una función cautelar para garantizar que el sentido de la resolución judicial definitiva (pero no firme y, por tanto, susceptible de impugnación) se mantiene durante la tramitación y resolución del correspondiente recurso; o, por el contrario, una función ejecutiva que se incardinaría también con la obligación jurisdiccional emanada del art. 117.3 CE de no sólo juzgar sino también de hacer ejecutar lo juzgado.

Sin embargo, esta dicotomía no es aceptada por todos sino que más bien, como apunta MONTERO AROCA, presenta una naturaleza jurídica de carácter mixto o una doble naturaleza, al ser una modalidad de la ejecución de sentencias y, al mismo tiempo, una medida cautelar³. En una postura intermedia también se muestra PÉREZ DEL BLANCO, para quién se trataría de «una especie de *tertium genus* entre las medidas cautelares y la actividad ejecutiva, sin que se pueda afirmar con rotundidad el predominio de cualquier de ellas»⁴.

DEL SAZ CORDERO asimismo viene a afirmar que «como la tutela cautelar, la ejecución provisional no deja de ser eso, una institución provisional supeditada a lo que resuelva la sentencia firme» aunque, como matiza, «como actividad de ejecución de sentencias comparte la naturaleza y los problemas de la ejecución definitiva, en tanto en cuanto está supeditada a lo que resulte de la sentencia definitiva, debe someterse a una serie de requisitos o cautelas»⁵.

³ MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil* (Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar), 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 538.

⁴ De hecho, como señala el autor (PÉREZ DEL BLANCO, G., 2009: 5), «se encuentran implicados en la propia institución hasta tres derechos que forman parte del fundamental de tutela, el derecho a la ejecución, el derecho a la tutela cautelar, y el derecho a los recursos».

⁵ DEL SAZ CORDERO, S., «Título IV. Procedimiento Contencioso-Administrativo. Capítulo III Recursos contra Providencias, Autos y Sentencias: Artículo 91», *Revista Española de Derecho Administrativo*,

A favor de una postura más decidida por la naturaleza cautelar se declinan otros autores como PÉREZ ANDRÉS o MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, para quién si se trata de sentencias que no han adquirido firmeza, «más que ante el derecho a la ejecución de sentencias, estamos en el ámbito de la tutela cautelar»⁶. Por su parte, y a favor de la naturaleza ejecutiva de la ejecución provisional de sentencias, se posiciona claramente DÍAZ MARTÍN⁷ o MARTÍN DELGADO en base a tres argumentos que, en síntesis, vendrían a fundamentarse en las siguientes ideas⁸:

1) Por la regulación establecida en la LJCA («argumento normativo»): si analizamos la redacción establecida en los arts. 83 y 84 LJCA podemos comprobar que la aplicación de medidas cautelares para asegurar la ejecución de la sentencia es distinta a la ejecución provisional de ésta⁹.

núm. 100, 1998 (Ejemplar dedicado a: Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998), págs. 646 y ss.

⁶ MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 59-60. Esta línea puede verse asimismo, como decimos, en el trabajo de PÉREZ ANDRÉS, A., *Los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2000.

⁷ DÍAZ MARTÍN, F. R., «La ejecución provisional de resoluciones judiciales en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1999, págs. 1980-1988.

⁸ MARTÍN DELGADO, I., «La naturaleza jurídica de la ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas», *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, págs. 89 a 99.

⁹ Así el art. 83 LJCA viene a señalar que:

1. El recurso de apelación contra las sentencias es admisible en ambos efectos, salvo en los casos en que la presente Ley disponga otra cosa.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI.

Por su parte, el art. 84 LJCA regula expresamente la ejecución provisional, a diferencia de la LJCA de 1956 que no contemplaba esta institución, y viene a establecer que:

1. La interposición de un recurso de apelación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida.

Las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional. Cuando de ésta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la prestación de caución o garantía para responder de aquéllos. En este caso no podrá llevarse a cabo la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos.

2. La constitución de la caución se ajustará a lo establecido en el artículo 133.2.

3. No se acordará la ejecución provisional cuando la misma sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación.

4. Previa audiencia de las demás partes por plazo común de cinco días, el Juez resolverá sobre la ejecución provisional en el término de los cinco días siguientes.

Como concluye el autor (MARTÍN DELGADO, I, 2006: 92): «En definitiva, la distinción que efectúan los arts. 83 y 84 LJCA entre medidas cautelares para el caso de suspensión de los efectos de la sentencia

2) Por la alternatividad de las medidas a adoptar («argumento de la alternatividad»): no se pueden solicitar simultáneamente la aplicación de medidas cautelares y medidas de ejecución provisional. Tras la admisión de la ejecución provisional se solicitarán medidas de ejecución de la sentencia y no medidas que aseguren la ejecución una vez que el recurso (de apelación o casación) sea resuelto. Las medidas cautelares se aplican, en definitiva, en sustitución de la ejecución provisional (que no se solicita o se rechaza).

3) Por la extensión de los efectos de la decisión judicial sobre el objeto de la controversia («argumento de la *vis atractiva* de la ejecución»): si el recurso contencioso-administrativo es admitido requerirá la solicitud (y admisión) de la ejecución provisional de ineficacia de la resolución adoptada en vía administrativa, desplazando asimismo las medidas cautelares de suspensión de la eficacia de la resolución administrativa adoptada que se hayan podido conceder al inicio del proceso judicial (SSTS de 9 de julio de 2001, de 12 de diciembre de 2002 y de 15 de enero de 2003). Asimismo, ante la desestimación del recurso, la Administración tendrá que requerir la ejecución provisional para que el objeto de la controversia surta efectos (y será admitida salvo que de ella puedan derivarse perjuicios de imposible reparación para la otra parte), y por ello, en consecuencia, la autotutela administrativa no tiene cabida.

La ejecución provisional de sentencias, a nuestro juicio, es también una institución de naturaleza ejecutiva. A pesar de ser una ejecución condicionada en su eficacia por la resolución del recurso de apelación o casación, su finalidad se inserta en el derecho a la ejecución de la resolución del fondo del asunto que han de garantizar los jueces y tribunales por mandato del art. 24.1 CE. No se dirige a proteger el objeto del proceso para impedir que la resolución firme carezca de sentido o ya no pueda producir efectos que son los fundamentos propios de la medida cautelar. La clave, en suma, está en la materialización del fondo del asunto cuya resolución ha sido establecida por sentencia judicial. Finalidad ésta que es la que constituye la esencia de esta institución y que garantiza el art. 24.1 CE aunque sometida a los requisitos o límites establecidos en la Ley, en este caso, en la LJCA.

III. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS Y LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: UNA MIRADA HACIA LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Como hemos apuntado, a nuestro juicio, la ejecución provisional de sentencias se inserta en el ámbito de protección de la tutela judicial efectiva que garantiza el art.

recurrída y medidas ejecutivas para el caso en que se solicite y admita la ejecución provisional lleva a afirmar la naturaleza ejecutiva de la ejecución provisional».

24.1 CE. Y ello a pesar de que la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto ha sido bastante clara¹⁰.

Se acepta así, como señalan RUIZ-RICO RUIZ y CARAZO LIÉBANA, que «forme parte del derecho a la tutela judicial efectiva que el fallo judicial se cumpla, de manera que el ciudadano que ha obtenido la sentencia vea satisfecho su derecho y, por consiguiente, que las sentencias y decisiones judiciales no se conviertan en meras declaraciones sin fuerza ejecutiva. El TC tiene aquí una función limitada de control, orientada a comprobar únicamente si el órgano judicial ha adoptado, durante la fase de ejecución de la sentencia, decisiones basadas al ejecutar criterios de razonabilidad y coherentes con lo resuelto en el juicio, además de la eventual pasividad o “desfallecimiento” de los tribunales»¹¹.

¹⁰ Como señala el Tribunal Constitucional: «(...) el derecho a la ejecución provisional de las Sentencias no es un derecho fundamental comprendido en el art. 24.1 CE, sino que viene establecido, en su caso, por el legislador y se encuentra sometido a ciertos requisitos sobre su procedencia o improcedencia que deben ser valorados por los órganos judiciales (...) ni siquiera el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes –directamente derivado del art. 24.1 CE– se presenta como un derecho absoluto (...) ya que, como ha manifestado este Tribunal, no lesionan aquel derecho las decisiones judiciales de inexecutar una Sentencia que se han fundado en una causa legal y no resulten irrazonables, inmotivadas, fundadas en causas inexistentes o entendidas restrictivamente (...) y de las que no se derive indefensión o desconocimiento de alguna garantía sustancial para la obtención de tutela judicial» (STC 105/1997, de 2 de junio).

¹¹ De esta forma, como expresa la STC 156/2002, de 23 julio: «Es doctrina reiterada de este Tribunal que una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el Ordenamiento, lo que significa, tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos, como el respeto a la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, sin perjuicio, naturalmente, de su revisión o modificación a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos. En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de cosa juzgada material, se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una resolución firme dictada en un proceso anterior ante las mismas partes (SSTC 159/1987, de 26 de octubre [RTC 1987, 159], F. 2; 135/1994, de 9 de mayo [RTC 1994, 135], F. 2; 198/1994, de 4 de julio [RTC 1994, 198], F. 3; 59/1996, de 15 de abril [RTC 1996, 59], F. 2; 43/1998, de 24 de febrero [RTC 1998, 43], F. 3; 53/2000, de 28 de febrero [RTC 2000, 53], F. 6; 55/2000, de 28 de febrero [RTC 2000, 55], F. 4; 207/2000, de 24 de julio [RTC 2000, 207], F. 2; 309/2000, de 18 de diciembre [RTC 2000, 309], F. 3; 151/2001, de 2 de julio [RTC 2001, 151], F. 2; 135/2001, de 18 junio [RTC 2001, 135], F. 5; 15/2002, de 28 de enero [RTC 2002, 15], F. 3).

Por ello el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo, o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al resuelto por resolución judicial firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre las mismas partes, puedan desconocer o contradecir las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial que haya adquirido firmeza (SSTC 15/2002, de 28 de enero, F. 3)... ».

En efecto, como reitera en la STC 3/2002, de 14 enero: «(...) el derecho a la ejecución de sentencia forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial (SSTC 202/1998, de 14 de octubre

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende también, como subrayan los autores, «el derecho a que el fallo judicial se cumpla, habiéndose configurado la ejecución de las resoluciones judiciales firmes como un derecho fundamental incorporado al art. 24.1 de la Constitución. El obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho. Es, por tanto, además de un derecho de carácter subjetivo, un principio esencial de nuestro ordenamiento»¹².

La titularidad de la potestad de ejecución, en consecuencia, corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional establecida en el 117.3 CE¹³.

[RTC 1998, 202], F. 2; 240/1998, de 15 de diciembre [RTC 1998, 240], F. 2; 108/1999, de 14 de junio [RTC 1999, 108], F. 4; 110/1999, de 14 de junio [RTC 1999, 110], F. 3; y 170/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999, 170], F. 3) (...). En el mismo sentido se pronuncia en la STC 140/2003, de 14 julio.

¹² RUIZ-RICO RUIZ, G. y CARAZO LIÉBANA, M. J., *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 545 y ss.

¹³ De acuerdo con ello, las decisiones y medidas oportunas que en cada caso hayan de adoptarse en el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional ejecutiva, y concretamente en la jurisdicción contencioso-administrativa serían como específica la STC 167/1987, de 28 octubre: «(...) en primer lugar, las que, al amparo de su legislación reguladora, deben tender a que se produzca inicialmente la actuación administrativa requerida por el pronunciamiento judicial, recabando para ello la colaboración precisa, incluso al margen del régimen ordinario de competencias. Pero también lo son, y si cabe con mayor razón, cuantas medidas sean necesarias, de acuerdo con las Leyes, para impedir lo que expresivamente el Tribunal Supremo ha calificado como “la insinceridad de la desobediencia disimulada” por parte de los órganos administrativos (STS, Sala Quinta, de 21 de junio de 1977) (RJ 1977\2940), que se traduce en cumplimiento defectuoso o puramente aparente, o en formas de inejecución indirecta, como son entre otras la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo.

Conviene insistir en esta última dimensión del derecho a la tutela judicial, porque es ciertamente aquí, en los incumplimientos administrativos disimulados o indirectos, donde se ocultan los mayores riesgos tanto para el sistema jurídico en general como para los derechos de los particulares. Pues, en efecto, el derecho a la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones firmes de los órganos judiciales no se satisface sólo, como es patente, con la remoción inicial de los obstáculos que a su efectivo cumplimiento pueda oponer la Administración, sino que postula, además, que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución, al cual es, sin duda, aplicable el principio *pro actione* que inspira el art. 24.1 de la Constitución. Sólo así se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes y, por ende, del control jurisdiccional sobre la Administración, y sólo así pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resultaría incompatible con la tutela eficaz y no la dilatoria que deben prestar los órganos judiciales, los cuales deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental...»

Así como expresa la STC 119/1988, de 20 junio: «(...) el derecho a la tutela judicial efectiva comprende también el derecho a que el fallo judicial se cumpla, habiendo configurado la ejecución de las resoluciones judiciales firmes como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al art. 24.1

Ciertamente, no llegamos a entender por qué la ejecución de sentencias firmes es un derecho que deriva directamente del art. 24.1 CE y la ejecución de sentencias no firmes, por el contrario, no puede ser considerada en este ámbito de protección. La línea que mantenemos es que en ambos casos nos encontramos ante sentencias judiciales que resuelven de forma definitiva (aunque no firme en el caso de las provisionales) el fondo del asunto. Ambas sentencias cumplen una función de tutela ejecutiva y como tales debería prevalecer el derecho a la ejecución sobre los posible riesgos o perjuicios que puedan derivarse de las mismas, y más aún teniendo que éstos pueden paliarse o cubrirse mediante las medidas que se establece en el art. 133 LJCA¹⁴.

Desde esta perspectiva, el derecho a la ejecución de sentencias provisionales también debería derivar directamente del art. 24.1 CE aunque tampoco se presente, como señala el Alto Tribunal, como un derecho absoluto ya que pueden existir circunstancias excepcionales fundadas en una causa legal que limiten el derecho contenido en él o hagan imposible su ejercicio como así se establece en los arts. 84 y 91 LJCA. La ejecución provisional, en palabras de MONTERO AROCA, «encuentra su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque en el mismo se justifican también sus límites».

de la Constitución. El obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho (STC 15/1986, de 31 de enero) (RTC 1986\15).

También ha sostenido este Tribunal que presupuesto para el ejercicio de tal derecho del justiciable a instar la ejecución de lo juzgado es el principio de la intangibilidad de las sentencias que “entra a formar parte, por lo mismo, del cuadro de garantías que el art. 24.1 de la Constitución consagra”, de modo que el derecho a la tutela judicial efectiva proscribiera que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes queden sin efecto (STC 15/1986, de 31 de enero). Los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal de los arts. 9.3 y 117.3 de la Constitución impiden, como ha dicho la STC 67/1984, de 7 de junio (RTC 1984\67), “que los Jueces y Tribunales, al margen de los casos previstos por la Ley, puedan revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad aplicable” (...).

¹⁴ El art. 133 LJCA viene a establecer lo siguiente:

1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.

2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente.

3. Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida.

La efectividad de la tutela judicial, como también sostiene el autor, «no puede desconocer que la sentencia, aunque no sea firme, es un pronunciamiento judicial con todas las garantías y con vocación de permanencia, al que no puede privarse de toda eficacia porque contra el mismo se haya preparado un recurso, si bien ese mismo derecho a la efectividad de la tutela judicial ha de impedir la ejecución provisional cuando sea imposible o de extrema dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado si la sentencia es revocada»¹⁵. Y es que, en efecto, la tutela judicial efectiva como ha afirmado la STC 107/1992, de 1 julio:

«(...) no tratándose de un derecho de libertad, sino de un derecho prestacional, el de tutela judicial efectiva, en sus distintas vertientes –y entre ellas la de la ejecución de sentencias–, es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio. De este modo, al tratarse de un derecho de configuración legal, el Legislador puede establecer límites al pleno acceso a la ejecución de las sentencias, siempre que los mismos sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la Constitución [STC 4/1988 (RTC 1988\4)]. Consecuentemente, cabe que un Tribunal adopte una decisión de inejecución de una sentencia, siempre que se haga expresamente en resolución motivada y con fundamento en una causa obstativa de la ejecución prevista por el ordenamiento. La aplicación judicial de una causa legal de inejecución debe estar guiada por el principio *pro actione* que inspira todas las manifestaciones del art. 24.1 CE, de manera que debe adoptarse la interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, en este caso del derecho a la ejecución (...).

Quizá la solución para que la ejecución provisional de sentencias contencioso-administrativas se entienda comprendida en el art. 24.1 CE pase por atribuirle una especial significación como ocurre en la jurisdicción social y que el propio Tribunal Constitucional reconoce en su Sentencia 105/1997, de 2 junio:

«(...) Sin embargo, por lo que se refiere específicamente al procedimiento laboral, la denominada ejecución provisional presenta una serie de particularidades cuya finalidad consiste tanto en evitar recursos meramente dilatorios de la parte condenada como dotar de eficacia inmediata a la resolución que estima la pretensión del trabajador, considerando la situación en la que ha podido quedar. Actúa por tanto como mecanismo compensador

¹⁵ MONTERO AROCA, J. (2001: 542).

de la desigual posición material existente entre las partes, en el contexto de un proceso como el laboral, dirigido precisamente a garantizar la igualdad efectiva y no meramente formal de aquéllas [SSTC 3/1983 (RTC 1983\3), 14/1983 (RTC 1983\14), 114/1983 (RTC 1983\114), 20/1984 (RTC 1984\20) y 125/1995 (RTC 1995\125)] y en el que prima esencialmente la resolución de instancia y la apariencia de certidumbre creada por ella. Este Tribunal ha entendido que las cargas que la ejecución provisional suponen para la parte condenada no son desproporcionadas ni lesivas de su derecho a la tutela judicial, precisamente por la finalidad que cumplen en relación a los derechos reconocidos al trabajador en la sentencia de instancia [SSTC 80/1990, 61/1992 (RTC 1992\61) y AATC 767/1986 y 103/1993] (...).

Y es que, como sostiene GÓNZALEZ CALVET, «a diferencia de lo que sucede con el derecho a la ejecución de sentencias firmes, que integra el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el derecho a la ejecución provisional no forma parte de ese núcleo esencial del Art. 24.1 CE. Sin embargo, merced a la voluntad política del legislador, en el procedimiento laboral la ejecución provisional de sentencias integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocida en el Art. 24.1 CE (STC 87/1996, de 21 de mayo), aunque sin formar parte de su núcleo esencial pero sí de su contenido adicional. Por ello mismo, si la opción del legislador fuera suprimir supuestos de sentencias ejecutables provisionalmente, esta decisión política sería perfectamente constitucional puesto que el legislador goza de ese margen de maniobra, ya que este derecho a la ejecución de sentencias no firmes no deriva del Art. 24.1 CE, del mismo modo que tampoco de este precepto constitucional deriva el derecho a los recursos en la jurisdicción social. No obstante, a pesar de no integrar el contenido esencial de la tutela judicial efectiva, la denegación sin causa legal del despacho de la ejecución provisional de una sentencia no firme supone la vulneración del derecho fundamental contenido en el Art. 24.1 si esta ejecución provisional está contemplada legalmente»¹⁶.

¹⁶ GÓNZALEZ CALVET, J., *Ejecución provisional de las sentencias en la jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 37 y ss. Así conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva, como explica el autor, «es un derecho de configuración legal y que se constituye a partir de un núcleo esencial de carácter fijo e inalterable que deriva del texto constitucional y respecto del cual el legislador no tiene libre disponibilidad. Sin estos derechos que configuran el núcleo esencial de la tutela judicial efectiva, el derecho en sí mismo no sería reconocible. De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha integrado en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, entre otros, el derecho a acceder al proceso y a obtener una resolución fundada en derecho que dé respuesta a la acción planteada (SSTC 101/1993, de 22 de marzo; 164/2003, de 29 de setiembre; 55/1983, de 22 de junio; 116/1986, de 8 de octubre; etc.).

Igualmente, se ha sostenido que forma parte del núcleo esencial de la tutela judicial el derecho a la efectividad de los pronunciamientos judiciales entendido como derecho a la ejecución de resoluciones judiciales firmes en sus propios términos (SSTC 15/1986, de 31 enero; 322/1994, de 28 de noviembre; etc.).

Nos encontramos así con una serie de argumentos que, creo que podrá ser compartido por todos, perfectamente podrían trasladarse a la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que también se puede considerar que no haya una posición igual entre las partes (esencialmente cuando una de ellas es una persona física o jurídica –no comprendida en los apartados 2 y 3 del art. 1 así como del art. 19.5 LJCA¹⁷–) y que también debería garantizar la igualdad efectiva y no meramente formal de aquellas.

De hecho, como mantiene el autor, «la totalidad de los supuestos de ejecución provisional regulados específicamente en esta jurisdicción han previsto la legitimación activa tan solo para el potencial beneficiario de prestaciones sociales o para quien ostentara la condición de trabajador asalariado. La aparición y desarrollo de esta institución procesal en la jurisdicción laboral ha transcurrido en paralelo con la finalidad protectora de los derechos del trabajador y del beneficiario de indem-

Por el contrario, la jurisprudencia constitucional también ha considerado la existencia de otros derechos de configuración legal que integran el derecho a la tutela judicial efectiva pero sin formar parte de su núcleo esencial. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a los recursos legalmente establecidos, que deberán ejercerse en los términos contemplados en la Ley (STC 165/1989, de 16 de octubre). El legislador es el que establece el sistema de recursos, configurando así de un determinado modo el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el Art. 24 CE y erigiéndose el acceso a estos recursos en parte de este derecho fundamental (STC 132/1987, de 21 de julio). En coherencia con ello, también se ha declarado que no existe un derecho constitucional al acceso al sistema de recursos, salvo en la vía penal (STC 132/1997, de 15 de julio). En el ámbito procesal laboral es el legislador ordinario y no el constitucional el que establece un determinado sistema de recursos (STC 28/1987, de 5 de marzo). El sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse al mencionado derecho fundamental proclamado en el Art. 24 CE en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con excepción del penal por razón de un derecho del condenado al doble grado de jurisdicción (STC 118/1993, de 29 de marzo y 72/2002, de 8 de abril). En consecuencia, la limitación injustificada o arbitraria del acceso a los recursos legalmente previstos constituye una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 9/1992, de 16 de enero)».

¹⁷ Se entenderá, conforme al art. 1.2 LJCA, por Administraciones públicas: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) Las Entidades que integran la Administración local; d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

Asimismo, los órganos que especifica el apartado 3 del precepto también quedarían excluidos de la condición de parte débil del proceso que venimos manteniendo, a saber:

1) Órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

2) Consejo General del Poder Judicial y órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales.

3) Administración electoral.

A todos ello habría que añadir, y por ende excluir de la consideración de parte débil del proceso, al Tribunal Administrativo del Deporte a que hace referencia el art. 19.5 LJCA.

nizaciones derivadas de accidente de trabajo y, posteriormente, de prestaciones de Seguridad Social»¹⁸.

Nada impide, en consecuencia, que el legislador de la jurisdicción contencioso-administrativa pueda establecer la legitimación activa para solicitar la ejecución provisional de sentencias sólo a los sujetos que no ostentan la condición de Administración Pública ni de los otros órganos a que se refiere los arts. 1.3 y 19.5 LJCA.

Y es que el legislador de la jurisdicción contencioso-administrativa nunca debería perder de vista que este orden que controla la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, una rama del ordenamiento jurídico que, además de regular las relaciones internas y externas entre los órganos que integran el sector público, presta especial atención a la relación Administración-ciudadano. Y en la que, al igual que en el Derecho Laboral con la relación empresario-trabajador, también existe una parte fuerte dotada de prerrogativas exorbitantes y una parte débil a la que el Derecho Administrativo procura dotar de todas las garantías posibles como fórmula que permita equilibrar esta desigual relación jurídica.

Por todo ello, en suma, la configuración legal de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en la jurisdicción contencioso-administrativa debería orientarse también hacia una garantía de la igualdad efectiva de las partes del proceso, con la finalidad protectora de los derechos de los destinatarios de la actividad administrativa. Y todo ello, sin perjuicio, de que puedan establecerse limitaciones justificadas y no arbitrarias que garanticen la tutela judicial efectiva, tanto su contenido esencial como su contenido adicional del que forma parte la ejecución de sentencias no firmes, una vez que ha quedado contemplada legalmente.

¹⁸ GÓNZALEZ CALVET, J. (2016: 40 y ss.) Como explica el autor: «La doctrina científica igualmente ha postulado esta regla común a la ejecución provisional. En este sentido, Blasco Pellicer sostiene que frente al principio general de la LEC que consagra el derecho a la ejecución provisional de todo favorecido por una sentencia recurrida, nos encontramos ante el principio social de ejecutividad provisional en el proceso laboral sólo a favor del trabajador o beneficiario de Seguridad Social, principio cuya aplicación constituye un mecanismo específico al servicio de la finalidad protectora de todo el ordenamiento laboral al que sirven no sólo las normas sustantivas sino también las procesales. En el mismo sentido, Cruz Villalón afirma que las reglas relativas a la legitimación activa y pasiva materializan técnicamente aquella orientación general de que el instituto de la ejecución provisional está concebido como instrumento de compensación y reequilibrio de la parte más débil en la relación procesal, que a su vez viene condicionada de la relación jurídica sustantiva; en otros términos, la ejecución provisional va dirigida a garantizar con efectividad los intereses tanto de los trabajadores como de los beneficiarios del régimen de Seguridad Social, y de ello cabe concluir “sensu contrario” en la imposibilidad de que la parte empresarial intente instar ante el órgano jurisdiccional la ejecución provisional de las sentencias de condena que le sean favorables».

IV. LA NECESARIA DELIMITACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE EJECUCIÓN

La ejecución provisional de sentencias, conforme a la actual redacción de la LJCA, presenta los siguientes presupuestos, y ello con independencia de que la otra parte interponga el correspondiente recurso de apelación o de casación:

a) Su puesta en funcionamiento deberá ser instada por la parte favorecida por la sentencia no firme.

b) El órgano jurisdiccional podrá acordar la adopción de medidas así como la prestación de caución o garantía, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, para evitar o paliar los perjuicios que puedan derivarse de la ejecución de la sentencia no firme.

c) La ejecución no podrá llevarse a cabo hasta la constancia del cumplimiento de la medida acordada o hasta la constitución y acreditación en autos de la prestación de la caución o garantía.

d) La eventual producción de situaciones irreversibles o perjuicios de imposible/difícil reparación son las causas legalmente establecidas que limitan o impiden la ejecución provisional de la sentencia.

e) El procedimiento a seguir tras la solicitud de la parte favorecida, y la interposición exclusivamente del recurso de apelación por la otra parte, consta de dos fases: 1^a) audiencia previa a las partes por plazo común de cinco días y, 2^a) resolución en el término de los cinco días siguientes¹⁹.

f) La Administración Pública, como requerimiento de cierre y a modo de prerrogativa, estará exenta de presentar caución ante la interposición también del recurso de apelación.

¹⁹ La única referencia establecida en el art. 91 LJCA, ante la interposición del recurso de casación, la podemos encontrar en su apartado 4: «Cuando se tenga por preparado un recurso de casación, el Letrado de la Administración de Justicia dejara testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos previstos en este artículo».

La actual regulación del recurso de casación, artículos 86 a 93, responde a la redacción establecida por el apartado uno de la disposición final tercera de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La nueva regulación casacional se aplicará a las sentencias y autos susceptibles de recurso de casación que tengan fecha de 22 de julio de 2016 en adelante; las sentencias y autos pronunciados con anterioridad al 22 de julio de 2016 se regirán, a efectos del recurso de casación, por la legislación anterior, cualquiera que sea la fecha en que se notifiquen, conforme establece el Acuerdo no jurisdiccional del Poder Judicial sobre «Criterios sobre la entrada en vigor de la nueva casación contencioso-administrativa instaurada por la Disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE de 22 de julio)».

A partir de este procedimiento establecido en los arts. 84 y 91 LCJA para la ejecución provisional de sentencias varios serían, en consecuencia, los principales interrogantes que podríamos subrayar, a saber: 1º) ¿cuál es el plazo para solicitar la ejecución provisional ante la interposición del recurso de apelación?; 2º) ¿es aplicable el procedimiento de ejecución provisional establecido en el recurso de apelación a los supuestos en que se interponga el recurso de casación?; y 3º) ¿está exenta la Administración, si fuera la parte favorecida por la sentencia no firme, de presentar caución o garantía?

Para la resolución de estos interrogantes, y otros tantos que iremos analizando, se hace precisa la aplicación de la Disposición Final Primera de la LJCA por la que se establece la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Una supletoriedad que podría haberse evitado en este punto, por lo que a la ejecución provisional de sentencias se refiere, si la propia LJCA hubiese realizado una regulación sistemática más acorde a la materia, esto es, en el Capítulo dedicado propiamente al proceso de ejecución como así sucede en la LEC y en la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS)²⁰. Y ello porque, como iremos comprobando, buena parte de estos interrogantes responden más bien a una laguna del legislador contencioso-administrativo ante la dispersión normativa de la materia en la propia LJCA.

En cualquier caso, la resolución del primer de los interrogantes planteados, esto es, cuál es el plazo para solicitar la ejecución provisional ante la interposición del recurso de apelación, nos obligan a acudir a las normas establecidas en la LEC, concretamente a su art. 527.1. De esta forma, podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la resolución en que se tenga por interpuesto el recurso de apelación, o en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído sentencia en éste.

Y todo ello teniendo en cuenta además que en este punto, como señala PÉREZ DEL BLANCO, «se ha de ser especialmente meticuloso en la aplicación supletoria pues al margen de ciertas reglas procedimentales la LEC no resulta de aplicación porque contiene unas normas opuestas, en lo material, a lo previsto en la LJCA»²¹.

²⁰ Así la ejecución provisional de sentencias se regula en el Título II del Libro III de la LEC («De la ejecución provisional de resoluciones judiciales»), en los arts. 524 a 537. Por su parte, en el orden social la LRJS regula la materia en el Título II del Libro Cuarto («De la ejecución provisional»), en los arts. 289 a 305.

²¹ PÉREZ DEL BLANCO, G. (2009: 19 y ss.). Como expresa el autor: «En cuanto a la mención del momento en que se notifica la adhesión del apelado, parece innecesaria pues tanto la propia LEC como la LJCA – como se ha visto – de modo textual permiten formular la solicitud de la ejecución a cualquier parte favorecida por la resolución (legitimación que en el proceso contencioso-administrativo se ha de aumentar a cualquier parte o sujeto afectado, como se ha argumentado) con lo que ocupar la posición de apelado no es condición para poder solicitar la ejecución provisional, como por otra parte parece inferirse de la previsión de esa comunicación de la adhesión como momento inicial a partir del cual se podrá instar

En segundo lugar, y ante la omisión del art. 91 LJCA del procedimiento a seguir en la ejecución provisional de sentencias recurridas en casación, entendemos que son aplicables las mismas reglas que expresamente establece el art. 84 LJCA, o por aplicación supletoria de la LEC, ya que el instituto jurídico es el mismo y carecería de sentido distinguir en función del recurso que pueda ser interpuesto. Por tanto, las fases de este procedimiento serían las siguientes:

1^a) La parte favorecida por la sentencia podrá solicitar la ejecución provisional desde la notificación de la interposición del recurso hasta la resolución del mismo.

2^a) El órgano jurisdiccional concederá un plazo común de cinco días de audiencia a las partes y resolverá en los cinco días siguientes, ponderando los perjuicios que puedan derivarse de su admisión²².

3^a) La resolución favorable a la ejecución provisional podrá estar condicionada a la prestación efectiva de caución o garantía. Asimismo se adoptarán las medidas necesarias para evitar o paliar los perjuicios que puedan derivarse ante la resolución estimatoria del recurso.

Como particularidad propia a la interposición del recurso de casación, no establecida ante la interposición del recurso de apelación, el art. 91.4 LJCA establece la obligación del Letrado de la Administración de Justicia de dejar testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos de poder garantizar la efectividad de una eventual solicitud de ejecución provisional de la misma. Una obligación

la ejecución, como consecuencia de lo cual la parte apelante podrá interponer la demanda ejecutiva una vez conozca la admisión a trámite – preparación – de la apelación».

Por lo que se refiere al órgano competente en el proceso contencioso-administrativo, como explica, «el órgano a quo es siempre el competente para conocer de la ejecución pues es el que ha conocido en instancia del asunto recurrido, al no existir la posibilidad de recurrir en casación las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo – de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia – resolviendo los recursos de apelación planteados contra las resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, lo que generaría la única posibilidad de que no se produjera coincidencia entre el órgano competente para conocer de la ejecución y el órgano a quo del recurso, tal como sucede por otra parte en el proceso civil».

²² En este punto cabe la duda respecto de si el plazo a otorgar podría ser el de veinte previsto por el art. 109 LJCA dentro del procedimiento incidental ejecutivo, o incluso el establecido en el art. 131 LJCA – de hasta diez días – para la audiencia en el incidente cautelar. A juicio de PÉREZ DEL BLANCO lo más adecuado sería el otorgamiento de los veinte días («La reversibilidad de las...», *op.cit.* pág. 22). En cualquier caso, como deja bien claro JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)* (dir. Jesús María Santos Vijande), EDERSA, Madrid, 1999, pág. 715, el principio de audiencia a las partes debe regir inexcusablemente en la solicitud de ejecución provisional de sentencia recurrida en casación.

que, a nuestro juicio, debe entenderse aplicable también ante la interposición del recurso de apelación²³.

Las consecuencias que se derivan del auto que admite o deniega la solicitud de la ejecución provisional de la sentencia, susceptible asimismo de recurso de apelación o casación como así se establece en el art. 80.1 e) y 87.1 d) LJCA respectivamente²⁴, están supeditadas lógicamente a la resolución del respectivo recurso de apelación o casación frente a la sentencia originaria; así:

– En los supuestos de admisión de la ejecución provisional, si es confirmatoria las medidas de ejecución pasarán a ser firmes y, en caso contrario, se procederá a la restitución del objeto del proceso judicial a su situación preexistente además del resarcimiento de los perjuicios ocasionados sobre la garantía constituida para la ejecución provisional de la sentencia que ha sido revocada.

– En los supuestos de denegación de la ejecución provisional, ante la eventual producción de situaciones irreversibles o perjuicios de imposible/difícil reparación, si es confirmatoria se procederá a la ejecución forzosa de la sentencia y, en caso contrario, lógicamente se procederá a la revocación de la sentencia originaria.

En cuanto al tercer de los interrogantes planteados, esto es, si la exención de la Administración (favorecida por la sentencia no firme) de presentar caución o ga-

²³ Otra opción sería, como plantea PÉREZ DEL BLANCO (2009: 24 y 25), «aplicar supletoriamente lo que establece al respecto el art. 526 LEC. En este sentido, la norma procesal civil impone la carga al solicitante de la ejecución de proveer al órgano a quo del testimonio de “lo que sea necesario” para la ejecución, lo que resultará de aplicación en el proceso contencioso-administrativo más que como carga del ejecutante como posibilidad que tiene de, solicitando y adjuntando testimonio de los autos, evitar demoras en el despacho de la ejecución si el órgano a quo no hubiese cumplido con su obligación». A su juicio, «es más correcto que sea la propia parte interesada quien adjunte el testimonio que resulte necesario para valorar la conveniencia de la ejecución provisional y, en su caso, desarrollar las actividades ejecutivas necesarias».

²⁴ El artículo 134 LJCA, a juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. («La Jurisdicción Contencioso-Administrativa: el procedimiento y la sentencia», *Curso de Derecho Administrativo II*, Undécima edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 682): «resuelve el problema de la ejecución inmediata de las medidas cautelares, no obstante cualquier impugnación del auto que las acuerda, incluida, pues, la casación. La misma regla debiera mantenerse para los autos de ejecución de Sentencias no firmes, resultando absurdo y propiamente contradictorio con la institución, hacer estos autos [susceptibles de recurso de casación! [art. 87.1 d)]. ¿Con efectos suspensivos?, habría de preguntarse. La lógica institucional más elemental debe excluir esa consecuencia, aunque la Ley no lo precise; entendemos que debiera valer la invocación del citado artículo 134, dada la naturaleza cautelar de la institución de la ejecución provisional de las Sentencias pendientes de recurso. No estaría justificado, en modo alguno, mostrar una inexplicable desconfianza hacia los órganos ordinarios de la jurisdicción, someténdolos a una especie de tutela, completamente inadecuada, por parte del Tribunal Supremo para hacer eficaces sus decisiones. En todo caso, ha aquí otro precepto, el apartado d) del artículo 87.1, de imprescindible reforma».

Un planteamiento que asimismo, a nuestro juicio, podría trasladarse al art. 80.1 e) LJCA.

rantía ante su solicitud de ejecución provisional (establecida en el art. 84.5 LJCA) es asimismo aplicable en los supuestos en que se vaya a interponer recurso de casación, cabría hacer varias consideraciones.

En efecto, como consideración de fondo, esta exención a modo de privilegio o prerrogativa de la Administración no admite justificación jurídica alguna y vulnera el principio procesal de igualdad de las partes en el proceso. Ni siquiera el argumento de la solvencia económica de las Administraciones puede constituir una justificación no arbitraria. Desde esta lógica, como señala MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, «se sitúa en el mismo plano a la Administración del Estado que a ese pequeño Municipio de doscientos cincuenta habitantes cuyo presupuesto puede resultar ridículo si se le compara con el de numerosas empresas privadas de nuestro mercado nacional»²⁵.

En este punto, conforme a la actual redacción de la LJCA, la omisión a la exención de la caución o garantía ante la interposición del recurso de casación debería interpretarse estrictamente y por ello, desde la perspectiva que venimos manteniendo, la Administración tendría que prestar la caución. Del mismo modo que, ante la interposición del recurso de apelación, debería suceder ya que en ambos supuestos concurre la necesidad de garantizar económicamente los posibles perjuicios que se pueden derivar de la ejecución provisional de la sentencia no firme.

Finalmente dos interrogantes más se suscitan ante el exiguo procedimiento establecido en los arts. 84 y 91 LJCA, a saber: ¿cuáles son las normas a seguir en los supuestos de cumplimiento provisional voluntario?, ¿son aplicables las reglas sobre ejecución ordinaria de sentencias en los supuestos de ejecución provisional forzosa?

Y es que si bien es cierto que se prevén los supuestos de ejecución provisional de sentencias apeladas y recurridas en casación, guardan el más absoluto silencio acerca del plazo de que dispone la Administración para proceder a su cumplimiento voluntario, antes de que se pase o sea pertinente acudir a la ejecución forzosa. La alternativa interpretativa pasa, a juicio de EZQUERRA HUERVA, «por entender aplicables las reglas establecidas en el art. 104 en relación con la ejecución de sentencias y autos firmes, lo que llevaría a concluir que la Administración dispone de un plazo de dos meses a computar desde la notificación del auto por el que el órgano judicial acuerde la ejecución provisional». Una interpretación que, además, encuentra su acomodo en la aplicación supletoria del art. 524.2 LEC²⁶.

²⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., (1999: 157).

²⁶ Conforme el referido precepto de la LEC: «La ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el tribunal competente para la primera instancia».

En cuanto a la ejecución provisional ordenada por el órgano judicial en caso de incumplimiento voluntario por parte de la Administración parece asimismo que, como mantiene el autor, «lo razonable es que la forma de llevar materialmente el fallo de la sentencia al terreno de los hechos, con independencia de que dicha materialización sea puramente provisional, sea la prevista en los arts. 103 y siguientes de la LJCA» y ello fundamentado también por aplicación supletoria del art. 424.2 LEC²⁷.

V. DE LA TEORÍA A LA NORMALIZACIÓN PRÁCTICA

Las limitaciones legalmente establecidas para no admitir la solicitud de ejecución provisional de la sentencia están justificadas, como hemos visto, ante la eventual producción de situaciones irreversibles o perjuicios de imposible/difícil reparación (arts. 84.3 y 91.3 LJCA).

Más allá de la diferenciación terminológica ente imposible y difícil reparación establecida en los arts. 84.3 y 91.3 *in fine*, y que en la práctica su apreciación por el órgano jurisdiccional exige, a nuestro juicio, la presencia de supuestos de hecho equivalentes; nos preocupa esencialmente que estas situaciones o perjuicios respondan a una realidad fáctica, valga la redundancia, que ha de estar motivada suficientemente y no constituya otra posición de privilegio para la Administración condenada.

Y es que, en efecto, bajo el «paraguas» del interés general al que sirve objetivamente la Administración por mandato constitucional del art. 103.1 pueden fundamentarse situaciones que no necesariamente pueden provocar daños irreversibles

²⁷ EZQUERRA HUERVA, A., «La ejecución de sentencias», *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirs. Antonio Ezquerro Huerva y Javier Oliván del Cacho), Tiran lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 1016 y ss. Nuevamente cabe apelar, como defiende, el art. 424.2 LEC, a cuyo tenor, recuérdese, la ejecución provisional se despachará y llevará a cabo «del mismo modo que la ejecución ordinaria».

La ejecución provisional de la sentencia, «como medida precautoria, está subordinada en su eficacia a que la sentencia que se trate de ejecutar no sea firme, como cabe deducir de los arts. 84 y 91 LJCA (relativos respectivamente a la ejecución provisional en casos de recurso de apelación y de casación), pues en caso contrario lo procedente sería acudir al procedimiento de ejecución definitiva que, partiendo de la firmeza de aquella sentencia, se ha de seguir ante el Tribunal “a quo”». Se pronuncian en tal sentido, entre otras muchas, las SSTs de 26 de junio de 2012 (recurso de casación 3740/2011); de 25 de enero de 2011 (recurso de casación 5584/2009), o de 28 de diciembre de 2007 (recurso de casación 3483/2005).

Conviene subrayar, como añade el autor, «que la ejecución provisional sólo procede en caso de que la sentencia haya sido impugnada. Aunque esta afirmación sea una pura obviedad, merece la pena observar que tiene una consecuencia inmediata en los casos en que, habiéndose estimado parcialmente las pretensiones del recurrente, la Administración no impugna la sentencia. En tales ocasiones, por pura lógica, hay que entender que el recurrente --o cualesquiera afectados, ex art. 104.2 LJCA-- podrá instar la ejecución forzosa definitiva de la parte del fallo de contenido estimatorio. Así lo ha entendido el TSJ del País Vasco en su auto de 14 de julio de 2005 (incidente de ejecución núm. 1849/2003)».

o perjuicios de imposible reparación²⁸. La objetividad, precisamente, es la que debe guiar al Juez o Tribunal en su apreciación limitadora de la ejecución de la sentencia no firme.

Conscientemente, hemos querido también hacer un punto y aparte para referirnos al Juez. Y es que la *ratio dedidendi* del Juez, también en la jurisdicción contencioso-administrativa, escapa a la mera aplicación de la norma. Es más, como sostiene CASTILLO BLANCO, «no debemos olvidar que la tarea de todo sistema jurídico es proporcionar la necesaria seguridad jurídica y si ésta no viene totalmente garantizada con la mera aplicación de la ley necesariamente habrá de acudir a otras técnicas que completen la decisión del Juez»²⁹.

Y es que el principio de seguridad jurídica, en cuanto definidor de un status de certeza en el individuo en sus relaciones con el Poder Público, se manifiesta, como no podía ser de otra forma, en los más diversos campos, incluido el ámbito procesal. Como expresa la Sentencia de 18 de mayo de 1989 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana:

«La jurisprudencia propende a tratar las causas de inadmisibilidad con una clara cautela, tendiendo a que las mismas sólo sean declaradas en casos extremos y con un aquilatamiento de los supuestos concretos, pues toda pretensión tutelante de derechos materiales debe prevalecer sobre aptitudes procedimentales yugulantes, procurando que las mismas queden soslayadas cuando exista alguna posibilidad hermenéutica que permita rechazarlas y prestar la tutela solicitada; de este modo, en la tensión dialéctica de los valores jurídicos primarios –seguridad jurídica, como expresión de la legalidad formal, y la justicia material– serán las circunstancias del caso

²⁸ Sí sería el supuesto de los daños medioambientales, donde la Sentencia del tribunal Supremo de 20 de octubre de 2008, deja bien claro que: «Hemos visto que en el primero de los autos recurridos se transcriben algunos párrafos de la sentencia de cuya ejecución provisional se trata para poner con ello de manifiesto el impacto considerable que el desarrollo de la actividad puede tener en el entorno, con riesgo de afectación importante o incluso irreversible a valores medioambientales merecedores de protección. En atención precisamente a estas razones, la Sala de instancia concluye otorgando prevalencia a tales valores medioambientales sobre los perjuicios alegados por el recurrente referidos a los intereses de la empresa y de las personas que trabajan en ella; de ahí que se acceda a la ejecución provisional de la sentencia en la que se confirma la resolución administrativa que ordena paralizar las actividades de explotación de cantera».

²⁹ CASTILLO BLANCO, F., *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público. Especial referencia al abuso del Derecho*, INAP, Madrid, 2008, págs. 57 y ss.

Para NIETO GARCÍA, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, pág. 15, la decisión judicial implica, salvo excepciones, un cierto arbitrio, que es necesario, y, por ende, lícito en principio sin perjuicio de la posibilidad de un uso indebido que es cabalmente la arbitrariedad. Quien además subraya que la recuperación de éste no responde sino a un movimiento de mayor envergadura frente a la discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad legislativa.

concreto las que, en última instancia, motiven la conciencia judicial para dar prioridad efectiva a uno u otro valor».

Siendo inexcusable una estimación de valores, como expresa GARCÍA DE ENTERRÍA, «en toda interpretación y aplicación de las normas, esta interpretación es necesariamente creativa y no puede ser meramente reproductiva, automática, burocrática, ni confiarse, por ello mismo, a una máquina, a un ordenador quizás. Ese carácter *rechtsschöpfende* (de creación jurídica) de todo proceso interpretativo es de sobra conocido, está reconocido de manera expresa en nuestro artículo 1.6 del Código Civil, al precisar que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico”». Interpretar es, añade, «reconducir las normas a esos principios, los cuales son hoy para los juristas españoles de dos clases: los “superiores” contenidos en la Constitución (y aquí, por la amplitud de estos principios –justicia, dignidad humana, libertad, igualdad, etcétera–, entran virtualmente todos los tradicionalmente tenidos por Derecho Natural), y los institucionales, que articulan alrededor de un núcleo institucional dado, a la vez, una idea material de la justicia referida a una concreta relación social con el funcionamiento interno de todos los elementos técnicos que la institución organiza».

Por ello, el principio de legalidad de la Constitución, a su juicio, «lejos de imponer un legalismo entendido en el sentido del positivismo normativo, apela en realidad a un Estado material de Derecho y a una jurisprudencia de valoración o de valores, resulta un amplísimo campo creador a la jurisprudencia de los Tribunales, la cual, sin mengua de su debida fidelidad a la Ley, puede crear y encontrar las soluciones jurídicas más propias para hacer pasar por el sistema los valores materiales de la Constitución y los institucionales de toda la materia jurídica»³⁰.

La ejecución provisional de la sentencia, desde estos planteamientos, va a exigir una valoración entre la efectividad del derecho solicitado y la posibilidad de que se produzcan situaciones o perjuicios que no se puedan restituir tras una eventual revocación de la sentencia. Como todo en Derecho, no siempre existen soluciones antagónicas sino también alternativas no traumáticas o irreversibles que pueden ser adoptadas garantizándose la finalidad perseguida en la norma. En este caso mediante la adopción de las medidas que sean necesarias para evitar o paliar los perjuicios que se puedan producir así como, en los supuestos que lo requieran, la prestación efectiva de una garantía económica.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, págs. 36 y ss.

En último extremo, los supuestos que pueden perjudicar a intereses generales o colectivos, y que deben quedar acreditados, constituirían la limitación por antonomasia que quiere evitar la norma. Este criterio, como señala PÉREZ DEL BLANCO, «ha sido introducido por la jurisprudencia para los supuestos en que la inexecución provisional de la sentencia perjudicase a intereses colectivos, pero también ha de ser aplicado en los supuestos de afectación de los intereses colectivos por la propia ejecución provisional, puesto que en este caso los perjuicios al interés colectivo, serán uno más de los perjuicios reflejados por los preceptos reguladores de la ejecución provisional como límite a la misma. Es más se tratará de un límite cuasi-infranqueable puesto que los perjuicios generados para la colectividad, sí que son un claro ejemplo de perjuicios irreparables, principalmente por la falta de concreción del sujeto al que afectan»³¹.

Más allá de estos perjuicios colectivos, la valoración de las situaciones irreversibles debe orientarse a los términos establecidos en el art. 530.2 LEC, esto es, «cuando el tribunal estimare que, de revocarse posteriormente la condena, sería imposible o excesivamente difícil restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o garantizar el resarcimiento mediante la caución que el solicitante se mostrase dispuesto a prestar». Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2002:

«(..) la irreversibilidad de la situación a que se refiere el art. 91 de la Ley Jurisdiccional como óbice a la ejecución provisional ha de ser contemplada en el propio proceso en que se invoca, por lo que una sentencia favorable al

³¹ PÉREZ DEL BLANCO, G., (2009: 10 y 11). Concretamente, «la línea jurisprudencial se refiere a los supuestos de ejecución provisional de las sentencias anulatorias de la denegación administrativa de apertura de nuevas oficinas de farmacia, en las que el Tribunal Supremo en distintos autos – de 23 de abril de 1991 (ar. 3516), de 10 y 24 de junio del mismo año (4111 y 5301), de 12 de junio de 1992 (ar. 5113), de 28 de octubre de 1994 (ar. 7793), introduce el elemento del interés colectivo en el juicio de proporcionalidad a realizar previa la determinación de ejecutar provisionalmente en los siguientes términos: “concorre (...) junto al interés de los farmacéuticos ya establecidos y al del nuevo solicitante (...) el elemento preferente del beneficio del interés público en la apertura de una oficina nueva en un núcleo de población”, por lo que “es criterio debe llevar a autorizar en el supuesto considerado la ejecución provisional de la sentencia de instancia” ».

Puede ponerse asimismo, añade, «como ejemplo una sentencia que de ser ejecutada privaría de un determinado servicio a una colectividad de individuos, en este caso – al margen de la posibilidad de expropiación que es ajena al caso – lo lógico será no conceder la ejecución provisional, por una parte, por la dificultad de reparación de los perjuicios – el ámbito subjetivo del daño está indeterminado – y por la desproporción subjetiva de los intereses satisfechos».

No obstante, a su juicio, «no cabe descartarse completamente la posibilidad de que se produzcan supuestos extraordinarios en los que la ejecución anticipada de las condenas al pago de una cantidad de dinero pudiese generar el concreto tipo de perjuicios que supone la exclusión de la ejecución provisional, como podrían ser los supuestos de cuantías muy elevadas que ocasionen una importante falta de liquidez que a su vez sea lo que genere perjuicios o que puedan generar una importante desestabilización de las partidas presupuestarias previstas, etc.».

actor en el recurso de casación produciría el efecto inmediato de que el acto anulado por la sentencia de instancia recuperase toda su fuerza ejecutiva, y los actos posteriores realizados como consecuencia de la ejecución provisional perderían su eficacia».

Los ejemplos de irreversibilidad que denegarían la ejecución provisional pueden ser variados: la anulación de la puntuación obtenida en una oposición o la demolición de un edificio declarado ilegal y los perjuicios que se derivan a terceros y al propio interés público, entre otros³². Los perjuicios de imposible o difícil reparación, por su parte y como señala MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, se identifica con

³² Interesante, en este sentido, el número 3 del artículo 108 introducido por el apartado cuatro de la disposición final tercera de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en el que se establece que: «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». Para SÁNCHEZ LAMELAS, A., «La ejecución de las sentencias de derribo. 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», *Recientes Reformas de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (coord. M^a Belén Navarro Vega), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 200 y ss.: «el artículo 108.3 de la LJCA demora la ejecución de las Sentencias de derribo al incorporar trámites y exigencias que suspenden la materialización del fallo, pero no cumple el confesado objetivo que se proponían los redactores del precepto y que según ha quedado expuesto más atrás buscaban fomentar la seguridad jurídica y el tráfico jurídico, para proteger el derecho de propiedad y para proteger a terceros adquirentes de buena fe.

Los terceros de buena fe no quedan protegidos porque el precepto no garantiza el pago de las indemnizaciones sino que se limita a prever que se adopten unas garantías sin sustituir en absoluto al procedimiento de responsabilidad patrimonial que deberá seguirse tras el derribo. El art. 108.3 no prevé, como sí preveía la Ley de Cantabria 2/2011, que se suspenda la ejecución del derribo entretanto se tramita por la Administración el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial. En consecuencia, el edificio será derribado en el momento en que se presten las garantías mientras que el tercero de buena fe tendrá que esperar aún mucho tiempo hasta que efectivamente se realice el pago de las correspondientes indemnizaciones.

De otro lado, el hecho de que el artículo 108.3 incida sobre la ejecución de las Sentencias hace que sea difícil que produzca efectos relevantes para la seguridad jurídica y el tráfico jurídico cuya protección requiere la adopción de medidas preventivas que reduzcan el riesgo de los terceros adquirentes.

En efecto, las medidas que se adoptan a posteriori, una vez decretada la ilegalidad de la edificación, son normalmente insatisfactorias por diversos motivos. La responsabilidad patrimonial no satisface por su duración y por la generación, a su vez, de nuevos recursos contenciosos que hacen interminable los procesos indemnizatorios. Lo mismo puede decirse de las acciones civiles frente al transmitente, máxime cuando ésta sea una persona jurídica que puede haberse disuelto o liquidado al momento de ordenarse el derribo, lo que quizás pueda verse paliado únicamente con la doctrina sentada por la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS, la Sentencia núm. 527/2016, de 12 de septiembre, que prevé que responda la aseguradora mediante las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/1968 también en los casos en que el vendedor ocultó al comprador la existencia de un litigio que versaba sobre la legalidad urbanística de la actuación».

aquellos que no se pueden valorar económicamente como así viene manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo³³.

Pero fuera de estos supuestos la apreciación del Juez debe orientarse hacia la admisión de la ejecución provisional de la sentencia bajo la adopción de las medidas que sean necesarias y de la garantía que, en su caso, deba prestarse. Importante, por ello, como advierte MARTÍN DELGADO, «es destacar que la amplitud con que está configurada la adopción de medidas para impedir o minimizar los perjuicios derivados de la ejecución provisional puede ser instrumento para favorecer la propia ejecución provisional, en el sentido de que una interpretación rigurosa de la caución como única contraprestación para proceder a la ejecución provisional podría convertirse en obstáculo a la misma»³⁴.

Y ello teniendo en cuenta, además, que en la LJCA, y a diferencia de la LEC donde no se recoge la necesidad de prestar garantía ante la ejecución provisional de sentencias, la caución económica se presenta como la medida principal para evitar los posibles daños y perjuicios que pudieran derivarse; aunque no debemos perder de vista, asimismo, que la caución no resulta obligatoria, sino meramente potestativa³⁵.

El problema se agudiza fundamentalmente en las condenas de hacer o no hacer en las que la valoración tendrá que ser aproximada pero ello no debería impedir la admisión de la ejecución provisional de la sentencia. Más si cabe teniendo en cuenta

³³ MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., (1999: 134).

³⁴ MARTÍN DELGADO, I., (2006: 108). La jurisprudencia contencioso-administrativa tiene declarado, como señala el autor, «que la prestación de la caución se impone sólo para los casos en que de la ejecución provisional pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, a juicio del Tribunal de instancia, y no como norma para decretar la ejecución. Entre las más recientes, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Julio de 2003». A su juicio, «la dificultad o imposibilidad de reparar los daños guarda relación con los perjuicios que puede sufrir la parte ejecutada y la posibilidad de indemnizar los mismos».

³⁵ Como así nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010: «Debemos insistir en la misma línea expuesta hasta ahora:

a) Que tanto la adopción de las medidas a las que el precepto se refiere, como la caución en su caso exigible, parten de la existencia de unos perjuicios de cualquier naturaleza; circunstancia esta que la Sala de instancia ha negado.

b) Que, partiendo, en su caso, de la concurrencia de los mismos perjuicios, tanto las medidas como la caución no resultan obligatorias, sino meramente potestativas, habiendo razonado la Sala sobre este punto en el sentido de que la exigencia de las mismas haría inviable la ejecución.

c) Que, en todo caso, la Sala toma en consideración dos aspectos específicos de la situación de autos: 1º. El origen de los perjuicios, cual es un anterior Convenio Urbanístico que, obviamente, ha de ceder en sus efectos frente a la legalidad del planeamiento al que se incorpora y que lo dota de eficacia jurídica; legalidad negada por la sentencia de instancia. Y,

2º. Que, con independencia de su legalidad, la Sala ha dejado abierta la posibilidad de ciertas actuaciones urbanísticas en tanto se adecuaran al planeamiento anterior (...) En consecuencia, no es cierto que no se adoptara ninguna medida para “evitar o paliar” los efectos derivados de la ejecución provisional de la sentencia».

también que, en estos supuestos y a pesar de la sobriedad de la LJCA en este punto, el Juez puede tener a su alcance el auxilio de otros medios que le permitan determinar el *quantum*³⁶.

Ahora bien la interpretación de estas situaciones de irreversibilidad y de perjuicios de imposible o difícil reparación deben ser valoradas, como decimos, en su justa medida, evitando cualquier apreciación prioritaria, a modo de regla general, ante cualquier alegación incorrecta, abstracta o etérea de la Administración condenada. Los ejemplos, en este sentido, también pueden ser muy variados. Así, como queda constancia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2007:

«(...) la primera de ellas se refiere a que la ejecución provisional priva a la Academia de Policía de la capacidad de cumplir e interpretar la Ley, lo que no resulta correcto pues la capacidad de una Administración Pública de interpretar una norma jurídica cesa cuando han intervenido, como en este caso, los Tribunales, que tienen constitucionalmente encomendada la función de aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, alega la Administración demandada que la ejecución provisional causaría un perjuicio a la imagen de la Academia de Policía (...). Este argumento resulta incorrecto pues el cumplimiento, aún con carácter provisional, de una sentencia que aplica e interpreta una Ley, en este caso, la 39/1981, no puede causar perjuicio de imagen alguno, antes al contrario, lo que causaría perjuicios de imagen sería negarse a efectuar tal cumplimiento pues ello implicaría romper las reglas del Estado de Derecho en el que los Tribunales tienen atribuida la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La Jurisprudencia también ha venido especificando los requisitos y circunstancias que permiten esa ejecución provisional (el ATS de 11 de enero de 1993, o las SSTs de 30 de junio de 1998 y 26 de febrero de 1999), señalando como requisitos que habilitan esa ejecución provisional los siguientes:

³⁶ PÉREZ DEL BLANCO, G., (2009: 16 y 17): «Por tanto, la valoración deberá estar incurso en el juicio de previsibilidad – dentro del que se habrá de apreciar la posibilidad y el grado de reparabilidad de los daños – acerca de las consecuencias que puede generar la futura revocación. Se trata de una cuestión influenciada por la casuística, por lo que a pesar de imperar la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales– lo que no implica en ningún caso arbitrariedad –, es demandable que el juicio de previsibilidad se realice conforme a criterios valorativos de carácter técnico, para cuya aplicación y consiguiente determinación del quantum de la garantía convendría el auxilio pericial, y el otorgamiento de la correspondiente audiencia a las partes».

- a) Expresa solicitud de la parte vencedora en la instancia, que se ha producido.
- b) Prestación de caución suficiente para responder de los posibles perjuicios que pudieran ocasionarse, que aquí resulta innecesaria.
- c) La consideración razonada de la reparabilidad de dichos perjuicios y la reversibilidad de lo provisionalmente ejecutado.

(...) Por tanto, en modo alguno podemos apreciar ni la irreversibilidad en la definitiva ejecución de la sentencia ni la existencia de perjuicio, que incluso, en ámbito de los símbolos en el que el recurrente sitúa la cuestión, dificultarían tal ejecución inversa definitiva (...) pues se trata de ejecutar provisionalmente una resolución previamente avalada por el Tribunal Supremo, potenciando pues el derecho a la ejecución y reduciendo la provisionalidad de la misma situación»³⁷.

Otro ejemplo ilustrativo, en este caso, relativo a la irreparabilidad de los perjuicios para las Administraciones Públicas como consecuencia de la ejecución provisional de sentencias que condenan al pago de considerables sumas de dinero, lo podemos encontrar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio del 2005 en la que se viene a señalar lo siguiente:

«Lo que sucede es que es obligación de este Tribunal administrar con prudencia y con arreglo a Derecho los derechos y obligaciones de las partes sin privilegio de clase alguna, más allá de los reconocidos en la ley. No existe fundamento para que el Ayuntamiento de (...) intente solucionar sus problemas económico-financieros a costa de los derechos de sus, por el momento, legítimos acreedores, como tampoco para concluir que no pueda hacer frente a sus obligaciones con sus activos. No cabe confundir dificultad con imposibilidad. El Ayuntamiento dispone, como ya se le indicaba en el auto publicado, de la vía establecida en el art. 106.4 de la Ley Jurisdiccional.

³⁷ Como fundamenta el Tribunal Supremo en la referida Sentencia: « (...) En todo caso la parte recurrente se refiere, desde la perspectiva de la función significativa de los símbolos, a unos perjuicios, de carácter inmaterial, que la ubicación de la bandera nacional puede producir en la imagen de la Academia de Policía, conectando con el apartado 3 del citado artículo 91 que, como sabemos, impone la denegación de la ejecución provisional cuando la misma “pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación”. Sin embargo, aun en este supuesto, tanto la irreversibilidad de los perjuicios –que se sitúan por la recurrente en ámbito tan etéreo como el del mundo de los símbolos– como la posibilidad de reparación resultarían plenamente posibles; en modo alguno puede plantearse irreversibilidad cuando la ejecución de una sentencia definitiva –en su caso– bastaría con el obligado arriado de la bandera nacional, con todo lo que de simbólica dicha ejecución supondría e implicaría».

Ir más allá es pretender situarse en una zona de inmunidad obligacional carente de amparo leal».

O por poner un último ejemplo de admisión de la ejecución provisional de sentencia, frente a las alegaciones por parte de la Administración condenada de perturbación al interés general o de creación de situaciones irreversibles o que causen perjuicios de difícil reparación, en este caso, por la suspensión de las obras de urbanización y edificación, lo podemos encontrar también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010:

«Esta decisión hemos de ratificarla, y –como de suspensión hablamos– nos sirve para ello la doctrina jurisprudencial elaborada en relación con la adopción de medidas cautelares después de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC); nos referimos, obviamente, a las normas que regulan y la jurisprudencia establecida en torno al denominado *periculum in mora*.

En consecuencia, la Sala de instancia ha llevado a cabo una adecuada contraposición de los criterios legales y jurisprudenciales esgrimidos así como una correcta ponderación de los intereses en conflicto. Esto es, el criterio adoptado viene determinado fundamentalmente por la interpretación que del expresado criterio del *periculum in mora* ha sido realizado por la Sala de instancia, pues, la no adopción de la medida provisional de suspensión hubiera determinado la generación de un evidente riesgo consistente en una consolidación edificatoria en una situación en la que existe un pronunciamiento jurisdiccional contrario a tal ejecución edificatoria. Es cierto que están en juego unos importantes intereses empresariales y municipales, derivados de la paralización edificatoria ordenada, pero la Sala de instancia, al margen de la ponderación de intereses ya puesta de manifiesto, ha procedido a valorar los intereses en conflicto, como hemos expresado, y ha considerado procedente adoptar la medida cautelar de referencia, sin que en esta instancia contemos con otros datos para poder alterar tal decisión (...).

Los razonamientos expuestos también nos sirven para rechazar el motivo A.5º en el que se alega infracción de la jurisprudencia (en concreto de las SSTs de 13 de julio de 2004 y 27 de enero de 2008), por cuanto la ejecución provisional atenta contra el interés general o de la colectividad. Pues bien, tal interés –sobre el que volveremos más adelante– no puede prevalecer, por lo que acabamos de exponer, y tratándose de una ejecución

provisional, frente a lo que la Sala de instancia ha calificado de “presunción de acierto de la resolución de la Sala”»³⁸.

38 Como se fundamenta en la referida Sentencia: «En los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000 se señala que “esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del “*periculum in mora*”; resoluciones que señalan que el mismo “opera como criterio decisor de la suspensión cautelar”».

Por su parte, los AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001 exponen que en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, partiendo de aquel principio general, –no otro sentido puede tener el adverbio “únicamente” del artículo 130.1–, se permite al Órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Como hemos señalado en nuestra reciente STS de 18 de noviembre de 2003 “la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto”.

De conformidad con lo anterior y para evitar que la dilación del proceso (en este caso, el recurso de casación que tramitamos ante esta Sala) haga imposible o muy difícil la eficacia del eventual resultado procesal, la Sala de instancia ha contemplado en su valoración el criterio legal invocado (*periculum in mora*), y, por otra parte, ha enfrentado la protección de los intereses generales (que defiende el Ayuntamiento) y los de terceros (Comisión Gestora del Sector del Suelo Urbanizable) con los alegados por la recurrente, ya investidos de una presunción de legalidad jurisdiccional, al haberse obtenido ante la misma Sala una sentencia anulatoria».

Es más, incluso en los supuestos de sentencias de carácter declarativo, su ejecución es igualmente posible, si bien con ciertas matizaciones. Efectivamente, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2004:

«(...) Si bien es cierto que no puede afirmarse con carácter absoluto que las sentencias meramente declarativas o constitutivas no puedan ser objeto de ejecución forzosa, sí lo es que su ejecución reviste ciertas peculiaridades que no es posible ignorar. La ejecución es posible en aquellos casos en que, simultáneamente con la declaración de nulidad o anulabilidad del acto, se produce el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y sea preciso adoptar las medidas legales necesarias para que ese reconocimiento resulte efectivo, o las indemnizaciones sustitutorias pertinentes en el caso de que no fuese material o legalmente posible efectivizar el reconocimiento; y a esa misma conclusión hemos de llegar (Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2001) cuando la efectivización del fallo requiera una actividad ejecutiva de cualquier clase que sea».

Todos estos ejemplos, en suma, nos hacen comprender el proceso de evolución normativa en materia de ejecución provisional de sentencias no firmes que nos explica el Tribunal Supremo (por todas, la STS de 12 de noviembre de 2001):

«Se inicia en La Ley 61/1978, de 26 de diciembre y en la reforma del artículo 385 de la LECiv efectuada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, y culmina, en el orden civil, en el nuevo artículo 526 de la Ley 1/2000, de 7 de enero no aplicable todavía a este caso. La Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil señala la regulación de la ejecución provisional como una de las principales innovaciones del texto legal, en cuanto representa –dice– una decidida opción por la Administración de Justicia. El proceso evolutivo a que nos referimos se inspira en 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 proceso. Como se dijo en el Auto citado de 23 de abril de 1991, la ejecución provisional supone la existencia de una sentencia que representa, aunque no sea firme, que ha existido ya un control jurisdiccional pleno del acto impugnado: dicho control permite en aras de la tutela judicial efectiva de los justiciables examinar la conveniencia de ejecutar provisionalmente, al menos en casos determinados y con las debidas garantías, el fallo judicial no definitivo.

(...) La evolución que acabamos de indicar ha llegado a disociar, como ponen de relieve nuestros procesalistas, las nociones de firmeza y de

ejecutabilidad de las sentencias. Se trata ahora de conceptos independientes, y cada uno de ellos actúa en su esfera propia. La dicción de los nuevos artículos 84.1 y 91.3 de la LJCA demuestra, ya por sí misma y sin necesidad de recurrir a la nueva LECiv, que la regla general en la materia que nos ocupa es, precisamente, la contraria a la que se postula en el motivo.

El ordenamiento procesal permite hoy como regla general la ejecución de resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza; es decir, de resoluciones que, siendo susceptibles de recurso, han sido efectivamente recurridas. Es ese el punto de partida de la ejecución provisional a discutir en este motivo en el que nos encontramos, además, ante una sentencia recurrida en la vía limitada y extraordinaria que representa la casación contencioso-administrativa, lo que acentúa las posibilidades de ejecución provisional».

La doctrina general que indiscutiblemente ha de primar en relación con el tema y que se halla en congruencia perfecta con la presunción de veracidad y acierto que ha de atribuirse a las resoluciones judiciales, podría sintetizarse asimismo en los términos empleados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2011:

«Una vez dictada sentencia, ésta es obligatoria y, como tal, ha de ser ejecutada por norma, sin ponderar entre perjuicios en el caso de retraso de la ejecución y perjuicios en el supuesto de ejecución inmediata. Por ello, debe existir una tendencia a la ejecución, que sólo será limitada cuando resulte susceptible de causar perjuicios de difícil o imposible reparación, en relación con la situación a que puede dar lugar, a juicio del órgano judicial. Muy claro en este sentido resulta el primer apartado de los artículos 84 y 91 LJCA, ambos de idéntico tenor literal, cuando afirman que la interposición o preparación del recurso de apelación o de casación, respectivamente, “no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida”. Así, los intereses que deben ponderarse serían tres: el interés del vencedor a la ejecución –si bien provisional– de lo juzgado, con el fin de obtener la ventaja reconocida en el fallo (y de evitar que la Administración vencida haga un uso fraudulento de los recursos que están en sus manos con finalidad dilatoria); el interés de la Administración –también titular del derecho a la tutela judicial efectiva que su posición constitucional no sea irreversiblemente perturbada en el eventual caso de que la casación fuere estimada–; y el interés del juez a la ejecución de sus sentencias, como función encomendada constitucionalmente por el artículo 117.3 CE. El primero y el tercero de estos intereses aconsejan la

ejecución provisional, y así será, salvo que el segundo de ellos pueda resultar inalterable o gravemente perjudicado (...)»³⁹.

VI. CONCLUSIONES A MODO DE *LEGE FERENDA*

La ejecución de sentencias, firmes o provisionales, no presentan materialmente ninguna diferenciación, ambas son títulos ejecutivos y como tales comparten los mismos medios para hacer efectiva la resolución definitiva adoptada por un órgano

³⁹ Especial interés, asimismo, presentan los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo en esta Sentencia para rechazar los motivos alegados para no admitir la ejecución provisional: «En el caso aquí debatido la sentencia a cuya ejecución se ha accedido provisionalmente por el auto recurrido anula una resolución administrativa dictada por el Tribunal Económico Administrativo Central, que había declarado que el Embalse de Arrocampo forma parte integrante de la Central Nuclear de Almaraz y, ligado a ello, que ambos constituyen un único bien inmueble de características especiales; dado el contenido de este fallo, ninguna situación irreversible puede crear, toda vez que es perfectamente posible volver al estado o condición anterior a la adopción de la medida ejecutiva, retroacción que será posible restituyendo validez jurídica a la resolución del TEAC de 11 de julio de 2007, con la consiguiente configuración en una relación de interdependencia del Embalse de Arrocampo y la Central Nuclear de Almaraz.

En cuanto a la dificultad o imposibilidad de reparar los daños, teniendo en cuenta que éstas se traducen en la posibilidad de indemnizar los mismos, no existen tales dificultades ni imposibilidad, puesto que en el supuesto de que la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de noviembre de 2009 fuese revocada la Corporación perjudicada sería resarcida mediante la devolución de cantidades indebidas, según mantiene el auto recurrido, o mediante la indemnización por responsabilidad patrimonial.

En cualquier caso, no se causa ningún daño al interés general, toda vez que los intereses que se ventilan afectan a varios municipios en un conflicto entre ellos, no a varios municipios frente a la Administración General del Estado; prueba de ello es que el Abogado del Estado no interpuso recurso de casación después de haberlo preparado.

Las mismas razones que amparan a los recurrentes para sostener que resultarán perjudicados los vecinos de los municipios de Romangordo, Serrejón y Saucedilla, si se ejecuta provisionalmente la sentencia, amparan al Ayuntamiento de Almaraz para argüir que los vecinos del municipio de Almaraz resultarán perjudicados si no se lleva a cabo la mencionada ejecución, con la importante diferencia de que a éstos les asiste el derecho a ejecutar provisionalmente las sentencias dictadas a su favor.

El hecho de que el Catastro tenga que rectificar la configuración de un bien inmueble de características especiales como independiente de otro (el Pantano de Arrocampo respecto de la Central Nuclear de Almaraz), como lo ha hecho a raíz de la sentencia de la Audiencia Nacional, no conduce a ninguna situación irreversible ni genera por sí solo ningún perjuicio, ya que si el recurso de casación es estimado los dos bienes volverán a ser considerados como uno solo y deberá realizarse una nueva rectificación catastral de los mismos.

En ninguno de los casos se aprecian los graves perjuicios económicos derivados de la privación por parte de la Corporación de Romangordo de la cuota de 877.611 euros, o al menos éstos sería infinitamente menores de los que ocasionaría al Ayuntamiento de Almaraz la privación de gran parte de los ingresos procedentes del recibo que en la actualidad percibe por el IBI de la Central Nuclear de Almaraz. En este sentido, yerran los Ayuntamientos recurrentes al asimilar perjuicio irreparable o difícil de reparar con la merma de ingresos que supone el pasar de unos ingresos tributarios elevados a otros inferiores, ya que ese argumento siempre puede ser utilizado a la inversa por el otro Ayuntamiento en conflicto, en este caso el de Almaraz, que vería reducido su recibo por el IBI en una cantidad ocho veces mayor que la del Ayuntamiento de Romangordo».

jurisdiccional. La única particularidad reside en la formalidad que caracteriza a las provisionales en la medida que no ha concluido (o adquirido firmeza) el proceso judicial pues admite la interposición del correspondiente recurso.

En ambos supuestos, en consecuencia, nos encontramos con una institución jurídica que se dirige a hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE aunque, como mantiene la jurisprudencia constitucional, no forme parte de su contenido esencial pero sí de su contenido adicional cuya denegación injustificada o arbitraria viene siendo admitida vía recurso de amparo por el Tribunal Constitucional como así sucede en la jurisdicción social.

Su configuración jurídica está en manos, por tanto, del legislador, en nuestro caso del contencioso-administrativo. Sin embargo, la regulación actual de esta institución dista mucho de la que podemos encontrar en otras legislaciones procesales. A nuestro juicio, en esta materia siguen perviviendo los viejos vestigios de proteccionismo administrativo a modo de privilegios o prerrogativas carentes de argumentación jurídica alguna que pueda justificar cualquier vulneración del principio de igualdad de partes que debe imperar en todo proceso judicial.

Por todo este estado de cosas consideramos que la LJCA requiere una reforma imprescindible, en este punto, si de verdad queremos hablar en propiedad de una normalización, normativa y en la práctica, de esta jurisdicción.

Como planteamiento de fondo, y como finalidad esencial a la que se dirige el Derecho Administrativo, se han de dotar de todas las garantías posibles a la parte débil de la relación jurídica Administración-ciudadano. En este sentido, y al igual que sucede en la jurisdicción social, la ejecución provisional sólo debería ser solicitada por la parte favorecida por la sentencia no firme que no ostente la condición de Administración pública ni del resto de órganos cuya actividad controla la jurisdicción contencioso-administrativa.

A partir de este nuevo esquema la exención de prestar caución o garantía por parte de la Administración cuando solicita la ejecución provisional de la sentencia no firme carecería de sentido, ya sea en vía de apelación o de casación. Es más, desde el planteamiento que mantenemos, es la parte débil de la relación jurídica la que debería estar exenta de prestar caución como así, aunque en términos generales, se establece en la jurisdicción civil.

Del mismo modo, se plantea la necesidad de una sistematización de la materia como asimismo sucede en otras leyes procesales y ubicar este instituto jurídico en su sede natural, esto es, en el Capítulo dedicado propiamente al proceso de ejecución y en la que se deberían replantear algunas cuestiones no menos importantes:

La primera, de carácter más global, relativa a la necesidad de una regulación más profusa, en sede del proceso de ejecución, que aborde las lagunas jurídicas que se derivan ante el actual exiguo procedimiento de ejecución provisional (plazo de solicitud, reglas a seguir en los supuestos de cumplimiento provisional voluntario y de ejecución provisional forzosa, determinación de la caución o garantía a prestar); propiciando así que la aplicación supletoria de la LEC sea materialmente excepcional.

La segunda, y de forma más particular, relativa a la supresión de la posibilidad de interponer recurso de apelación o casación al auto que admita o deniegue la solicitud de ejecución de la sentencia no firme. Nos encontramos ante una resolución adoptada por el mismo órgano jurisdiccional que ha adoptado la sentencia provisional y carece de justificación esta revisión o tutela a modo de desconfianza. Y ello teniendo en cuenta, además y como hemos apuntado, que la denegación de la solicitud de forma arbitraria o carente de justificación legal sería susceptible de interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

La normalización práctica, por lo demás, está en manos del Juez contencioso-administrativo y en su apreciación de las limitaciones legales que justifican la denegación de la solicitud de la ejecución provisional de la sentencia no firme. Su apreciación, en definitiva, va exigir una valoración, dentro de los parámetros de la objetividad del caso concreto y evitando los viejos paternalismos de lo público, entre la efectividad del derecho solicitado y la posibilidad de que se produzcan situaciones o perjuicios que no se puedan restituir tras una eventual revocación de la sentencia. Más allá de los supuestos en que se pueda producir una afección a intereses colectivos o cuyo resarcimiento no se pueda garantizar, la apreciación del Juez debe orientarse hacia la admisión de la ejecución provisional adoptando las medidas y los medios que sean necesarios para evitar o paliar los perjuicios que se puedan producir ante una eventual revocación de la sentencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO BLANCO, F., *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público. Especial referencia al abuso del Derecho*, INAP, Madrid, 2008.

DEL SAZ CORDERO, S., «Título IV. Procedimiento Contencioso-Administrativo. Capítulo III Recursos contra Providencias, Autos y Sentencias: Artículo 91», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, 1998 (Ejemplar dedicado a: Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998), págs. 645-655.

DÍAZ MARTÍN, F. R., «La ejecución provisional de resoluciones judiciales en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1999, págs. 1980-1988.

EZQUERRA HUERVA, A., «La ejecución de sentencias», *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirs. Antonio Ezquerro Huerva y Javier Oliván del Cacho), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 929-1022.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas», *Documentación Administrativa*, núm. 209, 1987, págs. 7-15.

«Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, págs. 11-62.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «La Jurisdicción Contencioso-Administrativa: el procedimiento y la sentencia», *Curso de Derecho Administrativo II*, Undécima edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, págs. 623-705.

GÓNZALEZ CALVET, J., *Ejecución provisional de las sentencias en la jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)* (dir. Jesús María Santos Vijande), EDERSA, Madrid, 1999, págs. 677-721.

MARTÍN DELGADO, I., «La naturaleza jurídica de la ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas», *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, págs. 87-113.

MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1999.

MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil* (Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar), 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

NIETO GARCÍA, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.

PÉREZ ANDRÉS, A., *Los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2000.

PÉREZ DEL BLANCO, G., «La reversibilidad de las prestaciones como presupuesto de la ejecución provisional en el proceso contencioso-administrativo español», *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2009, págs. 1-29.

RUIZ-RICO RUIZ, G. y CARAZO LIÉBANA, M. J., *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SÁNCHEZ LAMELAS, A., «La ejecución de las sentencias de derribo. 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», *Recientes Reformas de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (coord. Mª Belén Navarro Vega), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 173-212.

Efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos, en especial, su retroactividad

Manuel Rebollo Puig

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Córdoba¹

SUMARIO: I. PANORAMA GENERAL DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE REGLAMENTOS. II. MOMENTO A PARTIR DEL CUAL LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE REGLAMENTOS PRODUCEN EFECTOS. 1. La exigencia de sentencias firmes y publicadas. 2. Consecuencias de las sentencias no firmes anulatorias de reglamentos. 3. Consecuencias de las sentencias firmes en tanto no son publicadas. III. EFECTOS PARA EL FUTURO DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE REGLAMENTOS. 1. La regla general. 2. Posibles matizaciones: consecuencias jurídicas para el futuro de los hechos producidos hasta que se anuló el reglamento. IV. EFECTOS SOBRE EL PASADO DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE REGLAMENTOS. SU EFICACIA RETROACTIVA (*EX TUNC*). 1. La aniquilación de lo realizado en virtud del reglamento anulado. 2. Las normas de desarrollo (y de modificación) del reglamento anulado que se aprobaron antes de la anulación: nulidad. 3. Los actos administrativos de ejecución del reglamento anulado: validez, nulidad o anulabilidad según los casos. V. EXCEPCIONES A LA RETROACTIVIDAD DE LA ANULACIÓN DE REGLAMENTOS. EL ARTÍCULO 73 LJCA. 1. El art. 73 LJCA y preceptos concordantes. Naturaleza y ámbito de aplicación. 2. Precisiones sobre el significado de los actos sancionadores y de los actos firmes. 3. Los actos no sancionadores firmes de aplicación del reglamento anulado. 4. Los actos sancionadores firmes de aplicación del reglamento anulado. 5. Las sentencias firmes que hubiesen aplicado el reglamento anulado. 6. Efectos “por sí mismas” de las sentencias anulatorias de reglamentos y efectos por vías complementarias ¿Cabe la revisión de oficio?

¹ Grupo de investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto DER2015-67695-C2-1-P, MINECO/FEDER, UE).

RESUMEN: Una combinación de lo poco que dice el legislador y de lo mucho que dice la jurisprudencia está determinando las causas y los efectos de la anulación de los reglamentos. También de los planes de urbanismo. Esa jurisprudencia es sólida y coherente. Pero quizá demasiado apegada a dogmas clásicos sobre la nulidad y excesivamente drástica. Los efectos que prevé para las sentencias anulatorias de los reglamentos es lo que aquí se expone. Sobre todo, sus consecuencias en cuanto a la cesación de efectos del reglamento anulado y a la destrucción de los ya producidos durante su aparente vigencia.

PALABRAS CLAVE: Reglamentos. Nulidad. Sentencias.

ABSTRACT: A combination of what little the legislator says and how much the jurisprudence says is determining the causes and effects of the annulment of the regulations. Also of the urban planning plans. That jurisprudence is solid and coherent. But perhaps too attached to classic dogmas about nullity and excessively drastic. The effects that it foresees for the annulment sentences of the regulations is what is stated here. Above all, its consequences in terms of the cessation of effects of the annulled regulation and the destruction of those already produced during its apparent validity.

KEYWORDS: Regulations. Nullity. Sentences,

I. PANORAMA GENERAL DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE REGLAMENTOS

Las consecuencias de la anulación de los reglamentos han sido determinadas por la jurisprudencia con mínima base legal. Esa jurisprudencia parte de una premisa que considera inamovible: los reglamentos con vicios invalidantes son nulos de pleno derecho, no anulables. Además, partiendo en todo caso de que los planes de urbanismo son asimilables a los reglamentos², igual nulidad absoluta predica de estos

² Lo han afirmado desde hace mucho tiempo numerosas sentencias. Por ejemplo, dice la STS de 8 de febrero de 2013 (Ar. 1382; casación 2134/2012): "...sabido es que los planes de urbanismo son disposiciones generales de rango inferior a la ley". CALVO ROJAS, E. "Los planes urbanísticos como disposiciones de carácter general. Problemas que suscita la declaración de nulidad de los instrumentos de planeamiento. Suspensión cautelar de la efectividad de los planes impugnados en vía jurisdiccional", *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, 2012, I, pp. 822 a 825, sintetiza esa jurisprudencia y las consecuencias que extrae de tal consideración de los planes como reglamentos.

Algunas veces la doctrina ha puesto en tela de juicio afirmación tan categórica. Vid. por todos BAÑO LEÓN, J. M. *Derecho Urbanístico común*, Iustel, 2009, pp. 128 a 129; y SANTAMARIA PASTOR, J. A. "Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes", *Práctica Urbanística*, n° 141 (2016), pp. 6 a 8. Y hasta ocasionalmente ello ha tenido reflejo en alguna STS; por ejemplo, la de 25 de junio de 1986 (Ar. 4889), hablando precisamente de planes de urbanismo, dijo: "La distinción

planes cuando les atribuye algún vicio. Da igual que el vicio del reglamento (o plan) sea de fondo o de forma: siempre proclama esa nulidad de pleno derecho³. En teoría, es discutible que la nulidad sea siempre la respuesta que impone nuestro ordenamiento⁴; incluso cabe apuntar que la propia jurisprudencia no es del todo coherente

entre norma y acto tiene bastante de artificial (...). Porque la realidad muestra, más que una contraposición tajante entre acto y norma, una graduación". Luego dice que "esta Sala hace tiempo que se pronunció decididamente en favor de la tesis del carácter normativo de los planes urbanísticos "pero que ello "no implica desconocer la complejidad de su contenido y su función reguladora de una situación concreta y no de un supuesto general abstracto (norma-medida)".

También hay sentencias que al menos reconocen que en los planes de urbanismo hay normas y actos administrativos. Por ejemplo, se lee en la STSJ de Andalucía/Sevilla de 16 de octubre de 2007 (recurso 952/2005; PROV 2008, 58565): "No podemos obviar la naturaleza singular de los planes de urbanismo" donde hay "determinaciones directamente ejecutivas, tal y como si fueran actos administrativos directamente ejecutables, y determinaciones de un claro contenido normativo, susceptibles de desarrollo y ejecución posterior". Son ilustrativas las SSTs de 22 de noviembre de 1994 (casación 208/1992; Ar. 8643), de 27 de mayo de 1999 (casación 2534/1993; Ar. 3647) y de 23 de julio de 1999 (casación 5480/1993; Ar. 6075) que se refieren a la delimitación de las unidades de ejecución que realizaba un plan pero que también podía haberse hecho fuera del plan; ante ello afirman que esa determinación no tiene carácter normativo ni es susceptible de recurso indirecto.

En otro orden de cosas, existe la práctica de formular los recursos contra reglamentos y sobre todo contra planes como si lo que se estuviera impugnando fuese el acto administrativo de aprobación. Aunque en general se trata de una mera formalidad sin trascendencia, esa práctica, a la que a veces se le ha querido dar sustento teórico, no deja de generar dudas y problemas. Por ejemplo, con ello se ha pretendido justificar la posibilidad de recursos administrativos directos contra los planes presentándolos como recursos contra el acto administrativo de aprobación. Todo eso son artificios sin sustancia y deben quedar desterrados hasta afirmar que lo que se puede impugnar y lo que se impugna son los reglamentos o planes (asimilados a reglamentos), no los actos de aprobación que supuestamente ya no tendrían naturaleza normativa.

Un panorama general de las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales hasta concluir en su naturaleza reglamentaria puede verse en BASSOLS COMA, M. "La asimilación de los planes de urbanismo a normas reglamentarias y problemática jurídica de su anulación judicial", en G. SORIA MARTÍNEZ y M. BASSOLS COMA (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017, pp. 36 a 50; y TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, 1996, pp. 42 a 66. Incluso alguna Ley se decanta expresamente por esa opción; así, art. 84.1 de la Ley gallega 2/2016 del Suelo, que califica a los planes como "disposiciones de carácter general".

³ Entre otras, son particularmente ilustrativas las SSTs de 23 de septiembre de 2003 (rec. 380/1999, Ar. 7789); de 18 de mayo de 2009 (casación 3013/2006; Ar. 4375); de 12 de julio de 2010 (casación 4314/2009; Ar. 7828); de 12 de noviembre de 2010 (Casación 6045/2009; Ar. 8294); de 10 de mayo de 2011 (casación 2072/2007; Ar. 4326); de 18 de noviembre de 2011 (casación 5883/2008; Ar. 2297 de 2012); de 17 de julio de 2012 (casación 5732; Ar. 9124); de 28 de septiembre de 2012 (casación 1009/2011; Ar. 9762); de 13 de diciembre de 2013 (casación 1003/2011; Ar. 8198); de 29 de enero de 2014 (casación 2419/2011; Ar. 1033); de 12 y 25 de mayo de 2015 (casaciones 1920 y 1699/2013; Ar. 2862 y 2712); de 27 de noviembre de 2015 (casación 831/2014, Ar. 5922)

⁴ En realidad, ni siquiera siempre ha sido esa la postura de la jurisprudencia ni en la doctrina han faltado voces discrepantes. Por el contrario, en su momento diversas SSTs entendieron que, además de existir para los reglamentos irregulares no invalidantes, incluso cuando tuvieran vicios invalidantes, muchos de ellos (en especial, los de procedimiento) sólo acarrearían su anulabilidad. Una completa exposición de ello ofrece LÓPEZ RAMÓN, F. "La calificación de los vicios de los reglamentos", *RAP*, n.º 205 (2018), pp. 15 a 48, quien además se suma a la tesis según la cual también los reglamentos son sólo anulables si tienen

con esa nulidad⁵. Pero lo cierto es que los tribunales siempre proclaman tal nulidad de pleno derecho de los reglamentos (y planes) viciados. De la premisa de que los reglamentos (o planes) viciados son nulos de pleno derecho, unida a un entendimiento clásico de la nulidad, infieren los tribunales, los efectos de sus sentencias anulatorias de reglamentos (o planes).

Por mucho que teóricamente se diga que los pronunciamientos de nulidad de pleno derecho son meramente declarativos porque en realidad el acto o el reglamento era nulo desde su origen y que la nulidad, por tanto, existía *ab initio*⁶, esto tiene escasas consecuencias prácticas en el orden administrativo y más bien parece un artificio insustancial⁷: lo cierto aquí es que, hasta que tal declaración se produce, existe como mínimo una apariencia de acto, reglamento o plan que, unida a su presunción de validez, hace que las llamadas consecuencias de la nulidad sean, en realidad, consecuencias de las declaraciones de nulidad. De este modo, las consecuencias de la nulidad y de la anulabilidad de reglamentos o planes y de actos administrativos se asemejan. Por eso mismo, la LJCA habla indiferentemente de sentencias que anulan actos o reglamentos sin distinguir entre las que propiamente anulan y las que, más exactamente, declaran la nulidad. Y por eso mismo aquí nos referiremos a sentencias anulatorias de reglamentos aunque, con más propiedad, pudiera decirse que son declaratorias de nulidad⁸.

vicios de procedimiento. La misma idea y aplicada a los planes de urbanismo propugna SANTAMARIA PASTOR, J. A. (2016: 8 a 10).

⁵ Ello porque los tribunales no admiten que los defectos de procedimiento se puedan alegar en recursos indirectos contra reglamentos como parece más concordante con vicios de nulidad. Vid. DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. “Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos”, *RVAP*, n° 99-100 (2014), pp. 1161 a 1176; y GÓNZÁLEZ PÉREZ, J. “Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de vicios de procedimiento de elaboración de disposiciones generales”, *REDA*, n° 9 (1976). Por eso DEL SAZ CORDERO, S. “¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de la ilegalidad de una disposición general o acto administrativo? La anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo”, *RVAP*, n° 99-100, p. 1142, afirma que “los defectos de procedimiento se reconducen, por lo general, a la anulabilidad”.

⁶ En el mismo sentido se dice que la pretensión es declarativa, no constitutiva. Constitutiva sería la que se dirige contra el acto anulable. Pero la que persigue que se declare una nulidad de pleno derecho sería declarativa de una situación que ya existe antes. Vid. por todos HUERGO LORA, A. *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2000, pp. 43 a 52. Como explica el mismo Huergo, la distinción es relativa y de escasa relevancia práctica para el ámbito administrativo. Frente a ello, ante el acto simplemente anulable, se habrá hecho valer un derecho al cambio jurídico y la sentencia estimatoria será la que produzca realmente la anulación. Vid. PÉREZ ANDRÉS, A. A. *Los efectos de las sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, 2000, p. 56.

⁷ ROSENDE VILLAR, C. *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, 2002, pp. 68, 91 a 94 y 106.

⁸ Vid. REBOLLO PUIG, M. “Comentarios a los artículos 72 y 73 LJCA”, *REDA*, n° 100 (1998), p. 529.

Para exponer los efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos procede, conforme a cánones clásicos, distinguir entre los jurídico-materiales y los procesales.

Los primeros se proyectan sobre la realidad jurídica material, no sólo ni directa ni predominantemente sobre la procesal. Además, son propias de cualquier declaración de nulidad de reglamentos (o planes), no específicas de las declaraciones de nulidad pronunciadas por sentencia. Se dan también cuando la declaración de nulidad la realiza una resolución administrativa; típicamente en una revisión de oficio conforme al art. 106.2 LPAC⁹. Estos efectos jurídico-materiales giran siempre en torno a la misma idea: con la anulación del reglamento (o plan) éste queda expulsado del ordenamiento como si jamás hubiera existido. Pero esta idea se descompone en varias y se completa y matiza con otras. Muy esquemáticamente las siguientes:

- a) El reglamento anulado no producirá más efectos en el futuro.
- b) Se tiende a aniquilar los efectos que produjo desde su aprobación hasta su anulación.
- c) La anulación tiene efectos generales, para todos (*erga omnes*).
- d) Revive el reglamento (o plan) anterior que, en realidad, hay que entender que estuvo siempre vigente.
- e) No cabe la conservación de trámites ni la convalidación por subsanación¹⁰.

⁹ Acaso quepa también la anulación de un reglamento como consecuencia de un recurso administrativo (como era posible antes, cuando se admitían recursos administrativos directos contra reglamentos, o como quizá quepa todavía ahora al resolver un recurso administrativo indirecto contra reglamentos; arg. art. 112.3.2º LPAC). En contra, GARCÍA LUENGO, J. “La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales”, *RAP*, nº 154 (2001), p. 225; y AGOUÉS MENDIZÁBAL, C. “La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos”, en F. LÓPEZ RAMÓN y F. VILLAR ROJAS (Coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017, p. 397.

¹⁰ Entre las muchas sentencias que proclaman estos efectos, compendia varios de ellos, aunque refiriéndolos concretamente a planes de urbanismo, la STS de 2 de marzo de 2015 (casación 3160/2013, Ar. 1782) al decir que, conforme a “reiterada jurisprudencia... (1) los planes de urbanismo son disposiciones de carácter general, esto es, normas de rango reglamentario, de modo que no puede resultar de aplicación el art. 67 Ley 30/1992, (2) los vicios de que adolecen las disposiciones de carácter general son vicios de nulidad plena, respecto de los cuales carece de fundamento la convalidación. (3) los vicios de invalidez en que pueden incurrir las disposiciones de carácter general son únicamente supuestos de nulidad plena, y (4) la nulidad de pleno derecho no admite convalidación pues no se trata de un simple supuesto de anulación sino de nulidad con efectos *ex tunc*”. Y lo hace en estos términos la STS de 25 de mayo de 2015 (casación 1699/2013; Ar. 2712): “En síntesis, venimos a afirmar que, por tratarse los planes urbanísticos de disposiciones de carácter general, las infracciones del ordenamiento jurídico que pudieran producirse (...) dan lugar a la nulidad de pleno derecho (...) De lo que sigue, entre otras consecuencias, la eficacia *ex tunc* de la propia declaración de nulidad de un plan y la imposibilidad de proceder a su convalidación mediante la

Los efectos procesales son sólo propios de las anulaciones de reglamentos acordadas por sentencia y se proyectan esencialmente sobre otros procesos: son declarativos y ejecutivos.

Los declarativos se asientan en torno al concepto de cosa juzgada material con sus dos funciones, la excluyente (o negativa) y la prejudicial (o positiva). Las sentencias desestimatorias de los recursos directos contra reglamentos no tiene fuerza de cosa juzgada (art. 26.2 LJCA). Pero las estimatorias, esto es, las que anulan el reglamento, que son las que nos interesan, sí la tienen. La tienen todas ellas: tanto las anulatorias producidas en un recurso directo contra el reglamento como las recaídas al resolver una cuestión de ilegalidad o las que eventualmente se produzcan al resolver un recurso indirecto si el tribunal también es competente para resolver el directo. No obstante, la cosa juzgada tiene muchos límites, objetivos y subjetivos, y cuando no puede aplicarse los tribunales acuden con frecuencia a la idea de pérdida sobrevenida del objeto del proceso para no volver a resolver sobre la nulidad en un nuevo recurso contra el mismo reglamento: si el reglamento ahora impugnado ya fue declarado nulo ni el nuevo proceso tiene objeto (ya desapareció para el Derecho) ni hay interés en otra declaración de nulidad.

Los efectos ejecutivos entrañan la obligatoriedad de cumplimiento y, en su defecto, la posibilidad de ejecución forzosa judicial. Conforme a las concepciones más ortodoxas y lógicas, esos efectos ejecutivos son sólo propios de las sentencias de condena. Predicarlos de las sentencias meramente declarativas (como son las anulatorias de reglamentos que aquí nos incumben) o de las sólo constitutivas parece un absurdo. Pero la profundización en el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de sentencias ha propiciado, por extraño que resulte, que también las sentencias contencioso-administrativas puramente declarativas y constitutivas puedan ser objeto de procesos de ejecución y, aun más chocante, de incidentes de imposibilidad de ejecución. De hecho, no son pocos los pronunciamientos judiciales recaídos en incidentes de ejecución de sentencias anulatorias de reglamentos o, sobre todo, de planes de urbanismo. El art. 103.5 LJCA es el sustento más habitual.

Junto a ese marco general de efectos materiales y procesales de las sentencias, se habla también de efectos indirectos o reflejos¹¹. Son en realidad consecuencia de los efectos hasta ahora expuestos y de su suma a diversos preceptos materiales muy heterogéneos en cuyos presupuestos de hecho puede subsumirse tal declaración de

subsanación del defecto que hubiera podido producirse". También resume bien todo esto la STS de 2 de marzo de 2016 (casación 1626/2015; Ar. 940).

¹¹ Vid. PÉREZ ANDRÉS, A. A. (2000: 54-55) y ROSENDE VILLAR, C. (2002: 99).

nulidad. Puede tratarse de consecuencias penales¹². O de consecuencias civiles¹³. También, por supuesto, diversas consecuencias administrativas, incluidas las tributarias. Entre ellas, eventualmente, puede generarse la responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁴.

¹² Así, v. gr., en tanto que hay normas penales en blanco que deben integrarse con el plan o reglamento, la nulidad de éste podrá comportar que no haya tipicidad ni acaso siquiera antijuridicidad. En realidad, esa nulidad del plan también la puede invocar el inculpado (excepción de nulidad) y la puede apreciar el Tribunal penal a sus efectos sin necesidad de que antes se haya declarado la nulidad del plan. Pero si ésta se ha declarado ya por sentencia contencioso-administrativa el Tribunal penal tendrá que partir de ella como premisa indiscutible. Y, a la inversa, puede que el hecho de la ilegalidad y nulidad del plan sea ocasionalmente requisito para entender cometido el delito (por ejemplo, el del art. 506 CP) y en tal hipótesis la sentencia contencioso-administrativa anulatoria del plan será igualmente premisa segura e incuestionable. Todo esto son consecuencias establecidas por preceptos penales (los que tipifican cada delito, los que consagran eximentes, etc.) no de los que se ocupan de los efectos de las sentencias contencioso-administrativas. Pero para aplicar aquéllos hay que tener en cuenta estos.

¹³ Esto se presenta con especial intensidad ante la anulación de planes de urbanismo. Vid. SORIA MARTÍNEZ, G. y GARBAYO BLANCH, J. “Consecuencias de la nulidad del plan sobre los contratos civiles de transmisión”, en G. SORIA MARTÍNEZ y M. BASSOLS COMA (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017, pp. 263 y ss. Y serán consecuencias que, en su caso, habrá que declarar en procesos civiles en los que la sentencia contencioso-administrativa anulatoria del reglamento jugará como premisa.

¹⁴ Aunque el mero hecho de la anulación no comporta *per se* derecho a indemnización (art. 32.1.2º LRJSP), la responsabilidad patrimonial de la Administración se puede basar en las reglas generales que se contienen en la LRJSP. En el caso de anulación de planes de urbanismo, tal vez pueda encontrar su fundamento o su complemento en las específicas de la legislación del suelo; ahora en el art. 48 TRLS/2015 y más concretamente el de su apartado a) si es que se asimilase la declaración de nulidad de un plan al “cambio de la ordenación territorial y urbanística (...) antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo” que es lo que en él se prevé expresamente. Esa asimilación la afirma rotundamente IGLESIAS GONZÁLEZ, F. “Responsabilidad patrimonial por nulidad del planeamiento”, en G. SORIA MARTÍNEZ y M. BASSOLS COMA (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017, pp. 351 y 362, con invocación de la STS de 17 de octubre de 1988 (Ar. 7760). En realidad, esa interesante STS no llega a basar la indemnización en casos de nulidad del plan en las normas previstas para la indemnización en caso de modificación anticipada. Lejos de ello, dice que se trata de una responsabilidad por “funcionamiento anormal de los servicios públicos”, lo que no se da en la modificación anticipada. En cualquier caso, sólo admite la indemnización para los “propietarios que habiendo adquirido los terrenos al precio resultante de las posibilidades urbanísticas del Plan (...) aparentemente en vigor se ven después afectados por la pérdida de valor que representa la imposibilidad de urbanizar determinada por la anulación”, no para los propietarios que ya lo eran antes de la aprobación del plan. Sea como fuere, lo que no tiene sentido es pensar que, tras la anulación de un plan, el que se apruebe en el futuro haya de contener previsiones sobre esas indemnizaciones en su estudio económico financiero o en su informe de sostenibilidad económica. Lo que a lo sumo ha llegado a exigir el TS (véase su sentencia de 18 de diciembre de 2009 (casación 4424/2005; Ar. 2918 de 2010) es que los planes contengan previsión de indemnizaciones cuando su “finalidad primera es precisamente limitar el aprovechamiento de planes con obras de urbanización ejecutadas o en ejecución, e incluso limitar el aprovechamiento adquirido en licencias ya otorgadas”. Pero ése no es el caso que se produce con la anulación de un plan y la aprobación de otro posterior en tanto que de aquél no derivarán situaciones patrimoniales consolidadas ni éste tiene por finalidad restringir aprovechamientos patrimonializados legalmente. La responsabilidad surgirá, si acaso, del plan anulado, no del nuevo.

Un peculiar efecto de las sentencias anulatorias de reglamentos (y especialmente de las anulatorias de planes) es que comportan un límite adicional para el ejercicio posterior de la potestad reglamentaria (y de la potestad de planeamiento). Un límite en cuya virtud el futuro ejercicio de la potestad reglamentaria y de planeamiento se verá especialmente constreñido hasta el extremo de que su vulneración será considerado incumplimiento de la sentencia y su nulidad podrá ser declarada en trámite de ejecución.

De todas estas consecuencias de las sentencias anulatorias de reglamentos aquí nos vamos a ocupar sólo de la cesación de efectos jurídicos para el futuro y, sobre todo, de la destrucción de los efectos ya producidos antes de la anulación judicial, que es lo más problemático.

Pero con carácter previo es necesario abordar desde qué momento producen efectos las sentencias anulatorias de reglamentos.

II: MOMENTO A PARTIR DEL CUAL LAS SENTENCIAS ANULADORIAS DE REGLAMENTOS PRODUCEN EFECTOS

1. La exigencia de sentencias firmes y publicadas

Como advertimos antes, los efectos de la nulidad de un reglamento no son realmente los efectos de que tenga vicios de nulidad sino los efectos de la declaración de nulidad; que mientras no haya tal declaración, por mucho que el reglamento tenga vicios, la Administración y los administrados tienen que comportarse como si fuese válido. Es importante saber desde qué momento hay que partir ya, no de la presunción de validez del reglamento, sino de todo lo contrario, de su nulidad. Este será el momento a partir de cual se producirán los efectos descritos.

No cabe duda de que los efectos procesales sólo se producen cuando haya sentencia anulatoria firme. Eso es indiscutible tanto para los efectos derivados de la cosa juzgada como para los ejecutivos. Los preceptos de la LJCA no dejan lugar a dudas y es así conforme a principios generales de todo el Derecho Procesal. A lo sumo cabe introducir el matiz de la posibilidad de ejecución provisional de sentencias no firmes que, en realidad, no afecta a lo dicho porque esa ejecución provisional es, en el fondo, una especie de medida cautelar aunque con un régimen singular.

Pero, primero, el art. 72.2 LJCA introduce respecto a la eficacia general (*erga omnes*) de la anulación de disposiciones generales (reglamentos o planes) un requisito adicional: sólo la tendrá “desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada”. Ante

ello hay que preguntarse qué sucede cuando hay sentencia anulatoria firme no publicada. Y, segundo, ¿qué sucede cuando hay una sentencia anulatoria no firme desde que se dicta hasta que gana firmeza? ¿qué sucede durante el tiempo -que pueden ser años- hasta que se resuelve la apelación y/o casación de que haya sido objeto? Ya sabemos que no tiene propiamente efectos de cosa juzgada material y que, desde luego, no es ejecutiva (sin perjuicio de la eventual ejecución provisional). Pero, ¿tampoco tiene efectos jurídico-materiales? ¿tampoco afecta a las partes? El reglamento o plan anulado por sentencia no firme ¿puede seguir siendo aplicado por Administración y tribunales como si nada hubiera pasado todavía?

Responderemos a estos dos géneros de cuestiones en orden inverso a cómo las hemos planteados. Primero abordaremos la situación que se produce ante sentencias anulatorias mientras no son firmes. Después la situación ante las sentencias anulatorias firmes no publicadas.

2. Consecuencias de las sentencias no firmes anulatorias de reglamentos

La pregunta es si todos (particulares, Administración y tribunales), en tanto que la sentencia anulatoria no sea firme, deben comportarse como si el reglamento fuese válido, como si conservara su presunción de validez, o si, por el contrario, deben actuar como si fuese nulo.

Una primera posibilidad es afirmar que mientras sólo haya sentencia anulatoria no firme, hay que seguir aplicando el reglamento como si nada hubiera pasado. Alguna vez ha sido acogida por los tribunales¹⁵.

En el extremo opuesto, cabe sostener que la sentencia anulatoria, aunque todavía no firme condiciona absolutamente lo que debe hacer la Administración que, por tanto, sin esperar a la firmeza ni a la publicación, debe dejar de aplicar el reglamento y, en su caso, empezar a aplicar la norma rediviva. También vincula a los tribunales al enjuiciar las actuaciones administrativas producidas en ese periodo y, a la larga,

¹⁵ Así, STS de 23 de noviembre de 2000, recurso 5687/1996, Ar. 431 de 2001, que cita otras. En ese sentido DE COMINGES CÁCERES, F. “Los efectos de la anulación judicial de un plan general. La necesaria modulación de la equiparación de planes y disposiciones reglamentarias. Propuestas de mejora del sistema”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 314 (2017), pp. 61 a 63, aunque propone como solución acordar la suspensión de licencias o instar la ejecución provisional de la sentencia. HUERGO LORA, A. «Los efectos en otros procesos de las sentencias no firmes que declaran la nulidad de un reglamento», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (Coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, Civitas, 2012, I, pp. 1473-1476*, expone y critica con acierto esta tesis.

consecuente e indirectamente, a los sujetos privados. También esta tesis ha encontrado respaldo en varias sentencias¹⁶.

La respuesta correcta¹⁷ y la mayoritariamente acogida por el TS es intermedia. Para exponerla distingamos la posición de los tribunales en otros procesos y la posición de la Administración.

A) Para los tribunales

Para los tribunales, la solución se puede formular así: para resolver otros procesos, los tribunales, aunque no están irresistiblemente obligados por la sentencia anulatoria anterior no firme, deben tomarla en consideración y normalmente actuar en coherencia con ella. Razonémosla.

En todo proceso en que un tribunal haya de aplicar un reglamento o plan puede cuestionarse su legalidad; naturalmente si se trata de un proceso cuyo objeto sea precisamente la nulidad de ese reglamento o plan debe hacerlo puesto que el fallo dependerá exclusivamente de ello; pero también puede hacerlo en cualquier otro (por ejemplo, proceso contra una licencia de aplicación de un plan). Es resultado del

¹⁶ Sobre todo se apoyan en la idea de que la firmeza y la publicación de la sentencia anulatoria sólo se exige en el art. 72.2 LJCA para que tenga efectos generales, pero no para que tenga efectos entre las partes: para éstas, entre las que está la Administración autora del reglamento, su vinculación a la anulación no necesita de la firmeza ni de la publicación. HUERGO LORA, A. (2012: 1476-1477); y MUÑOZ MACHADO, S. y CARRO MARINA, M. “La eficacia de las sentencias no firmes (impugnación de una corriente jurisprudencial: desde la sentencia de 17 de septiembre de 2008 a la de 10 de octubre de 2011)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R. (Coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, 2012, I, pp. 1807 a 1827, dan cuenta de esta jurisprudencia que sigue coleando. Muestra de ello posterior a esos dos estudio es la STS de 12 de mayo de 2015 (Casación 1920/2013; Ar. 2862): “La falta de firmeza de la sentencia (que anuló el plan) por sí sola (...) no impide al Tribunal sentenciador enjuiciar las disposiciones o actos administrativos que traen causa o derivan de dicho plan declarado nulo (...) sobre la *base necesaria de dicha nulidad*, a la que *no se puede atribuir una virtualidad condicionada a la firmeza*”. Quizá también STS, Sección 2ª, de 4 abril 2012 (Ar. 5177. Casación 5301/2008): ante una STSJ que anuló un reglamento pero que estaba pendiente de casación, dice: “mientras nuestra sentencia (la del TS) no se produzca, ha de considerarse plenamente ajustado a derecho lo declarado por el tribunal de instancia”. En la misma dirección la sentencia recurrida dijo: “con independencia de que dicha sentencia (...) sea o no firme en estos momentos y del criterio último que el TS pueda acoger al respecto, la Sala ha de optar por su inaplicación en aras del principio que emana del art. 91.1 LJCA (<<La preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida>>) y del propio postulado del art. 6 LOPJ”. Critica esta opción HUERGO LORA, A. (2012: 1477). Y lo hacen también demoleatoriamente MUÑOZ MACHADO, S., y CARRO MARINA, M. en el estudio recién citado. Los argumentos de estos trabajos son, entendemos, irrefutables pues demuestran cumplidamente que esta tesis vulnera los efectos suspensivos de los recursos (incluido el de casación), es contraria a la regulación de la ejecución provisional de las sentencias, no es adecuada a la tutela judicial efectiva y, para colmo, tampoco encuentra apoyo en la literalidad del art. 72.2 LJCA a la que, más bien, tergiversa.

¹⁷ En línea con lo explicado por HUERGO LORA, A. (2012: 1478 y ss.) y por MUÑOZ MACHADO, S. y CARRO MARINA, M. (2012: 1822 a 1824).

art. 6 LOPJ y es consustancial a cualquier recurso indirecto contra reglamentos¹⁸. En ese enjuiciamiento del reglamento o plan no está vinculado por la fuerza de la cosa juzgada de la sentencia anulatoria anterior porque partimos de que no es firme. Pero, aun así, en tal juicio sobre la legalidad del reglamento, puede y hasta debe tener en cuenta la sentencia anulatoria que ya se ha dictado, máxime si la dictó el mismo tribunal, por mor de la coherencia y del principio de unidad de doctrina. Insistamos: no es que el tribunal en otro proceso esté absolutamente vinculado por esa sentencia anterior; pero debe tomarla en consideración y, salvo motivación en contrario, acoger la conclusión de aquélla. Puede que simplemente cite la sentencia no firme que anuló el reglamento y que eso le sirva sin más para fundamentar su juicio de nulidad de ese reglamento; puede que cite y reproduzca los argumentos de aquella sentencia como justificación de su juicio de nulidad del reglamento; o puede que, sin ni siquiera citar nada de aquella sentencia, con sus mismos argumentos o con otros, concluya que el reglamento es nulo. Nada de eso importa; estas variedades son lo de menos. Lo importante es que, sin invocar la cosa juzgada material ni los efectos jurídico-materiales de la sentencia anterior, concluya que el reglamento es nulo y que, sobre ese presupuesto, se pronuncie sobre la validez o invalidez del acto que lo aplicó (o del reglamento que lo desarrolló), lo que normalmente le llevará a su anulación. Pero no siempre tiene que actuar así. Puede actuar de otra forma sin incurrir por ello en una ilegalidad. Por una parte, puede entender, en contra de lo razonado por la sentencia no firme que anuló el reglamento, que éste es válido. Sobre todo eso será perfectamente posible y lícito si se trata de un órgano distinto del que dictó la sentencia no firme anulatoria del reglamento. Será mucho más extraño si se trata del mismo órgano, aunque tampoco eso es imposible ni necesariamente ilegal si lo motiva suficientemente.

Esta es la solución que hoy domina en el TS. De entre las sentencias en esta dirección, la de 22 de noviembre de 2012 (casación 1562/2010; Ar. 10911) resulta representativa y suficientemente clara: la proyección de una sentencia anulatoria “cuando no era todavía firme, a otro litigio sobre el mismo objeto o sobre otros derivados o encadenados” es correcta porque “la base de la decisión no se encuentra en una prematura extensión *erga omnes* de los efectos de la sentencias que anulan disposiciones generales, ni en una aplicación indebida del efecto positivo de la cosa juzgada, que exige, por definición, que la sentencia de que se trate sea firme”. La justificación es otra:

“Sucede que, aun careciendo de firmeza la sentencia que anula la disposición, como es un instrumento de ordenación, nada impide que la propia Sala de instancia anule también, en coherencia con aquélla, los planes

¹⁸ Vid. AGOUÉS MENDIZÁBAL, C. (2017: 373).

conectados y derivados, en razón de que sobre el nuevo acuerdo se proyectan y trascienden los vicios de nulidad apreciados en la primera sentencia. A esta conclusión conducen la necesidad de coherencia de las resoluciones judiciales que abordan cuestiones idénticas o sustancialmente iguales, y, en definitiva, el principio de seguridad jurídica¹⁹”.

B) Para la Administración

Más difícil es la situación en la que se encuentra la Administración que aprobó el reglamento o plan anulado por sentencia no firme. Juegan diversos factores en dirección contraria²⁰. De un lado, la presunción de validez que ha de otorgar a los

¹⁹ Exactamente en los mismos términos, existe otra STS de la misma fecha que resolvió la casación 1753/2010 (Ar. 333 de 2013). Estas sentencias citan en su apoyo la STS de 24 de septiembre de 2008 (casación 4180/2004). Véanse también las SSTS de 20 de noviembre de 2009 (casación 4917/2005), 17 de septiembre de 2009 (casación 4924/2005), 29 de abril de 2009 (casación 157/2005; Ar. 5143), 24 de septiembre de 2008 (casación 4180/2004), 12 de junio de 2007 (casación 7487/2003) y 16 de diciembre del 2010 (casación 4451/2006), entre otras. De entre éstas vale la pena recordar la STS de 17 de septiembre de 2009 (casación 4924/2005; Ar. 822 de 2010): en una STSJ de la Rioja de 17 de octubre de 2003 se anuló la modificación puntual de un PGOU por incurrir en “un importante déficit de espacios libres”; por otra parte, se impugnó separadamente (no en ejecución de la sentencia anterior) un Proyecto de Compensación y fue anulado por STSJ de la Rioja de 5 de mayo de 2004 “por el único motivo de que se había anulado previamente (...) la modificación puntual del PGOU que estableció la ordenación detallada del ámbito en cuestión”; esta STSJ de la Rioja de 5 de mayo de 2004 es la que se recurrió en casación porque cuando se dictó la anterior de 17 de octubre de 2003 no era firme (estaba recurrida ante el TS). Para la STS de 17 de septiembre de 2009 no es relevante que no fuese firme: “... aún careciendo entonces de firmeza, constituía causa suficiente para que la misma Sala que la dictó anulase en congruencia con aquélla los posteriores actos de aplicación del plan urbanístico que había declarado nulo, en los que se reprodujo el mismo vicio de nulidad, y en los que concurren las mismas partes afectadas (artículo 72.2 “ab initio” de la Ley Jurisdiccional). Así lo exige un mínimo criterio de coherencia y de seguridad jurídica (...) Si bien en casos como el presente, el órgano de instancia debe entrar a estudiar y resolver todos los motivos de impugnación esgrimidos en la demanda, en prevención de que el órgano superior revoque la anterior sentencia que se toma como base de la decisión”. Mas reciente y reseñable es la STS de 30 de enero de 2014 (casación 3045/2011; Ar. 802): no impone al tribunal que parta irresistiblemente de la nulidad del plan declarada por sentencia no firme (“la anulación de un reglamento por una resolución judicial carente de firmeza no vincula por sí sola”) pero sí que dice que ello “no quiere decir que el propio órgano jurisdiccional que ha estimado la procedencia de anular un reglamento pueda sin más simplemente con base en ello apartarse de su propia doctrina” sino que “resulta exigible al enjuiciamiento jurisdiccional un grado de coherencia suficiente, de modo que no puede desvincularse de sus resoluciones precedentes y de las consecuencias a que éstas desembocan sin aportar alguna razón más allá de la falta de firmeza de aquéllas” porque, caso de actuar así, “sin ofrecer una razón, (...) su actuación resultaría sencillamente inconsistente”. En suma, acepta que una sentencia se aparte de otra anterior no firme anulatoria de un plan pero sólo si lo hace motivadamente. Y en igual dirección es clara la STS de 13 de junio de 2014 (casación 160/2012; Ar. 3430). Vid. GIFREU FONT, J. “Los efectos jurídicos de la anulación del planeamiento urbanístico sobre los actos singulares de aplicación. Especial referencia a los instrumentos de ejecución y títulos administrativos habilitantes dictados a su amparo”, en SORIA MARTÍNEZ, G., y BASSOLS COMA, M. (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017a, pp. 162-163 y 172.

²⁰ Vid. AGOUÉS MENDIZÁBAL, C. (2017: 377).

reglamentos y que todavía no ha sido destruida; y en el mismo sentido, frecuentemente, su creencia incólume en que el reglamento que aprobó es válido, creencia que incluso puede haberle llevado a interponer el recurso contra la sentencia anulatoria de manera que dejar de aplicarlo -y aplicar la norma anterior que cree derogada- puede ser un contrasentido de consecuencias absurdas e imprevisibles, máxime si finalmente la sentencia anulatoria es revocada. De otro lado, la existencia misma de una sentencia anulatoria que, aunque sin valor aún de cosa juzgada, parece suficiente para debilitar por ahora la presunción de validez del reglamento; el hecho de que, si su actuación es impugnada, los tribunales acogerán probablemente la tesis de la nulidad del reglamento ya plasmada en una sentencia; el dato quizá de que, aunque el art. 72.2 LJCA no da todavía a esa sentencia valor *erga omnes*, no le niega efectos entre las partes, incluida la propia Administración autora del reglamento. En esta tesitura tan enrevesada, la solución más razonable es que la Administración actúe conforme a lo que crea sobre la validez o invalidez del reglamento. Por tanto, si sigue creyendo en la validez de su reglamento y si por eso impugna la sentencia anulatoria, puede actuar como si fuese válido; puede hacerlo pero a condición de una motivación específica y especialmente detallada que no sólo invoque el art. 72.2 LJCA (y por tanto, el hecho de que la sentencia al no ser firme ni tiene valor general ni cosa juzgada) sino las razones que le llevan, pese a todo, a sostener la validez del reglamento. Esta es la solución que asume muy clara y razonadamente la STS de 30 de enero 2014 (casación 3045/2011; Ar. 802) en la que además reconoce que hay una cierta rectificación respecto a sentencias anteriores:

“Indica el recurso de casación que (...) no procede esperar a la firmeza de la anulación de una disposición general para que la anulación produzca efectos entre las partes afectadas y que dichos efectos se producen desde que la indicada anulación tiene lugar.

Pese a que en alguna ocasión de alguna de nuestras sentencias habría podido deducirse esta doctrina que el propio recurso se cuida de recordar a partir del tenor del artículo 72.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, hemos de comenzar ahora indicando que en sí misma considerada no procede acoger esta argumentación que por tanto procede rectificar.

A la Administración -que indudablemente siempre resulta afectada por la anulación de un reglamento propio (o, en su caso, de un instrumento de planeamiento propio, que es también una disposición de carácter general)- no le es exigible que venga obligada a aplicar de forma inexorable una resolución carente de firmeza en punto a las resoluciones que deba dictar

en aplicación de dicho reglamento y le es dable esperar a que la dictada resolución adquiriera firmeza a tal efecto.

Es cuestión que queda a expensas de su propia valoración. Y del mismo modo que puede, evidentemente, enderezar su rumbo a partir de la anulación decretada en sede judicial, puede también seguir aplicando el reglamento (a menos claro está que proceda dar el curso correspondiente a la ejecución provisional de la sentencia). Caso de confirmarse la sentencia dictada en instancia, entonces sí tiene forzosamente que enderezar su rumbo inicial; pero, como dicha resolución judicial podría también llegar a revocarse, la Administración podría seguir ajustando sus resoluciones al sentido inicial de sus disposiciones, sin que pueda formularse reproche alguno contra ella por la expresada razón.”

Así que, dice, “los efectos resultantes de la anulación de un reglamento no se (comunican) irremisiblemente a los actos dictados en su aplicación sino cuando se produzca la firmeza de la sentencia”. Y luego reitera: “la anulación de un reglamento por una resolución judicial carente de firmeza no vincula por sí sola y determina el sentido al que deban ajustarse todas las actuaciones practicadas con posterioridad a aquélla”.

Por tanto, la Administración puede ya dar por buena la sentencia anulatoria no firme y no publicada y actuar como si el reglamento o plan fuese nulo y como si hubiera revivido el anterior. Pero puede hacer exactamente lo contrario²¹. Los riesgos que asume con ese comportamiento son muchos pero esa postura no es en sí misma ilícita. Lo será si finalmente se confirma la nulidad del reglamento o plan en la sentencia definitiva. Pero lo será porque habrá que considerar que el reglamento era nulo desde el principio, no porque haya desobedecido una sentencia que todavía, propiamente, no le vinculaba. Todo ello, por supuesto, en el bien entendido, de que no se haya pedido y acordado la ejecución provisional de la sentencia no firme. Y sin perjuicio de que el acto dictado en el interin (esto es, entre que se produjo la primera sentencia anulatoria y que se publica el fallo de la que la confirma definitivamente) alcance firmeza, en cuyo caso ese acto devenido firme quedará a salvo en virtud del art. 73 LJCA, como luego se verá.

²¹ Ésta es también la tesis que finalmente propugnan MUÑOZ MACHADO, S. y CARRO MARINA, M. (2012: 1827), aunque expresándola en términos con los que acentúan que más bien la Administración debe seguir aplicando el reglamento o plan anulado por sentencia no firme que la misma Administración ha recurrido.

3. Consecuencias de las sentencias firmes anulatorias de reglamentos en tanto no son publicadas

Más absurdo sería no tener en cuenta la sentencia firme anulatoria de un reglamento por el mero hecho de que todavía no estuviera publicada²². Por eso, porque lo contrario sería absurdo, la jurisprudencia no ha tenido empacho en establecer lo contrario pese a lo que podría desprenderse del tenor literal del art. 72.2 LJCA.

Lo cierto es que el TS tiene establecido que la sentencia firme anulatoria de un reglamento o plan vincula a los tribunales y a la Administración sin esperar a su publicación. Botón de muestra es la STS 645/2017, de 6 abril (casación 1497/2016; Ar. 1670). Se cuestionaba que un ATSJ de Galicia tuvo en cuenta la sentencia que anuló el PGOU de Vigo antes de que fuese publicada. Y la STS contesta:

“... aun siendo ciertos los hechos, el Tribunal de instancia no podía dejar de tomar en consideración la anulación judicial decidida por el TS (...) y sin que, en modo alguno, a estos efectos, la eficacia de la STS pudiera depender de su publicación en el Diario Oficial por parte de la Administración autonómica”.

Normalmente el argumento utilizado para burlar lo que parece decir el art. 72.2 LJCA es que éste sólo exige la publicación oficial de la sentencia para que tenga efectos frente a terceros, pero no para que tenga efectos entre las partes, como es la misma Administración que aprobó el reglamento o plan²³. Pero lo lógico es que también afecte a otras Administraciones²⁴.

Ante todo esto, lo difícil es dar algún sentido y algún campo de aplicación a esa exigencia de la publicación de la sentencia que contiene el art. 72.2 LJCA²⁵. Pero sin

²² Sobre esta absurdidad y los efectos perversos a que conduciría, vid. PÉREZ ANDRÉS, A. A. (2000: 170-171) y SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Iustel, 2010, p. 734.

²³ Por ejemplo, SSTS de 6 de octubre de 2011 (Ar. 7517) y de 2 de marzo de 2015 (casación 3160/2013; Ar. 1782).

²⁴ Lo demuestra la STC 195/2005 que consideró incluso contraria al art. 25.1 CE una resolución sancionadora que aplicó un reglamento declarado nulo por sentencia firme no publicada. En este caso la sanción la había puesto una Administración (un Ayuntamiento) distinta de la autora del reglamento y que, por tanto, no había sido parte en el recurso contra el reglamento. Así que ahí hubo una extensión del efecto de la sentencia no publicada a terceros. Y no cabe duda de que cualquier otra solución habría sido irracional y perversa.

²⁵ REBOLLO PUIG, M. (1998: 532) afirma que lo mejor es entender que la regla, que es como el reverso del deber de publicar los reglamentos y planes y de que su eficacia está condicionada a tal publicación, “únicamente pretende expresar que sólo se produce la expulsión del ordenamiento con valor normativo desde la publicación del fallo, pero ello sin perjuicio de que los efectos propios de una sentencia estimatoria y de una anulación se puedan hacer valer con anterioridad”. Así, por ejemplo, “antes de la

entrar en ello, hay que afirmar que las sentencias firmes anulatorias de reglamentos (o planes) vinculan a los Tribunales y a la Administración que no deben aplicarlos con independencia de que el fallo aún no se haya publicado.

III. EFECTOS PARA EL FUTURO DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE REGLAMENTOS

1. La regla general

La eficacia prospectiva entraña que desde que se anula el reglamento (o plan) ya nada podrá basarse en él: ningún derecho²⁶ ni deber ni obligación ni potestad.

Si se trata de reglamentos que producen efectos directos²⁷, esos efectos cesarán automáticamente con la declaración de nulidad. Por ejemplo, reglamentos que imponen pagos a la Administración o a un sujeto privado sin necesidad de acto administrativo; plan de urbanismo que impone las llamadas vinculaciones singulares o que, comportando una afectación o desafectación tácita, alteran por sí mismos la calificación como demanial o patrimonial de los bienes públicos²⁸; etc. Desde la declaración de nulidad ya no habrá ninguna obligación de pago ni vinculación singular ni afectación o desafectación tácita...

Y en todo caso no cabrá ningún nuevo acto jurídico con fundamento en la norma anulada: ningún reglamento (o plan) de desarrollo, acto de ejecución o conve-

publicación los terceros que actúen ilegalmente pero amparados en la apariencia creada por el reglamento anulado no pueden sufrir perjuicios por ello". Certeramente PÉREZ ANDRÉS, A. A. (2000: 169) también entiende que el precepto servirá para que el cómputo del plazo para ejercer la acción de responsabilidad por los daños causados a terceros por el reglamento anulado sólo corra desde la publicación. Vid también ROSENDE VILLAR, C. (2002: 149-150).

²⁶ Aunque eventualmente estuviere inscrito en el Registro de la Propiedad. Vid. GIFREU FONT, J. "La discordancia de los títulos y fincas inscritas en el Registro de la Propiedad con la realidad urbanística derivada de la nulidad de los planes", en SORIA MARTÍNEZ, G., y BASSOLS COMA, M. (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017b, pp. 256 a 261, que distingue según se trate del derecho al aprovechamiento urbanístico y otros derechos o realidades.

²⁷ Son aproximadamente aquellos a los que aludía el art. 39.3 IJCA/1956: "... disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de previo acto de requerimiento o sujeción individual...".

²⁸ Téngase en cuenta que, conforme a los arts. 5.2.a) de la Ley andaluza 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales, y 8 del estatal Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, los planes urbanísticos alteran la naturaleza de los bienes municipales por medio de una especie de afectación (o, en su caso, desafectación) implícita o tácita, y que, por tanto, la anulación del plan comportará la de esa afectación (o la de la desafectación). De acuerdo con ello, las sentencias anulatorias de planes producen indirectamente la pérdida de la calificación de bienes como de dominio público o, al contrario, que vuelvan a ser reconocidos con tal naturaleza. En ese sentido, véase STSJ de Andalucía, Sala de Málaga, 1780/2016, de 23 de septiembre.

nio²⁹. Y si se hacen deberán ser anulados³⁰. El reglamento (o plan) de desarrollo del anulado que se apruebe tras la anulación de éste, será nulo de pleno derecho, puesto que tal grado de invalidez es el único que se acepta para reglamentos (y planes). Y para los actos de aplicación del reglamento (o plan) tras su declaración de nulidad habrá nulidad o anulabilidad según se incurra en alguno de los vicios del art. 47 LPAC o en otros. E igual que no será lícita ni válida ninguna actuación administrativa de aplicación del reglamento (o plan) anulado, tampoco cabrá ninguna resolución judicial basada en el reglamento (o plan) anulado. En todo caso, claro está, esa invalidez (sea nulidad o anulabilidad) necesitará ser declarada formalmente y para ello el acto administrativo o la sentencia que aplicó el reglamento anulado deberán ser recurridos en plazo pues de lo contrario devendrán firmes con las consecuencias a ello inherentes.

Correlativamente, en principio (aunque esto tiene excepciones, sobre todo para los aspectos sancionadores) desde ese momento todos los derechos, deberes, obligaciones y potestades, así como todos los nuevos reglamentos (o planes) de desarrollo y actos de ejecución tendrán que estar asentados en la norma rediviva. Esto vale, desde luego, para los procedimientos administrativos o procesos judiciales que se inicien con posterioridad; pero también para los que ya estuvieran en curso cuando se anuló el reglamento: su resolución, si es que no procede sin más el archivo, no podrá basarse en la norma anulada sino en la revivida.

2. Posibles matizaciones: consecuencias jurídicas para el futuro de los hechos producidos hasta que se anuló el reglamento

Pese a la radicalidad con la que hemos afirmado la eficacia pro futuro de las sentencias anulatorias de reglamentos, es posible introducir matizaciones. Tienen dos orígenes.

Unas primeras provienen de que, como ahora se verá, el art. 73 LJCA salva de la ineficacia a ciertos actos anteriores de ejecución de la norma anulada dictados antes de su anulación: al salvar esos actos y al mantener su eficacia para el futuro, también en cierto modo se impide la completa eficacia prospectiva de la anulación del reglamento.

Las segundas matizaciones derivan de que, bajo la aparente vigencia del reglamento nulo, se habrán producidos hechos y realidades a los que el ordenamiento

²⁹ Dudoso es, sin embargo, si, además, los Registradores de la Propiedad pueden denegar inscripciones o anotaciones incompatibles con la declaración de nulidad de un plan. Vid. GIFREU FONT, J. (2017b: 254-255).

³⁰ CARLÓN RUIZ, M. *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Civitas, 2ª ed., 2005, p. 359.

anuda ciertas consecuencias que se proyectan sobre el futuro. No serán propiamente efectos jurídicos del reglamento o plan anulado. Serán, más bien, consecuencias jurídicas de ciertos hechos y realidades. Esto no se produce sólo ante la anulación de reglamentos o planes. También los actos o los contratos pueden haber dado lugar a ciertos hechos y realidades y, una vez anulados o declarados nulos, esos hechos y realidades pueden ser presupuesto al que el ordenamiento atribuye determinadas consecuencias. Tampoco aquí se tratará de efectos del acto o contrato nulos sino de consecuencias jurídicas de los hechos o realidades existentes.

Entre esas consecuencias hay -o podría haber- dos especialmente sugerentes ante la anulación de planes. Las ha estudiado González Sanfiel, bajo el rubro de “situaciones fácticas que permanecen tras la anulación”³¹.

Por una parte se refiere a la clasificación del suelo, sobre todo a la de suelo urbano. En principio, la anulación del plan comporta también la anulación de la clasificación del suelo que realizó: la clasificación será la que estableció el plan revocado³². Frente a ello González Sanfiel sostiene que los terrenos que hayan llegado a tener los requisitos legales para ser considerados suelo urbano en ejecución del plan anulado deben ser considerados, pese a esta anulación, suelo urbano. Partiendo de la naturaleza reglada de la clasificación como suelo urbano (reflejada en Andalucía en el art. 45.1 LOUA) y de la celeberrima doctrina del “valor normativo de lo fáctico”, afirma que “no es necesario esperar a una modificación del plan para hacer valer aquella naturaleza urbana” y para “el otorgamiento de una licencia aunque el plan no reflejara tal situación”³³. La idea es atractiva y tiene cierto fundamento. No obs-

³¹ GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. “Límites a la declaración de nulidad de los planes”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (Coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017, pp. 435 a 442.

³² Ello por más que sus previsiones hayan quedado desfasadas y que ello tenga “efectos letales”. Vid. SORIA MARTÍNEZ, G. “Los efectos de la nulidad de los planes en la clasificación y el régimen jurídico del suelo y la ordenación urbanística”, en SORIA MARTÍNEZ, G., y BASSOLS COMA, M. (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017, pp. 114, 118-119, 123-124 y 127-128.

³³ Invoca a este respecto González Sanfiel la STS de 20 de noviembre de 2000 (casación 7648/1995, Ar. 10491) que, en efecto, aceptó que se otorgara licencia en una parcela en la que se daban los requisitos de suelo urbano pese a que indebidamente había quedado excluida del proyecto de delimitación de suelo urbano. Con todo, es más que dudoso si esta solución, que quizá sea aceptable en el caso de un proyecto de delimitación de suelo urbano, lo es también cuando hay un plan general que no ha clasificado a un suelo como urbano.

Sobre esa base limita los efectos de la declaración de nulidad de los planes: “si algo es urbano, la declaración de nulidad del plan no puede afectar o desconocer esa situación. La nulidad no puede afectar a esa realidad”. La clasificación como urbano seguirá “desplegando sus efectos, salvo que la impugnación (y declaración de nulidad) vaya dirigida a cuestionar precisamente esa clasificación”. Las mismas ideas aplica a algunos de los terrenos que necesariamente, por sus características naturales, han de ser suelo no urbanizable en tanto que eso tampoco es discrecional. Con ello, acota las consecuencias de la nulidad del plan y la

tante, también tiene puntos débiles y su admisión y aplicación suscita más dudas que certezas. Para empezar, esa solución puede dar lugar a la existencia de suelos urbanos que, sin embargo, no tengan una ordenación hasta que un nuevo plan se la dé, por lo que entretanto su reconocimiento como urbano genera problemas de difícil solución³⁴. Además, convierte en norma de directa aplicación lo que no es más que un límite a la discrecionalidad del planificador. Y asimismo cabe discutir si el suelo que haya alcanzado los requisitos para ser considerado urbano en ejecución de un plan anulado se beneficia realmente de la doctrina de la fuerza normativa de lo fáctico³⁵.

pura y total aplicación del plan revisicente que “lo único que hará -dice- es complicar más la situación y generar situaciones indeseadas contrarias a esa realidad”.

³⁴ Lo reconoce, sin ofrecer una solución suficiente, el propio GONZALEZ SANFIEL (2017: 448). Téngase en cuenta que, como luego se verá, la nulidad de un PGOU arrastra, según la jurisprudencia, la nulidad de todos los planes de desarrollo por lo que, en efecto, ese suelo urbano carecería de regulación.

³⁵ Desde luego, las leyes parecen excluirlo cuando la urbanización se haya realizado de manera completamente ilegal. El art. 21.3 TRLS de 2015 (como antes el 12.3 del TR de 2008), a los efectos de incluir unos terrenos en la situación de suelo urbanizado dice que tiene que estar “integrado de forma legal”. Vid. PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*, Iustel, 2009, p. 240. Menos terminante es el art. 45.1 LOUA en cuanto a la clasificación de suelo urbano. Algunas de las “circunstancias” que enumera para que el PGOU clasifique terrenos como suelo urbano sí parten de un proceso legal. Pero al menos la de la consolidación de las dos terceras partes no lo impone expresamente. Tampoco los Tribunales acogen que sean suelos urbanos los urbanizados ilegalmente. Lo sintetiza así la STS de 2 de octubre de 2013 (casación 3970/2010, Ar. 6607):

“... aun en el caso de existencia de los servicios urbanísticos que denotan la pertenencia al urbano, cuando éstos proceden de ejecuciones irregulares, esto es, al margen del planeamiento, no se impone su clasificación como urbanos, ya que se llegaría al resultado, jurídicamente inadmisibles, de que las ilegalidades urbanísticas se impondrían por la fuerza de los hechos”.

La STS de 16 de noviembre de 2011 (casación 4783/2008, Ar. 2263 de 2012) va más lejos pues, de un lado, afirma, no ya que esos terrenos no tienen que ser clasificados como urbanos, sino que incluso procede la destrucción de los servicios y de los edificios; pero, de otro, entiende que si pasó el plazo para ese restablecimiento de la realidad alterada ilegalmente, sí que debe aceptarse que es suelo urbano pero con servicios y edificaciones fuera de ordenación:

“... cuando se da la circunstancia de que los servicios o la consolidación por la edificación que tuvieran que servir de base para la clasificación del suelo como urbano fueran servicios o edificaciones ilegales, entonces procede, ante todo, que la Administración lleve a cabo el restablecimiento del orden jurídico conculcado, es decir, la desaparición de los servicios o de la edificación; y si por el transcurso del tiempo (...) ya no fuera posible imponer medidas de restauración, ciertamente, el plan debe aceptar la clasificación como suelo urbano pero, tampoco se olvide, el plan debe entonces igualmente declarar tales servicios y edificaciones fuera de ordenación y, desde luego, no cabrá ya obra cualquiera en los edificios existentes y, menos aún, la construcción de nuevos edificios...”.

Y a las mismas ideas obedece la STS de 1 de octubre de 2009 (casación 2163/2005, Ar. 950 de 2010). Frente a la alegación de los propietarios de que los terrenos estaban ya urbanizados y consolidados por la edificación y que por ello merecían la consideración de suelo urbano consolidado, dice:

Por otra parte, propone el mismo González Sanfiel que, pese a la anulación del plan, se mantenga la naturaleza demanial de ciertos bienes. Si más arriba recordábamos que la anulación de un plan comporta la pérdida de efectos de las afectaciones o desafectaciones tácitas que entraña, de lo que ahora se trata es de limitar ese efecto. Lo que sugiere se refiere sólo a las afectaciones (no a las desafectaciones) y únicamente en cuanto los terrenos hayan sido efectivamente objeto de infraestructuras de uso general o servicio público: cuando es anulado el plan, nula e ineficaz será la afectación tácita que contenía, pero habrá una afectación presunta que también admiten las leyes³⁶ y que sería suficiente para mantener la naturaleza demanial. Ahora, ésta no derivaría del plan, no sería un efecto jurídico del plan anulado; sería la consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento ante una realidad³⁷. Aunque es dudoso

“... el planteamiento de la recurrente no puede ser acogido en cuanto alberga la pretensión de que cualquier urbanización, incluso la realizada de forma ilegal, conforma una realidad que debe ser asumida sin más por los autores del planeamiento urbanístico” porque “cuando se ha actuado ilegalmente la Administración no tiene indefectiblemente la obligación de clasificar los terrenos como suelo urbano (...)”.

No obstante, esta sentencia sí acepta que los terrenos podían ser considerados suelo urbano no consolidado. De hecho, sigue diciendo: “... pues a efectos de atribuir al suelo la consideración de consolidado que se pretende no basta con cualquier urbanización, incluso la realizada ilegalmente, sino que es necesario que la urbanización se acomode al planeamiento, debiendo por ello asumirse que el planeamiento urbanístico puede imponer una reurbanización de mayor o menor alcance, y que, asimismo, los propietarios han de quedar sujetos al régimen de deberes propio del suelo urbano no consolidado...”. La misma idea está en sentencias anteriores como la del TS de 5 de octubre de 1987 (Ar. 8296): “se ha ido creando de una forma clandestina un conglomerado urbano constituido por diversas casas o chalets unifamiliares (...), conglomerado que en la actualidad dispone de los servicios de firme rodado, abastecimiento y vertido de aguas y suministro eléctrico (...); tal situación fáctica, aunque irregular por el sistema de formación, no puede ser desconocido al haber quedado consolidado por la imposibilidad de aplicar a las construcciones realizadas la normativa urbanística que las eliminaría, al haber transcurrido con exceso el tiempo durante el cual tal medida podía adoptarse, lo cual conduce de modo ineludible a estimar que todo el suelo ocupado por esa urbanización de facto (...) tiene carácter urbano (...); actuar de otro modo, sería desconocer el principio de igualdad que debe imperar respecto de todos los ciudadanos y negar a la señora S. lo que la Ley ha reconocido, aunque sea por caducidad, para todos aquellos que, al margen de la ley y sin graves escrúpulos, formaron la agrupación urbana...”.

³⁶ Así, el art. 66.2.a) de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas dice que surtirá los mismos efectos de la afectación expresa la utilización pública, notoria y continuada por la Administración de bienes y derechos de su titularidad para un servicio público o para un uso general. Más restrictivos son los arts. 5.2.b) de la Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y 8.4.b) del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

³⁷ GONZÁLEZ SANFIEL busca a esta conclusión un fundamento constitucional puesto que en la misma CE está reconocido el dominio público y su indisponibilidad. Al margen de ello, bien cabría invocar sin más el principio de continuidad de los servicios públicos (incluido el servicio público que entraña el uso común general de ciertos bienes), que es el principio cardinal del Derecho Administrativo. Las calles, los parques, los centros educativos, de transporte, deportivos... existen, son de dominio público y, como tales, al margen de la legislación urbanística y de su consideración por ésta como sistemas generales o dotaciones locales, han de tener la protección que el ordenamiento otorga al demanio y, por ende, mantenerse como tales.

que la acojan los tribunales³⁸, la idea debe explorarse pues tiene fundamento sólido y reduce los efectos más nocivos de las anulaciones de planes.

Sea cual sea el juicio que merezcan estos dos ejemplos concretos sobre la clasificación del suelo y sobre el carácter demanial de ciertos bienes, lo que queríamos poner de relieve es que el efecto para el futuro de la anulación de reglamentos y planes puede tener matizaciones que en gran medida no derivan del mismo reglamento o plan anulado sino de los hechos y realidades surgidos durante su aparente vigencia.

IV. EFECTOS SOBRE EL PASADO DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE REGLAMENTOS. SU EFICACIA RETROACTIVA (*EX TUNC*)

1. La aniquilación de lo realizado en virtud del reglamento anulado

Como regla general, los efectos de las declaraciones de nulidad de reglamentos (o planes) se retrotraen al mismo momento de aprobación de la norma anulada³⁹. Esto, unido a la reviviscencia y carácter *erga omnes*, entraña que el reglamento (o plan) reviviscente habrá que entenderlo vigente para todos y durante todo el tiempo sin solución de continuidad: no sólo hasta que fue (supuesta y frustradamente) sustituido por el otro y desde la anulación de éste; sino también durante el tiempo que medió entre la aprobación del nulo y su anulación.

Como dijo expresivamente la STS 18 de febrero de 1992 (recurso 1825/1989; Ar. 2293), el reglamento nulo –lo mismo que el plan nulo– sólo tuvo aparente vigencia: “es ineficaz desde su nacimiento y lo sigue siendo durante su *aparente* vigencia”.

³⁸ No me consta que haya jurisprudencia contraria. Pero sí hay sentencias en contra ante un supuesto similar: el de la anulación de licencias. Por ejemplo, SSTS de 22 de diciembre de 2008 (casación 1330/2007; Ar. 365 de 2009) y de 16 de mayo de 2014 (casación 1621/2013; Ar. 3867 y 4354) sobre destrucción de una plaza pública, un polideportivo municipal y una biblioteca del Estado. Vid. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, 2008, pp. 145 a 175 y 363 a 379; y ESPEJO CAMPOS, A. “Dominio público y BIC como límites a la nulidad en el ámbito urbanístico”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017, pp. 476 a 484. Y es poco probable que los tribunales acojan una solución distinta ante la anulación de planes.

³⁹ En realidad, en esto la situación es igual a la que se produce con la anulación de actos. Y es indiferente que se produzca porque haya causa de nulidad o de mera anulabilidad. La tesis contraria, según la cual la anulación de los anulables no tenía efectos retroactivos, aunque no ha sido inusual, no tuvo nunca justificación y puede ya considerarse completamente superada. Vid. por todos TARDÍO PATO, J. A. “Los efectos *ex tunc* de la anulabilidad”, *RED4*, n° 184 (2017); y “El mito de los efectos *ex nunc* de la anulación por anulabilidad”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (Coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017, pp. 195 a 205.

También se expresa en términos drásticos, por ejemplo, la STS de 2 de marzo de 2016 (rec. 1626/2015; Ar. 940): la nulidad de pleno derecho de un reglamento “produce efectos *ex tunc*, originarios, lo que coloca a la norma anulada en una situación *equiparable a la inexistencia*, esto es, que la nulidad radical conlleva la pérdida de eficacia *ex tunc* (desde su origen) según el principio enunciado en los aforismos latinos *quod nullum est, nullum producit effectum y quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere*”⁴⁰.

Por eso, la declaración de nulidad de un reglamento o plan, que tiende a la destrucción de los efectos producidos desde que la norma entró en vigor, no es equivalente a su derogación⁴¹. Pues cuando hay anulación cabrá, en principio, exigir que la realidad vuelva a la situación que correspondería si no se hubiese aprobado nunca el reglamento o plan que ahora hay que entender como inexistente en todo momento⁴².

Esta eficacia *ex tunc* se proyecta sobre todo lo realizado en cumplimiento o ejecución del reglamento (o plan) anulado. En especial, pero no únicamente, sobre los actos jurídicos (actos administrativos, contratos, convenios o disposiciones generales) que tuvieran fundamento en él (*titulus invalidus non potest aliquem effectum validum operari*) aunque sean anteriores a la declaración de nulidad; actos jurídicos que pueden haber

⁴⁰ Una copiosa jurisprudencia insiste sin desfallecimiento en los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad de reglamentos y planes. Basten algunas muestras. Así, ante la anulación de un reglamento tributario, dice la STS de 4 de abril de 2012 (casación 5301/2008; Ar. 5177): “Que en los casos de declaración de nulidad de las disposiciones administrativas generales, la nulidad absoluta es la consecuencia ordinaria que el ordenamiento jurídico anuda a su ilegalidad, de manera que la ineficacia de los reglamentos ilegales es una ineficacia *ex tunc*”. Y, ante la nulidad de un reglamento urbanístico, la STS de 30 de enero de 2014 (casación 3045/2011; Ar. 802; FJ 5) explica: “... el Ayuntamiento alude a un supuesto efecto meramente derogatorio del reglamento, pero no parece que esta cuestión se preste a polémica alguna: lejos está de ser así, la nulidad radical produce efectos *ab initio* o *ex tunc* (de modo que) si se acuerda la nulidad de una disposición general se han de borrar todos los efectos que hayan podido producirse en el tiempo (...) porque si no la anulación produciría únicamente efectos *ex nunc*”. Ya específicamente para planes de urbanismo, dice, entre otras muchas, la STS de 19 de junio de 2013 (casación 2713/2012; Ar. 5629): “Los Planes Generales de Ordenación Urbana, así como las Normas Subsidiarias que hacen sus veces, tienen la naturaleza de disposiciones generales, por lo que la eficacia de la declaración de su nulidad se retrotrae al mismo instante de haberse dictado...”. Véanse también las SSTS citadas en la nota 10.

⁴¹ La derogación, en principio (salvo que el nuevo reglamento se declare retroactivo), sólo tiene efectos para el futuro y no afecta a lo ya producido durante su vigencia; por el contrario, la declaración de nulidad tiende en principio (nótese que sólo hablamos de una tendencia y sólo en principio) a la aniquilación de los efectos producidos. Su equiparación a la derogación lucía en el art. 120.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958: “La estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general *implicará la derogación* o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”. Pero ahora, con los arts. 73 LJCA y 106.4 *in fine* LPAC, aunque se conserve la subsistencia de los actos firmes, ya no quedan restos de esa equiparación entre anulación y derogación.

⁴² Cosa distinta es que eventualmente esas pretensiones basadas en la nulidad de un reglamento puedan verse enervadas o frustradas por diversas razones: prescripción de acciones, imposibilidad material (por destrucción, por transmisión a un tercero, por incorporación a otro bien...).

creado obligaciones, incluso ya cumplidas, o transmisiones de propiedad (con o sin expropiación forzosa), impuesto ejecuciones forzosa, sanciones, etc. Pero se proyecta también sobre los efectos directos del reglamento o plan anulado y sobre las actuaciones materiales que tuvieran allí su justificación. Por servirnos de los mismos ejemplos utilizados antes para exponer los efectos para el futuro, digamos ahora que, no sólo no habrá que hacer nuevos pagos en cumplimiento directo del reglamento, sino que los realizados antes de su anulación han de ser considerados sin causa⁴³; que no sólo no continuará la vinculación singular de un edificio sino que habrá que entender que no la tuvo en ningún momento; y no sólo habrá que entender que el bien patrimonial convertido en demanial por la afectación tácita del plan anulado vuelve a ser patrimonial sino que lo ha sido siempre (o, a la inversa, que el bien demanial no dejó de serlo en ningún momento).

Ahora bien, todos estos efectos sobre el pasado pueden ser improcedentes si lo mismo que se produjo en virtud de la norma anulada podría o hasta debería haberse producido aunque nunca se hubiese aprobado ésta. O sea, cuando esos efectos encuentren otra justificación (p. ej., directamente en una ley o en el reglamento que el anulado intentó derogar y que hay que entender que estuvo siempre vigente). Esto vale para los actos jurídicos dictados en virtud de la norma anulada pero también para los efectos directos de esa norma anulada (por ejemplo, la sola ley justificaba el pago que el reglamento también consagró y concretó; el reglamento redivivo imponía idéntico deber, igual vinculación singular, etc.).

La idea se ha desarrollado sobre todo en relación con los actos jurídicos de la Administración dictados en ejecución del reglamento (o plan) anulado. Conforme a la jurisprudencia hay que distinguir entre los reglamentos (o planes) de desarrollo del anulado y los actos administrativos de ejecución.

⁴³ Por tanto, será posible exigir la restitución de lo entregado en (aparente) cumplimiento de ese reglamento. Serán prestaciones realizadas *solvendi causa* (para cumplir el reglamento) que han quedado sin justificación jurídica. Puede tratarse de pagos a la Administración (por ejemplo, ingresos tributarios realizados en virtud de autoliquidación; vid. DOMÉNECH PASCUAL, G. *La invalidez de los reglamentos*, *Tirant lo Blanch*, 2002, pp. 315-316) o de pagos entre particulares. Existe a veces una especie de resistencia de los jueces civiles a aplicar esto. Se ve, por ejemplo, en la SAP Barcelona 178/2014, de 21 de mayo [JUR/2014/179317]. La SAN de 22 de marzo de 2011 había anulado la Orden Pre/1743/2008 que regulaba el canon digital. Y de acuerdo con ellos unos sujetos que habían pagado a la SGAE ese canon reclamaban su devolución por los efectos *ex tunc* de la anulación de la Orden y por enriquecimiento sin causa. El Juzgado desestimó la demanda y la SAP lo confirmó. Dijo que no se daban todos los requisitos del enriquecimiento injusto: "... falta, cuando menos (...) la inexistencia de causa" pues "no es controvertido que los pagos se ajustaron a la normativa válida y vigente en el momento en que se realizaron, sin perjuicio de que con posterioridad la Orden de desarrollo fuera anulada" y la jurisprudencia "rechaza el enriquecimiento injusto cuando la atribución patrimonial está amparada por una norma jurídica". Esto parece un error pues no cabe estimar de ningún modo que una norma declarada nula pueda considerarse causa legítima de un enriquecimiento.

2. Las normas de desarrollo (y de modificación) del reglamento anulado que se aprobaron antes de la anulación: nulidad

Cuando se trata de reglamentos de desarrollo de un reglamento anulado la respuesta de los tribunales es inequívoca: el reglamento de desarrollo también es nulo de pleno derecho. Es lo que se ha denominado —y lo hace el propio TS— el “efecto cascada”. Ejemplo suministra la STS de 26 de octubre de 2010⁴⁴. Esto mismo se ha aplicado a los planes de desarrollo del plan anulado lo que conlleva que toda la ordenación urbanística construida sobre el plan anulado se derrumbe como castillo de naipes⁴⁵.

⁴⁴ Casación 1535/2009 (Ar. 7690). Se había anulado antes un Decreto vasco sobre elecciones en los centros docentes y ahora se trataba del recurso contra una Orden de desarrollo. La STS dice: “Si carece de eficacia y validez el Decreto (...) por haber sido declarado nulo, es obvia la imposibilidad de efectuar un desarrollo del mismo mediante una Orden del Consejero de Educación. Nos hallamos ante la pura aplicación del llamado efecto cascada, es decir que tras la anulación del Decreto..., quedan anulados cuantas normas de desarrollo se amparen en aquél. Estamos ante un claro ejemplo en que la invalidez de una disposición general de superior rango, Decreto, se comunica a la posterior aprobación de un instrumento jurídico de desarrollo, Orden, siendo innegable la relación de causalidad entre el primero y la segunda ulterior. La primigenia invalidez repercute, por tanto, en la validez del instrumento jurídico de desarrollo ya que la disposición inválida no produce efectos”.

⁴⁵ Vid. CALVO ROJAS, E. (2012: 830). Muestras de esa jurisprudencia, por sólo elegir algunas de las recientes y expresivas, son estas SSTs: - de 19 de junio de 2013 (casación 2713/2012; Ar. 5629): “... con la anulación de la Modificación de las Normas Subsidiarias en el ámbito de (...), el Plan Parcial de desarrollo ha devenido nulo, porque ha quedado privado de cobertura. Los Planes Generales de Ordenación Urbana, así como las Normas Subsidiarias que hacen sus veces, tienen la naturaleza de disposiciones generales, por lo que la eficacia de la declaración de su nulidad (...) comporta igualmente la nulidad de los planes secundarios dictados en su desarrollo, como es el caso de los planes parciales”.

- de 8 de octubre de 2013 (casación 2786/2010; Ar. 6916): “... con la anulación de los planes generales (...), el planeamiento secundario o de desarrollo deviene nulo al quedar privado de cobertura. Ello es debido a la naturaleza de los planes como disposiciones generales, por lo que la eficacia de la declaración de su nulidad se retrotrae al mismo instante de haberse dictado, y, en consecuencia, comporta igualmente la nulidad de los planes secundarios dictados en su desarrollo, como sucede con los Planes Parciales”.

- de 15 de octubre de 2013 (casación 3765/2010; Ar. 7358): “... resulta improcedente tratar de sostener ahora la legalidad de una norma (pues esa es la naturaleza de los planes de ordenación) como la aquí concernida, que es desarrollo de la que (...) ya ha sido declarada nula por una sentencia firme y que, por tanto, deviene igualmente nula al ser nula la norma de la que trae causa; pues es evidente que el Plan Parcial no puede subsistir sin el planeamiento superior que le servía de cobertura. Así lo ha dicho esta Sala en una jurisprudencia reiterada, que recuerda que la declaración de nulidad de un plan de urbanismo determina que los instrumentos de planeamiento jerárquicamente subordinados al declarado nulo devienen asimismo nulos, justamente por haber quedado desprovistos de sustento normativo...”.

- de 3 de marzo de 2015 (casación 4063/2013; Ar. 1951): “... el Acuerdo impugnado (...) en desarrollo del PGOU -hoy definitivamente anulado- aprobaba el Plan Especial de Iniciativa Pública para parcelas destinadas a vivienda protegida en los sectores (...) Desaparecido el Plan General, obvio es que el Plan Especial impugnado carece de soporte jurídico...”.

- 1285/2016 de 2 junio (Ar. 3123); la nulidad de un plan “comporta igualmente la nulidad de los planes secundarios dictados en su desarrollo, como es el caso de los Planes Parciales”.

La radicalidad de esta jurisprudencia es chocante⁴⁶. Además, tiene consecuencias graves sobre todo en el caso de los planes de urbanismo⁴⁷. Pero, hoy por hoy, a tal jurisprudencia hay que atenerse.

Además, se aplica igualmente a las modificaciones del reglamento anulado. Reveladora es la STS de 23 de septiembre de 2008⁴⁸. Y si esa es la solución del TS para reglamentos ordinarios, con mayor razón hay que aceptarla, y se acepta, para las modificaciones de planes que muchas veces serán estrambóticas separadas del

- STS 2003/2016, de 20 de julio (casación 4402/2012; Ar. 4818): “Los efectos propios de la nulidad plena impiden igualmente que el ordenamiento derivado, planes parciales y de sectorización, puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas, como venimos señalando de modo profuso y uniforme en el ámbito urbanístico. En efecto, la nulidad de pleno derecho de la norma de cobertura, es decir, de la norma que es presupuesto necesario de las normas sucesivas derivadas de la misma, acarrea la invalidez de éstas al tratarse de una nulidad *ad initio* (...). (La solución contraria a la expuesta (...), además de infringir lo dispuesto en los arts. 9.3, 24 y 118 CE, 18.1 y 2 LOPJ, 72.2 y 103.4 LJCA y 62.2 y 65 a 67 Ley 30/1992 (...)) pretende hacer tabla rasa sobre la diferencias entre la nulidad plena y la mera anulabilidad”. Este mismo fragmento transcrito aparece en otras SSTS como las de 28 de septiembre de 2012 (casación 1009/2011; Ar. 9762) o la de 13 de diciembre de 2013 (casación 1003/2011; Ar. 8198).

⁴⁶ Sobre todo, teniendo en cuenta que, como se ha visto en la citada STS de 3 de marzo de 2015, extiende esa nulidad a los planes especiales cuya dependencia de los planes generales no siempre se produce en los mismos términos. También, en teoría, cabría sostener que, al igual que se dice de los actos dictados en ejecución de un reglamento o plan nulo que pueden ser válidos si encuentran otro fundamento (como se explicará en el siguiente apartado), algunos planes pudieran seguir siendo válidos aunque se anule el Plan General. Ello porque encuentran fundamento y justificación suficientes en las leyes o porque presentan autonomía funcional. Lo ha desarrollado con acierto y aspectos muy sugerentes GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2017: 442 a 447) y en “El principio de especialidad como límite a la declaración de nulidad del planeamiento”, en BASSOLS COMA, M., MENÉNDEZ REXACH, A. y GIFREU, J. (Coords.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Libro homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, INAP, 2016. Como mínimo estas ideas justifican que la anulación de planes de ordenación del territorio no afecten a la validez de los planes de urbanismo que no se fundamentan en aquéllos en los que sólo encuentran un límite negativo.

⁴⁷ De hecho, parece que en el Estado se ha barajado la posibilidad de introducir una norma que matice la radicalidad de este efecto cascada; y ya lo ha hecho alguna ley autonómica. Es el caso de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, cuyo art. 9.3 dispone: “La invalidez de un plan jerárquicamente superior no afectará por sí sola a los planes de desarrollo e instrumentos de gestión que por razón de especialidad y autonomía en el modelo territorial y urbanístico mantengan una autonomía funcional respecto de aquél”.

⁴⁸ Casación 6967/2005 (Ar. 7233): “Nos hallamos ante la pura aplicación del llamado efecto cascada, es decir, que tras la anulación (...) de los Estatutos, quedan anulados cuantos actos deriven de aquella como es su modificación parcial. Debe insistirse en que no cabe conferir sustantividad propia a la pretendida modificación cuando “modificar” en el uso del castellano es reformar algo. Y no cabe reformar lo que no existe por lo que no se da la pretendida independencia respecto unos Estatutos de 81 artículos que recibe nueva redacción en cuatro de sus artículos y a los que se agrega cuatro nuevos apartados que se adicionaban a otros cuatro artículos. Anulada la inscripción de los Estatutos originarios no cabe pretender la incorporación al Registro de una modificación parcial. Estamos ante un claro ejemplo en que la invalidez (...) se comunica a la posterior aprobación de modificación estatutaria, siendo innegable la relación de causalidad entre la modificación de los Estatutos y los Estatutos primigenios. Aquella invalidez repercute, por tanto, en la validez de la pretendida modificación (...). Lo esencial es que no podía modificarse lo que no existía”.

resto de las determinaciones del plan⁴⁹. Asimismo se consideran nulos los textos en que se refunde un plan anulado⁵⁰. Tratamiento diferente merecería la revisión de un plan realizada antes de que éste sea anulado⁵¹.

Cosa distinta es cómo se puede hacer valer esa nulidad de los reglamentos (o planes) de desarrollo (o de modificación) del anulado. Desde luego es posible atacar los dos reglamentos en el mismo proceso⁵². Pero lo que suscita dudas es si, declarada la nulidad del reglamento (o plan) en que se apoya el otro y sólo ella, la del reglamento

⁴⁹ Así, STS de 13 de junio de 2014 (casación 160/2012, Ar. 3430). Lo enjuiciado allí era una “Modificación puntual no sustancial” de una “Normas transitorias” que fueron anuladas en otra sentencia mientras se tramitaba el proceso. Y en esta STS se lee: “Las partes (...) no discuten realmente las consecuencias anulatorias de las normas transitorias inicialmente aprobadas sobre la indicada modificación puntual no sustancial que a su vez queda afectada, por eso, de nulidad. Este extremo -esto es, que la nulidad de un plan alcanza a las modificaciones de que es objeto- no se pone en tela de juicio”. Y de acuerdo con ello dice que “procede (...) ordenar la anulación de la modificación puntual (...) como consecuencia lógica y natural de la anulación decretada en sede judicial del propio plan del que dicha modificación trae causa...”. Muy clara es la STSJ de Madrid 181/2000, de 2 de marzo (recurso 878/1995; JUR/2000/304445). Resuelve esta última un recurso contra una Modificación de PGOU aprobada en 1995 en un caso en el que el PGOU modificado había sido anulado por sentencias devenidas firmes en 1998. Y el TSJ lacónicamente dice: “Gozando de la condición de disposición general los Planes de Ordenación Urbana, la eficacia de la declaración de nulidad del Plan General de 1991 se retrotraerá al mismo instante de haberse dictado y, en consecuencia, comportará igualmente la nulidad de las sucesivas modificaciones del mismo, como la que aquí nos ocupa”.

⁵⁰ STS 1425/2016, de 15 de junio: “... esta Sala tiene declarado (...) que en caso de anulación de planeamiento general el fallo declarativo que dispone la nulidad tiene un efecto expansivo (...) sobre el planeamiento secundario (...) Si es necesario tener en cuenta el grado de dependencia de la norma inferior respecto de la superior, igualmente habrá de tenerse en cuenta el grado de vinculación de dos normas de idéntico rango cuando (...) se encuentran en íntima conexión. En el presente caso, la posterior Orden del (...) relativa a la toma de conocimiento del Texto Refundido del Plan General (...) se encuentra vinculada a la anterior Orden (...) por la que se aprobó definitivamente la Revisión, de forma que anulada ésta (...) aquélla deviene igualmente nula al ser nula la norma de la que trae causa, siendo evidente que la disposición que se limita a tomar conocimiento del Texto Refundido de un plan no puede subsistir si se anula la norma que le servía de fundamento y a la que se encuentra indefectiblemente unida. Así lo tiene declarado esta Sala en sentencias de 17 de julio de 2012 (casación 5732/2011) t 26 de octubre de 2012 (casación 4139/2010)...”.

⁵¹ Para este caso, sí puede mantenerse como regla general la validez de la revisión pese a la posterior declaración de nulidad del plan revisado. Así lo sostiene SORIA MARTÍNEZ, G. (2017: 127): “Podrá haber (...) parte de la innovación que no sea válida, en cuanto, por ejemplo, se remita al plan nulo (...) pero cuando no haya tal relación sino una nueva normativa que se define con autonomía, al no depender del plan nulo, será válida (...) porque no se trata de un planeamiento <<derivado>> (...) sino de un <<nuevo>> planeamiento...”.

⁵² Es lo que, por ejemplo, sucedía en el caso de la citada STS de 8 de octubre de 2013 (casación 2786/2010; Ar. 6916). Decía la sentencia recurrida: “Será de recordar que (...) nos hallamos ante una impugnación directa de dos figuras de planeamiento urbanístico, una de planeamiento general y otra de planeamiento derivado”. Y en ese contexto afirmaba que “si prospera y concurre la nulidad de la figura de planeamiento general de suyo y por consecuencia carece de cobertura jurídica la figura del planeamiento parcial determinándose su nulidad”. Así que el fallo podía y debía anular los dos planes.

de desarrollo hay que aceptarla sin más, esto es, sin necesidad de una declaración expresa de la nulidad. Y, caso de que se busque una declaración expresa de la nulidad de ese reglamento de desarrollo es dudoso si ello requiere un proceso judicial o de un procedimiento administrativo *ad hoc* o si cabe hacer esa declaración en ejecución de la sentencia que anuló el plan general.

3. Los actos administrativos de ejecución del reglamento anulado: validez, nulidad o anulabilidad según los casos

En principio, las consecuencias de la declaración de nulidad de un reglamento o (de un plan) sobre los actos dictados en su aplicación durante el periodo de su aparente vigencia, dados los efectos retroactivos de la declaración de nulidad, son estos:

- Si el acto encontrase cobertura plena en otra norma distinta de la anulada (por ejemplo, directamente en la Ley; o en un reglamento o plan superior; o en el reglamento o plan redivivo) podrá ser considerado válido. Tendría, acaso, un defecto de motivación en tanto que hubiera invocado la norma anulada y debiera haber invocado otra; pero eso normalmente no se considerará vicio invalidante, al menos, no en este tipo de supuestos.

- Si el acto perdiese su fundamento porque sólo se lo daba la norma anulada, no sería conforme con el ordenamiento jurídico. Por tanto, ese acto devendría inválido (en realidad, lo sería desde su origen⁵³). Su grado de invalidez dependería de si ahora, prescindiendo de la norma anulada que lo fundamentó, sus vicios encajasen en alguno de los supuestos del art. 47.1 LPAC, en cuyo caso sería nulo de pleno derecho, o no encajasen en ninguno de ellos, en cuyo caso sería sólo anulable. Como normalmente se admite que la regla general en nuestro Derecho es la anulabilidad de los actos administrativos viciados, partiendo de esa regla general, lo mismo habría que decir de la invalidez de los actos ilícitos por anulación del reglamento o plan que les daba sustento. Por tanto, como regla general serían anulables y sólo en algunos casos nulos de pleno derecho⁵⁴.

⁵³ Por eso no se trata propiamente de un supuesto de invalidez sobrevenida sino originaria. Así lo explica certeramente CANO CAMPOS, T. *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Civitas, 2004, pp. 277-278, que, no obstante, apunta algunas excepciones que no afectan a lo que aquí analizamos. Vid, no obstante, GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. "Invalidez sobrevenida de los actos de aplicación del planeamiento urbanístico nulo", en *Estudios sobre el planeamiento territorial y urbanístico*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 285 y ss.

⁵⁴ En cualquier caso un reglamento o plan posterior, aunque fuese idéntico al anulado y pudiera dar ahora cobertura a actos iguales a los que aplicaron aquél, no serviría para dar validez a aquellos. Serán necesarios nuevos actos. Vid. DE COMINGES CÁCERES, F. (2017: 53-54).

Es todo esto lo que mantiene la doctrina dominante⁵⁵. También lo que consagra el TS: admite que los actos dictados en aplicación del reglamento o plan anulado pueden ser válidos⁵⁶; y para los casos en que no se sostenga la validez, no afirma

⁵⁵ A este respecto es capital el estudio de GÓMEZ-FERRER MORANT, R. “Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia”, *REDA*, n° 14 (1977), pp. 394 y ss. Su tesis, según la cual los actos dictados en aplicación de un reglamento anulado pueden ser válidos, anulables o nulos según las circunstancias, con adición de algunos argumentos y a veces con matices, es la asumida por la mayoría de la doctrina. Véanse CANO CAMPOS, T. (2004: 261 a 264); CARLÓN RUIZ, M. (2005: 363); ESPEJO MEANA, M. R. “Nulidad de reglamentos: efectos jurídico-materiales de la sentencia sobre los actos dictados en su aplicación. Comentario a la STS de 21 de julio de 1991 (Ar. 5594)”, *RAAP*, n° 12 (1992), pp. 136 y ss.; JORDANO FRAGA, J. “Efectos de la invalidez de los reglamentos en el ámbito tributario: el caso del canon de los puertos deportivos de Andalucía”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (Coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017, p. 505; PÉREZ ANDRÉS, A. A. (2000: 223); y TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (1996: 396). También DOMÉNECH PASCUAL, G. (2002: 332 a 352), acepta diversas posibilidades y grados de invalidez, aunque finalmente los efectos los hace depender de una ponderación en cada caso entre las exigencias del principio de legalidad y del principio de seguridad, ponderación en la que valora el vicio que aqueje al reglamento, los intereses lesionados, la confianza generada por la apariencia del reglamento, los daños que ocasiona defraudarla... Aplicándolo a la nulidad de planes de urbanismo y con observaciones interesantes que acogemos, GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2017: 419-420).

Los autores que ofrecen una respuesta única, difieren en esa respuesta. Para algunos, se tratará en todo caso de actos anulables; en esa dirección LAVILLA ALSINA, L. “La revisión de oficio de los actos administrativos”, *RAP*, n° 34 (1961), p. 53, y CALVO ROJAS, E. (2012: 831). Y para otros de actos nulos; así lo afirman BELADÍEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, 1994, pp. 327 y 333, y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, 2002, p. 483. Pero los argumentos que ofrecen no resultan suficientes para contradecir la tesis mayoritaria, a la que nos sumamos, según la cual los actos de aplicación del reglamento o plan anulado serán, según los casos, válidos, anulables y excepcionalmente nulos.

⁵⁶ Lo explica la STS de 30 de enero de 2014 (casación 3045/2011; Ar. 802): “... puede suceder que el acto de aplicación (por ejemplo, el otorgamiento de una licencia) pudiera encontrar todavía una cobertura propia, si no en la norma (o el plan) de la que directamente procede y a cuyo socaire se aplica, acaso en alguna otra norma asimismo integrante del mismo ordenamiento jurídico. De esta manera, podría justificarse la falta de comunicación a los actos posteriores de las consecuencias anudadas a la anulación de la norma reglamentaria bajo cuya cobertura se dictan aquéllos”. Y lo ejemplifica la STS de 12 de marzo de 2015 (casación 1881/2014; Ar. 3626). Esta sentencia mantuvo una serie de actos de gestión (proyecto de urbanización, de reparcelación, cuotas...), pese a que se basaban en un plan anulado, porque eran firmes. Pero lo que ahora interesa es que también los mantiene porque, aunque anulado el plan parcial que ejecutaban, encontraban cobertura en el planeamiento general, en concreto en unas Normas Subsidiarias: “la nulidad no alcanza a las previsiones del planeamiento general (...) es decir, se mantiene para las actuaciones desarrolladas en ejecución del planeamiento de desarrollo la cobertura que directamente otorga este instrumento urbanístico de carácter general”. En relación con una licencia, véase también la STS de 26 de abril de 2005 (casación 3919/2002). Igualmente son significativos los AATS de 31 de mayo de 2005 (piezas de suspensión 391/1999 y 30/2000; JUR 2005/223622 y 223623). Se había impuesto sanciones en aplicación de un reglamento; después se anuló por sentencia ese reglamento por defecto de procedimiento; y los sancionados pidieron que se requiriese a la Administración para que se abstuviera de realizar actos dirigidos a cobrar la multa. El TS lo denegó porque las sanciones no se apoyaban sólo en aquél reglamento sino también en ciertos artículos de la Ley de Estatuto del Vino y en su Reglamento general, “preceptos que

siempre la nulidad de pleno derecho sino que acepta que puedan ser meramente anulables⁵⁷. Habrá que analizar caso por caso para adscribirlos a una u otra situación pero, en principio, cabe mantener, conforme a la más estricta ortodoxia, que sólo excepcionalmente serán nulos de pleno derecho; como regla general serán anulables.

Lo dicho vale para todo tipo de actos de ejecución del reglamento anulado. Y para los muy diversos géneros de actos de aplicación de los planes anulados: licencias⁵⁸, proyectos de urbanización, estatutos y bases de actuación de juntas de com-

serven de cobertura normativa a (las sanciones) por lo que no se aprecia que la anulación de (el reglamento) determine por sí sola la exclusión de la sanción o sanciones impuestas”. O sea, que las sanciones eran válidas aunque se dictaron en aplicación de un reglamento declarado nulo.

⁵⁷ Dice la STS 1997/2016, de 6 de septiembre (casación 3365/2014; Ar. 5776) “... no siempre será la nulidad (...) la respuesta procedente respecto de los actos dictados en aplicación de una disposición nula”. La respuesta más completa está en la STS, ya añosa pero que conserva plena validez y constituye referencia obligada, de 12 de julio de 1991 (recurso 5740/1990; Ar. 5594). Explica que en relación con los actos de aplicación de un reglamento anulado “pueden darse las siguientes hipótesis: 1) que los actos incurran en alguno de los casos de nulidad absoluta...; 2) que los actos sean anulables por infracción manifiesta de la Ley...; 3) que los actos sean anulables pero no incurran en la comentada infracción manifiesta, supuesto en que la Administración, y sólo ella, puede declararlos lesivos y proceder a su impugnación contenciosa...; y 4) que los actos sean válidos y legales, en cuyo caso quedarán plenamente subsistentes”. La distinción que hace esta STS entre actos anulables con o sin infracción manifiesta de la Ley obedece a que entonces la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 establecía diferentes procedimientos de revisión según hubiera o no esa infracción. Hoy no se hace esa diferenciación y en ese punto la STS transcrita ha quedado obsoleta. Pero en todo lo demás sigue siendo correcta. Incluso en su afirmación, que ahora hay que extender a todos los casos de anulabilidad incluso con infracción manifiesta de la Ley, de que para conseguir su anulación la Administración, y sólo ella, tendrá que declararlos lesivos y después recurrirlos ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 107 LPAC).

Conste que hay sentencias que se apartan de la tesis que hemos expuesto como dominante y correcta. Es el caso de la STS de 23 de septiembre de 2003 (casación 380/1999; Ar. 7789). Acepta que los actos de aplicación de un reglamento anulado pueden ser válidos si tienen cobertura en otra norma. Pero si no es así sólo concibe la nulidad, nulidad, dice, que “no sólo procede en los casos contemplados en el art. 62.1 (de la Ley 30/1992, igual al art. 47.1 LPAC) sino también cuando el acto ha perdido cualquier cobertura en el ordenamiento jurídico”.

⁵⁸ Licencias urbanísticas de todo tipo, no sólo las de obras. Ejemplo de ello es la STSJ de Madrid 487/2017 de 28 junio (RJCA\2017\674) que resolvió un recurso contra tres licencias de obras de nueva planta y dos licencias de primera ocupación dadas en virtud de un PGOU anulado (sin él, las licencias estaban otorgadas sobre suelos no urbanizables de especial protección). Y, como se trataba de licencias no firmes, dice que la nulidad del PGOU “se comunicará irremisiblemente a la licencia”; así que, “tras la declaración de nulidad del planeamiento que servía de cobertura a las (...) licencias de obra de nueva planta impugnadas, nos encontramos con unas licencias que autorizan la ejecución de obras de edificación sobre suelo no urbanizable de protección”. Luego se ocupa de las licencias de primera ocupación y las declara nulas por ser nulas las de obras.

pensación⁵⁹, proyectos de compensación o reparcelación⁶⁰, liquidaciones de cuotas, órdenes de restablecimiento de la legalidad o actos de legalización de edificios inicialmente ilegales⁶¹. También vale para las sanciones impuestas en aplicación del reglamento anulado: éstas, en principio, quedan afectadas por la declaración de nulidad del reglamento en que se apoyen en los términos vistos para los demás actos, incluso aunque estén completamente ejecutadas⁶².

⁵⁹ Es el caso de la STS de 14 de julio de 2004 (casación 2065/2002; Ar. 5602) que entiende procedente la estimación del recurso interpuesto en su momento contra el acuerdo aprobatorio de las bases de actuación y estatutos de una junta de compensación que se apoyaba en un plan declarado nulo por sentencia: “si es nula la expresada Modificación puntual y nulo igualmente el Plan Parcial, también lo serán los actos de desarrollo, en este caso los Estatutos y las Bases de actuación de la Junta de Compensación (...) dado que los mismos no tienen, o al menos no se ha acreditado, amparo o cobertura en otro Plan superior”.

⁶⁰ Dice, por ejemplo, la ya aludida STS de 17 de septiembre de 2009 (casación 4924/2005; Ar. 822 de 2010) que anulada “la modificación puntual del Plan General de Calahorra por causas sustantivas, al incurrir en un importante déficit de espacios libres” es obvio que “conlleva, inexcusablemente, la alteración de la ordenación detallada del ámbito, y como consecuencia de ello, de las propias determinaciones del Proyecto de Compensación en cuestión, al que se le transmitió el mismo vicio de nulidad, sin que pudiera en ningún caso “conservarse”. Y lo mismo se observa en la STS de 12 de mayo de 2015 (Casación 1920/2013; Ar. 2862); no cabe “mantener cualquier asomo de duda sobre la nulidad radical de que adolece el Plan (...) y, por ende, de los actos derivativos de desarrollo o ejecución como el que nos ocupa ahora que encontraba en aquél su cobertura formal, en el contexto del principio de jerarquía entre instrumentos de planificación y desarrollo”. Ello le lleva a la anulación del proyecto de reparcelación “toda vez que (...) se trata de una actuación de desarrollo de un plan de ordenación (...) que no puede servirle de cobertura y justificación al haber sido declarado nulo de pleno derecho...”. Todo esto hay que entenderlo, como iremos aclarando para todos los casos, en el sentido de que la reparcelación no firme podrá ser anulada pero necesita una impugnación y una declaración de nulidad sin que baste la declaración de nulidad del plan en que se base. GIFREU FONT, J. (2017b: 260) lo pone de relieve y saca la consecuencia registral: “... la mera nulidad el Plan no supone la necesaria nulidad de la reparcelación. Se podrá declarar por vía de recurso (...) pero no es automática. En consecuencia, no cabe la cancelación de asientos o la inscripción de otros con la sola acreditación de la nulidad del Plan...”.

⁶¹ De esto se ocupó la STS de 23 de noviembre de 1999 (casación 2278/1994; Ar. 9767) ante una legalización *a posteriori* de 120 viviendas, legalización que se hizo en virtud de un plan después anulado. La sentencia simplemente afirma que procede su anulación como en todos los casos de “actos que no hayan obtenido firmeza, al estar pendiente de resolución un recurso interpuesto contra ellos...”.

⁶² SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2010: 736-737), pone de relieve lo absurdo del último inciso del art. 73 LJCA si se entendiera que las sanciones quedan siempre exceptuadas de la regla establecida inmediatamente antes de modo que hasta las resoluciones sancionadoras no firmes resultasen intocables si estaban completamente ejecutadas. Pero no es así como debe interpretarse el precepto: las sanciones no firmes quedan sometidas a la regla general y se verán afectadas por la sentencia anulatoria del reglamento aplicado aunque estén ejecutadas completamente; sólo para las resoluciones sancionadoras firmes se establece una excepción, como veremos después.

Por tanto, el recurso que ya estaba interpuesto o el que todavía se pueda imponer por quedar plazo cuando se anula el reglamento habrá que resolverlo sobre la base de la total inaplicabilidad de éste y, en su caso, aplicando la norma resucitada. Si no es del todo así es por las singularidades del Derecho sancionador: no se admite que al resolver el recurso se cambie el fundamento de la sanción y, por tanto, que allí se sustituya la norma reglamentaria invocada en la resolución sancionadora (el reglamento anulado)

En cualquier caso, si esos actos son inválidos (tengan vicios de nulidad o de anulabilidad) deberán ser impugnados para que realmente pierdan su eficacia. Si no son impugnados en plazo devendrán firmes con las consecuencias inherentes a ello. De nada de lo expuesto -ni tampoco de una supuesta interpretación *a contrario* del art. 73 LJCA⁶³- se desprende que los actos administrativos no firmes que aplicaron el reglamento anulado haya que entenderlos inválidos automáticamente y que la Administración o los particulares puedan desentenderse de ellos sin mediar ninguna declaración que pronuncie su nulidad (si son considerados nulos de pleno derecho) o los anule (si se consideran anulables). Si ya estaban impugnados y sólo se está pendiente de resolución judicial o administrativa, nada hay que añadir. Pero si no estaban impugnados y todavía se está en plazo para ello, habrá que impugnarlos⁶⁴. Y si no se hace así devendrán firmes por mucho que ahora haya funda-

por otra que sí le dé fundamento válido. Esto obedece a causas específicas (el derecho a conocer la acusación, las especiales garantías para asegurar al máximo el derecho de defensa...). Lo cierto es que en estos supuestos lo que procederá en todo caso será simplemente anular la sanción (sin posibilidad de buscarle un fundamento alternativo) y, si acaso, si no ha prescrito la infracción, empezar un nuevo procedimiento sancionador en el que desde el principio se sostenga la acusación con la invocación de la norma válida. Ejemplo de todo ello, en relación con la anulación de planes urbanísticos, ofrece la STSJ de Andalucía/Sevilla 1029/2014, de 20 de noviembre (apelación 444/2014; JUR 2015/129415). Un Ayuntamiento impuso una sanción por realizar una construcción en contra de la ordenación establecida en un PGOU, plan que, entretanto se resolvía el recurso interpuesto contra aquélla, había sido anulado. Aunque la STSJ recuerda el art. 73 LJCA, dice que “no es éste nuestro caso pues: de una parte, no nos encontramos ante actos administrativos firmes (...); y, de otra, estamos ante actos de naturaleza sancionadora no ejecutados y en los que la nulidad del PGOU comporta (...) la falta de cobertura jurídica a partir del mismo hecho de los hechos objeto de sanción”. Aun así, el Ayuntamiento sostenía que, aunque el PGOU había sido declarado nulo, la construcción vulneraba igualmente las Normas Subsidiarias anteriores que resultaron reviscentes tras la anulación del PGOU. Pero el TSJ afirma que no cabe confirmar la sanción con ese nuevo apoyo por el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa: lo que ésta controla es el acto impugnado “adoptado con base en las previsiones contenidas en aquel PGOU” anulado. Dice que lo que podría hacer el Ayuntamiento es iniciar un nuevo procedimiento sancionador en aplicación de aquellas Normas Subsidiarias con derecho de defensa y plenitud de garantías, tarea que “no puede ser realizada en el marco de un procedimiento jurisdiccional en sustitución de competencias que le corresponden (...) a la Administración”.

⁶³ Como el art. 73 LJCA -que estudiaremos después- se refiere a los actos firmes, en alguna ocasión se ha propuesto una interpretación *sensu contrario* según la cual las sentencias anulatorias de reglamentos si afectarían “por sí mismas” a la eficacia de los actos no firmes que aplicaron el reglamento. Así lo hace expresamente CARLÓN RUIZ, M. (2005: 365), y sobre todo FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2002: 398 a 401), aunque luego rodea su afirmación de tales condiciones que rebaja mucho las consecuencias más peligrosas de su tesis. Hay que rechazar radicalmente tal interpretación: ni la lógica y literalidad del art. 73 LJCA la sustentan; y causaría estragos y total inseguridad. Hay que afirmar, como lo hace por ejemplo PÉREZ ANDRÉS, A. A. (2000: 224), que contra esos actos no firmes es “imprescindible” su impugnación.

⁶⁴ Cuestión distinta es si tales actos no firmes han de ser impugnado mediante recursos ordinarios autónomos (en los que la sentencia anulatoria juega simplemente con el efecto prejudicial de la cosa juzgada) o si también cabe combatirlos en la ejecución de la sentencia anulatoria del plan, como frecuentemente se hace por la vía del art. 103.4 y 5 LJCA.

mentos sólidos para pensar que son anulables o incluso nulos al faltar el reglamento o plan que les daba sustento. Por tanto, lo que aporta a este respecto la sentencia anulatoria del reglamento (o plan) y sus efectos retroactivos es un fundamento en el que basar el recurso que proceda y la resolución que en respuesta se dicte; un fundamento, además, incuestionable por la cosa juzgada. Pero el recurso y la resolución de éste serán necesarios. No hay ninguna razón para negar a esos actos su presunción de validez, ejecutividad y ejecutoriedad⁶⁵. Al contrario, lo que hemos expuesto, en tanto que demuestra que todavía es posible que el acto sea válido (por encontrar una cobertura en otra norma) o que sea anulable, justifica que sólo con una declaración formal de nulidad o con una anulación se destruya su presunción de validez, su ejecutividad y su ejecutoriedad. Y esto lo tiene declarado el TS: por ejemplo, en su sentencia de 7 de marzo de 2012 (casación 4941/2009; Ar. 4907) se lee: “cualquier pronunciamiento al respecto requerirá la impugnación de los concretos actos de aplicación”.

V. EXCEPCIONES A LA RETROACTIVIDAD DE LA ANULACIÓN DE REGLAMENTOS. EL ARTÍCULO 73 LJCA

1. El art. 73 LJCA y preceptos concordantes. Naturaleza y ámbito de aplicación

Cuanto acabamos de exponer como pura consecuencia de la teoría general de la nulidad dominante es el punto de partida. Pero sobre él hay que introducir correcciones notables que derivan en la actualidad del art. 73 LJCA.

En parte una idea similar lucía ya en el art. 120.1 LPA/58. En su regulación de los recursos administrativos -téngase en cuenta que entonces cabían recursos administrativos directos contra reglamentos- ese art. 120.1 disponía que “la estimación

Lo que sí es seguro, desde luego, es que estos actos administrativos de aplicación del reglamento o plan también podrían haber sido impugnados en el mismo recurso contra el reglamento o plan. Ello tanto por interponer un recurso indirecto contra el reglamento o plan (en cuyo caso, la estimación ya comportará antes que nada la anulación del acto) como por interponer un recurso directo al que se acumule una pretensión de nulidad del acto, ya sea desde el principio (art. 34 LJCA), ya sea después (art. 36.1 LJCA). En cualquiera de estos supuestos todo se desarrollará de forma sustancialmente igual a la explicada: no habrá primero una anulación del reglamento o plan y después del acto sino que todo se resolverá en la misma sentencia. Y por lo que aquí nos incumbe el acto de aplicación del reglamento o plan nulo será anulado sin que el art. 73 LJCA sea de aplicación ni remotamente suponga un obstáculo a ello.

⁶⁵ Como dice GIFREU FONT, J. (2017a: 179), “por el principio de presunción de validez de los actos administrativos, los dictados en aplicación del plan son válidos y eficaces (...) incluso con la nulidad firme del plan, y esa validez y ejecutividad se mantienen mientras no se produzca su declaración de ilegalidad”. Y en p. 180 aclara que los que no habían alcanzado firmeza cuando se anuló el plan deberán ser impugnados en el plazo que todavía quede so pena de ganar firmeza.

de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”⁶⁶.

No existía nada semejante en la LJCA de 1956 para los recursos contencioso-administrativos contra reglamentos. Pero los tribunales entendieron que la regla del art. 120.1 LPA/58 también era aplicable en este ámbito y que determinaba los efectos de sus sentencias anulatorias de reglamentos y planes⁶⁷.

Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su redacción originaria no contenía ninguna regla al respecto, lo que en realidad era resultado de que no preveía ni recursos administrativos ni revisiones de oficio contra reglamentos⁶⁸. Pero tras su reforma por Ley 4/1999, al hilo de su regulación de la revisión de oficio, paso a decir en su art. 102.4: “Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda (...); sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, *subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma*”. Exactamente lo mismo y en idénticos términos aparece ahora en el art. 106.4 LPAC.

Por otro lado, en el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales hay un precepto que, con algún matiz, refleja la misma idea. En concreto, su art. 19, bajo el rubro “recurso contencioso-administrativo”, dice en su apartado 2:

“Si por resolución judicial firme resultaren anulados o modificados los acuerdos locales o el texto de las ordenanzas fiscales, la entidad local vendrá obligada a adecuar a los términos de la sentencia todas las actuaciones que lleve a cabo con posterioridad a la fecha en que aquélla le sea notificada. Salvo que expresamente lo prohibiera la sentencia, *se mantendrán los actos firmes o consentidos dictados al amparo de la ordenanza que posteriormente resulte anulada o modificada*”⁶⁹.

⁶⁶ Aunque, en efecto, había una salvedad en favor de los actos firmes, como en el art. 73 LJCA, aparecía en el contexto de una asimilación de la declaración de nulidad a la derogación de la que ya, como explicamos antes, no quedan ni vestigios.

⁶⁷ Es más, está ahí el origen de la jurisprudencia que todavía hoy se mantiene y acaso el de algunos equívocos a los que daba pábulo esa referencia a la “derogación”. Lo cierto es que todavía en la actualidad se siguen dictando sentencias que recuerdan aquel art. 120.1 LPA/58 y que invocan las sentencias que lo aplicaron, lo que resulta una erudición que no contribuye a la claridad ni al correcto enfoque.

⁶⁸ No obstante, la misma regla siguió aplicándose incluso “de modo bastante más riguroso”, según dice GÓMEZ DÍAZ, A. B. “La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: entre la dogmática y la ingeniería judicial”, *RAP*, n.º 144 (1997), p. 265.

⁶⁹ En general se entiende que este art. 19 del TRLHL sólo establece lo mismo que el art. 73 LJCA. Por ejemplo, la STS de 7 de marzo de 2010 (casación 4941/2009; Ar. 4907), tras sintetizar el régimen que

Una primera idea debe destacarse de ese origen en la LPA de 1958 y de su permanencia ahora en el art. 106.4 LPAC: esta salvedad en favor de los actos firmes no es peculiar de las sentencias anulatorias de reglamentos sino común a cualquier pronunciamiento de nulidad de reglamentos, aunque se contenga, no en una sentencia, sino en una resolución administrativa. Además, no se proyecta sólo sobre procesos sino también sobre todo género de relaciones jurídicas. Así que, propiamente hablando, aunque se contenga en una ley procesal, como es la LJCA, no es una norma procesal sino jurídica sustantiva⁷⁰.

Por otra parte, tanto antes como después del art. 73 LJCA, los tribunales reiteran que se trata de una moderación de la eficacia *ex tunc* de los pronunciamientos de nulidad, de una regla que “atempera” esa eficacia retroactiva por razones de seguridad jurídica (por tanto, ancladas en el art. 9.3 CE) de las declaraciones de nulidad, sean judiciales o administrativas. Esa justificación en el principio constitucional de seguridad jurídica no puede perderse de vista.

De todos los efectos retroactivos de las anulaciones de reglamentos que hemos visto, el art. 73 LJCA sólo salva los que se proyectan sobre actos y sentencias firmes. No, pues, los relativos a los reglamentos de desarrollo o los que produjo directamente el reglamento. Ni los reglamentos ni esos efectos directos son nunca firmes ni en cualquier caso el art. 73 LJCA alude a ellos. Así que nada hay que añadir ni matizar ahora en cuanto a la nulidad de los reglamentos de desarrollo. Ni tampoco en cuanto a la aniquilación de los efectos directos (sin acto administrativo) del reglamento anulado⁷¹. Nada salvo que, a su vez, los haya confirmado una sentencia firme.

se desprende del art. 73 LJCA, dice: “El art. 19 LHL no altera, como regla general, el régimen expuesto de mantenimiento de los actos firmes o consentidos dictados al amparo de la ordenanza que posteriormente resulta anulada...”.

⁷⁰ En contra, PÉREZ ANDRÉS, A. A. (2000: 205).

⁷¹ Respecto a ello y precisamente en relación con la vinculación singular establecida por un plan (por el plan directamente, sin acto administrativo de ejecución) lo dice la STS STS 1253/2017, de 13 julio (Ar. 3226): el art. 73 LJCA “... no resulta de aplicación, dado que la vinculación singular no nace de ningún acto de aplicación del PGOU declarado nulo, sino del propio contenido del Plan, de lo que se deduce que declarada su nulidad, la regulación que imponía tal vinculación ha desaparecido con él”. Sólo hay que matizar que el art. 73 LJCA sí que puede resultar de aplicación en tanto que salva, no ya a los actos administrativos firmes, sino a las sentencias firmes. Si hubiera con anterioridad a la anulación del reglamento alguna sentencia aplicándolo (por ejemplo, condenando a un sujeto a un pago en virtud del reglamento luego anulado) y hubiera ganado firmeza, ésta también sería intocable y no afectada por la que después anule el reglamento. De inmediato volveremos sobre ello. Pero si no hay ni acto ni sentencia firme, no encontrando ese límite del art. 73 LJCA, hay que aplicar la regla general que, según sabemos, es la de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad del reglamento o plan y, en consecuencia, la de aspirar a la aniquilación de los efectos producidos.

2. Precisiones sobre el significado de los actos sancionadores y de los actos firmes

El art. 73 LJCA impone distinguir entre los actos sancionadores y el resto de actos; y entre actos firmes y no firmes. Sólo los firmes quedan afectados por el art. 73 LJCA⁷².

En ocasiones no es fácil saber cuándo se está ante un acto sancionador y cuando ante uno que, aun siendo de gravamen, no es sancionador. No procede que nos adentremos aquí en esa distinción. Sólo hay que insistir en que la diferenciación es capital sin que pueda extenderse lo previsto en el art. 73 LJCA para sanciones a otros actos de gravamen, aunque sean más perjudiciales que las propias sanciones⁷³.

⁷² Los no firmes permanecen sin matices en la regla general derivada de los efectos retroactivos de la anulación del reglamento. Por ejemplo, para la STS de 17 de septiembre de 2009 (casación 4924/2005; Ar. 822 de 2010) la anulación de un plan comporta la anulación de sus actos de aplicación no firmes porque se impugnaron en tiempo. Si se anuló un plan y si separadamente se recurrió en tiempo un acto de aplicación, es claro que el art. 73 LJCA no se opone a la anulación de éste: “El acto administrativo al que se refiere este litigio (proyecto de compensación) se impugnó en su día directamente en plazo y forma legal. No adquirió firmeza, no alcanzándole por tanto la inmunidad regulada en este precepto”. O se lee en la STS de 30 de enero de 2014 (casación 3045/2011; Ar. 802): “Cuando los actos dictados en aplicación de un reglamento ilegal no han alcanzado firmeza (...) entonces la anulación de la disposición general comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación...”. Y para esos actos no firmes no importa que cuando la Administración los dictó aun no hubiese recaído la sentencia anulatoria del reglamento: la declaración de nulidad del reglamento deberá ser tomada en consideración aunque no pudo ser conocida por la Administración cuando produjo el acto impugnado. Lo deja claro, entre otras, la STS, Sección 2ª, de 4 abril 2012 (Ar. 5177, casación 5301/2008). Una empresa mantenía que tenía derecho en los ejercicios 2002 y 2003 a unas deducciones fiscales en aplicación de un reglamento que fue anulado por STS de 2004. La STSJ dijo: “La clave exclusiva radica en que la norma ha sido expulsada en firme del ordenamiento jurídico, y aunque sus aplicaciones ya consolidadas queden al abrigo de la anulación conforme al artículo 73 LJCA, la eficacia general de la sentencia conlleva que el precepto declarado nulo no puede ser ya aplicado a partir de la publicación de la misma (...)”. La empresa recurrió en casación y la STS reseñada lo desestima: “una liquidación puede ser anulada, como ha sucedido en el caso de autos, en función de un motivo que no existía en el momento de producirse aquella, sin que en absoluto sea cierto que un tribunal de justicia no pueda dejar de aplicar un precepto que la propia Administración, a la hora de regularizar la situación tributaria del contribuyente, haya aplicado, pues ese argumento conllevaría al absurdo de mantener la vigencia de un precepto declarado nulo por el Tribunal Supremo...”.

⁷³ Así, por ejemplo, lo que el art. 73 LJCA dice sobre las sanciones habrá de aplicarse a las multas y no a los actos que ordenen el restablecimiento de la realidad física aunque con frecuencia estos causan mayor daño que la multa. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, 3ª ed., 1998, T. II, p. 1361, criticó que el precepto se limitara a los actos sancionadores por entender que hubiera sido preferible extender esa previsión a todos los de gravamen. Pero con claridad el legislador ha optado por restringirla a las sanciones, seguramente porque pensó que se trataba de una cuestión relacionada con la de la retroactividad *in bonis* de las normas sancionadoras. Ante ello, GARCÍA MANZANO, P. “Terminación del procedimiento”, en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (Coords.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, 2ª ed., p. 348, apuntó la posibilidad de interpretar ampliamente el término sanción aquí empleado para incluir en él actos perjudiciales sin finalidad punitiva. Aunque esta solución parezca tentadora, no la consideramos

Ningún acto administrativo es firme por su propia naturaleza; ninguno nace firme; sino que se convierte en firme, deviene firme o gana firmeza -expresiones todas ellas empleadas y sinónimas- por circunstancias posteriores a su producción. En concreto, por una de estas tres: porque no fue recurrido en plazo; porque fue objeto del pertinente recurso administrativo pero, desestimado ese recurso, no se interpuso en plazo recurso contra esa resolución del recurso; y porque el acto fue objeto de recurso contencioso-administrativo pero fue desestimado por sentencia irrecurrible desde el principio o por el transcurso del plazo para recurrirla. En síntesis, cabe decir que hay actos firmes por consentidos y actos firmes por confirmados.

Lo primero que es capital afirmar es que la declaración de nulidad del reglamento no reabre los plazos para impugnar los actos que lo aplicaron; no cabe volver a contarlos desde esa declaración de nulidad⁷⁴. Es decir, que el acto que devino firme con anterioridad a la anulación del reglamento, firme se queda; y que el acto que todavía no había alcanzado firmeza cuando se anuló el reglamento que aplicó alcanzará su firmeza contando los plazos de recurso desde que se notificó tal acto sin que influya nada la fecha de la sentencia anulatoria del reglamento.

Lo segundo que hay que resolver para aplicar o no el art. 73 LJCA es si este precepto exige que la firmeza se haya ganado en algún momento determinado. No lo exige. Sólo dice que ha de tratarse de actos “administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación ganara efectos generales”. Por tanto, el acto en cuestión ha de ser anterior a que la sentencia anulatoria del reglamento alcanzara efectos generales⁷⁵. Pero no exige el art. 73 LJCA que el acto haya ganado firmeza antes de ese momento. En consecuencia, siendo el acto anterior a los efectos generales de la sentencia anulatoria del reglamento, es indiferente que también hubiese devenido firme antes de ese momento o que gane firmeza después. Y esto concuerda con lo que dijimos antes: si hubo un acto administrativo de aplicación del reglamento que cuando éste fue anulado con efectos generales podía todavía ser recurrido (o sea, que a la sazón no era firme) pero no se recurrió en lo que quedaba del plazo, devino firme y protegido por el art. 73 LJCA.

admisibles y, en realidad, produciría distorsiones nada convenientes. Para todos los efectos -y, por tanto, también para lo previsto en este artículo 73- hay que acoger un concepto estricto de sanción.

⁷⁴ PÉREZ ANDRÉS, A. A. (2000: 224-225), aunque como propuesta *lege ferenda* lo defiende como han hecho ESPEJO MEANA, M. R. (1992: 137) y GÓMEZ DÍAZ, A. B. (1997: 265 y 263). Pero ni así lo aceptan los tribunales ni sería una solución prudente ni conforme con una mínima seguridad jurídica. Vid. DOMÉNECH PASCUAL, G. (2002: 309). Es más, si se aceptara esa idea el art. 73 LJCA y su previsión para actos firmes perdería su sentido.

⁷⁵ Para el caso del acto posterior a ese momento nada dice el art. 73 LJCA. También es posible que ese acto posterior a la sentencia anulatoria del reglamento quede firme. Pero eso, y la inatacabilidad que entraña, no tiene nada que ver con el art. 73 LJCA. Por eso, tal inatacabilidad la analizamos antes al abordar los efectos pro futuro de la anulación de reglamentos.

La tercera observación deriva del hecho de que la firmeza de un acto depende de que fuese correctamente notificado a los sujetos legitimados para impugnarlo. Si no fue así, ni el acto, aunque antiguo, será firme ni, por ende, estará protegido por el art. 73 LJCA⁷⁶.

La cuarta observación deriva del hecho de que un acto alcanzará firmeza para uno u otro sujeto según la fecha en que a cada uno se le notificó y de la concreta acción que ejerza. Así que un acto puede ser firme para un sujeto y no para otro⁷⁷.

A todo lo anterior todavía conviene añadir que el silencio administrativo negativo nunca es asimilable a un acto firme porque realmente ni siquiera es un acto administrativo y porque siempre cabe recurso contra él. Así que, si contra un acto de aplicación del reglamento anulado se interpuso recurso administrativo y no fue resuelto, aunque se haya producido el silencio negativo, no habrá acto firme de ningún género ni, consiguientemente, aplicación del art. 73 LJCA.

4. Los actos no sancionadores firmes de aplicación del reglamento anulado

De acuerdo con el art. 73 LJCA, estos actos (sean favorables o perjudiciales, sin perjuicio de lo previsto para los sancionadores) perviven aunque, tras la anulación del reglamento que aplicaron, hayan perdido fundamento y sean contrarios al orde-

⁷⁶ Exponente de ello es la STSJ de Madrid 440/2014 de 1 abril (JUR\2014\1504); un sujeto pidió que se anulara una providencia de apremio como consecuencia de que la Ordenanza en que se basaba su deuda había sido judicialmente anulada; frente a ello, el Ayuntamiento alegó el art. 73 LJCA; y la Sala madrileña contestó que no era de aplicación el art. 73 LJCA porque no había acto firme ya que no fue correctamente notificado: “no podemos entender como firmes y consentidas en este caso las liquidaciones de las que traen causa los apremios aquí impugnados porque no consta en autos que tales liquidaciones fueran notificadas... Así pues, cuando se dictó por el Tribunal Supremo (...) la sentencia firme que confirmó la declaración de nulidad (...) de la Ordenanza de autos, las liquidaciones no podían considerarse firmes y consentidas por no haber sido previamente notificadas y por ser susceptible, en este caso, de invocarse su nulidad de pleno derecho como causa de impugnación de sus apremios”.

⁷⁷ Ante la anulación de planes de urbanismo esto tiene gran virtualidad al existir la llamada acción pública que en muchos supuestos tiene un plazo de ejercicio superior al ordinario (actualmente art. 62.2 TRLS de 2015 según el cual, cuando esté motivada por la ejecución de obras ilegales, podrá ejercitarse hasta que transcurra el plazo en el que pueden adoptarse medidas de protección de la legalidad urbanística). Lo aplica y explica con gran claridad la STSJ Andalucía/Málaga 2342/2016, de 30 de noviembre (JUR/2017/134867). Así las cosas, puede suceder que una licencia ilegal por haberse dictado de acuerdo con un plan luego anulado, aunque fuese notificada correctamente a todos los que debieron ser notificados y aunque para todos ellos alcanzó firmeza, sea todavía impugnabile mucho después por el actor público que no fue notificado ni tuvo conocimiento de aquella licencia. No es una cuestión que, en lo que conozco, hayan abordado los tribunales ni es fácil resolverla. Pero parece necesario establecer algún límite porque, de lo contrario, teniendo en cuenta la amplitud de la acción pública y los periodos durante los cuales puede ejercerse, se arruinaría la utilidad del art. 73 LJCA y se perjudicaría la seguridad jurídica a la que el precepto sirve.

namiento⁷⁸. Perviven incólumes no porque sean actos sin vicios. Son sencillamente actos que, aunque con vicios (y, por tanto, ilegales), serán mantenidos como si fuesen válidos⁷⁹. Por eso lo que se preserva, como dice acertadamente el art. 73 LJCA, es su “eficacia” (no afectará “a la eficacia”, dice).

Y si se preserva su eficacia no es sólo que no se deba anular sino que se debe cumplir y que, si no se cumple, se deberá imponer su cumplimiento, en su caso, por ejecución forzosa. Así que, caso de incumplimiento por el particular al que ese acto imponga una conducta, la Administración podrá proceder por ejecución forzosa sin que quepa oponerle los vicios del acto ejecutado basados a su vez en la nulidad de la norma aplicada. Dicho de otra forma: ni cabrá atacar al acto declarativo ni a los actos de ejecución (providencia de apremio y subsiguientes, acuerdo de ejecución subsidiaria, multas coercitivas...) para llevar a la realidad aquél. Y si alternativamente el acto en cuestión comportaba deberes para la propia Administración el particular beneficiado podrá exigirle el cumplimiento (incluso por la vía del art. 29 LJCA) sin que la Administración pueda oponer una excepción de nulidad del acto: su pretensión deberá ser estimada sin que quepa invocar en contra la nulidad de la norma de origen.

Todavía hay más y muy importante: no se trata sólo de la validez de los actos para la pura ejecución de aquel acto firme sino también de todos aquellos encaminados a su eficacia en su sentido más amplio. Aquel acto salvado por el art. 73 LJCA debe ser tomado como referencia necesaria y eficaz para cualquier otra decisión que pretenda tomar la Administración. Esto es, que en todos sus actos posteriores la Administración debe partir de ese acto como si fuese válido y proceder en consecuencia. Lo contrario conduciría a la inutilidad absoluta de la preservación de actos firmes que consagra el art. 73 LJCA: tendríamos un acto que se salva de la aniquilación pero que no serviría para nada.

Así que esta pervivencia de la eficacia de los actos firmes dictados en ejecución de la norma anulada hace que incluso sean posibles nuevas actuaciones administrativas (típicamente, nuevos actos administrativos) que encuentran fundamento en aquellos y en el art. 73 LJCA, aunque ya no en la norma anulada. En cierto modo, pues, la norma anulada sigue ganando batallas después de muerta.

⁷⁸ Como hemos explicado antes, puede que haya actos que aplicaron el reglamento anulado y que, sin embargo, sean válidos porque encuentren fundamento en otra norma. Pero para reconocer esto es impertinente invocar el art. 73 LJCA. Así que sólo tiene sentido aplicar el art. 73 LJCA cuando el acto que se dictó en ejecución del reglamento anulado es de los que, tras la anulación del reglamento, es nulo o anulable.

⁷⁹ CANO CAMPOS, T. (2004: 269 a 273), explica con acierto que la subsistencia de estos actos firmes “nada tiene que ver con su validez o adecuación a Derecho (...) El acto es inválido pero se mantiene...”.

Un ejemplo ilustrativo suministran las SSTs de 27 de noviembre de 2012 (casación 398/2012; Ar. 11021) y de 26 de septiembre de 2014 (casación 4042/2013; Ar. 5764). Se había anulado un plan de estudios universitarios en cuanto a la denominación “graduado o graduada en ingeniería de Edificación” y el tribunal de instancia decretó además la invalidez de cuantos títulos universitarios se hubieran expedido con esa denominación. Pero para el TS, tras afirmar que un plan de estudios es una norma reglamentaria, aplica el art. 73 LJCA y considera que no procede anular los títulos de graduado en Ingeniería de la Edificación ya expedidos y firmes. Esta jurisprudencia se aplica en materia tributaria de forma que anulado un reglamento en el que se basó la exigencia de cualquier tributo, subsisten los actos firmes de liquidación y no procede la devolución⁸⁰.

Pero sobre todo el art. 73 LJCA ha encontrado terreno fértil ante la anulación de planes de urbanismo. Supuesto típico es el de las licencias de obras otorgadas al amparo del plan anulado que, si ganaron firmeza, son mantenidas⁸¹. Si esas licencias de obras firmes subsisten con plena eficacia, lo realizado a su amparo debe ser tratado como lícito, o sea, que el edificio construido debe ser considerado legal y, por tanto, susceptible

⁸⁰ Por ejemplo, STS de 21 de marzo de 2000 (casación 4051/1994; Ar. 2821).

⁸¹ Por no remontarnos más lejos, buena referencia ofrece la STS de 12 de febrero de 2008 (casación 5953/2005; Ar. 1885). Se anuló por sentencia un Estudio de Detalle. Pero antes se había otorgado licencia y se estaba construyendo un edificio. Quien en su momento recurrió contra el plan pidió que en ejecución de la sentencia anulatoria se declarase “la falta de vigencia de la licencia” y se suspendieran las obras. Pero para la sentencia reseñada, si la licencia se concedió antes de la sentencia anulatoria y ha devenido firme, la nulidad del plan no le afecta. Recuerda la jurisprudencia según la cual “la anulación de los instrumentos de planeamiento deja a salvo las licencias firmes”. Y añade: “Del art. 73 LJCA se deduce inequívocamente que la sentencia que anuló el Estudio de Detalle (...) no conlleva por sí misma la anulación de los actos firmes derivados de él”. En el caso dice que “la licencia es anterior a la (sentencia que anuló el plan), no consta que haya sido impugnada, será, en consecuencia, firme, y entra de lleno en la reserva del art. 73 LJCA”. Muy similar es la STS de 19 de junio de 2009 (casación 5491/2007; Ar. 5785): también aquí una sentencia había anulado un Estudio de Detalle y, con esa base, se pedía en ejecución de la sentencia anulatoria del plan que se anulase la licencia otorgada y se demoliese el edificio; pero la sentencia, atendiendo a que aquella licencia ya era firme, rechaza la pretensión. Como la pretensión se ejercitaba en la ejecución de la sentencia anulatoria del plan, dice: “... de conformidad con una reiterada línea jurisprudencial (...) obvio es que la ejecución de la sentencia que nos ocupa no puede extenderse a la demolición del edificio (...) al encontrarse el mismo construido al amparo de una licencia de obras firme y no impugnada”. Entre las más recientes citemos la STS 6/2017, de 16 de diciembre de 2016 (Ar. 137 de 2017): anulado un Plan Especial e indirectamente algunas determinaciones del planeamiento general, los recurrentes promovieron incidente de ejecución de sentencia pidiendo la demolición de 59 viviendas construidas en virtud de esos planes y subsidiariamente que el Ayuntamiento convirtiera otro suelo residencial en suelo de equipamiento para compensar el incremento de población. Tanto el TSJ como luego esta STS declararon no haber lugar a la ejecución en los términos solicitados pues ello iría más lejos de lo decidido en la sentencia y porque sería contrario a la jurisprudencia según la cual la anulación de planes no afecta a licencias firmes. Igualmente, entre otras muchas, SSTs 645/2017, de 6 de abril (casación 1497/2016; Ar. 1670), de 12 de marzo de 2015 (casación 1881/2014; Ar. 3626), de 19 de octubre de 2011 (casación 6157/; Ar. 1302 de 2012), de 4 de enero de 2008 (casación 27/2004).

de usos lícitos. De modo que al decidir después sobre el otorgamiento de una licencia de ocupación o de obras de reforma habrá que partir necesariamente de la primera licencia como si fuese plenamente válida⁸². Esto mismo hay que extenderlo a los actos administrativos de legalización de construcciones dictados en aplicación del plan anulado⁸³.

También el art. 73 LJCA puede preservar a los actos administrativos de gestión urbanística del plan anulado. Numerosas sentencias lo confirman respecto a proyectos de urbanización, proyectos de reparcelación o compensación, estatutos de juntas de compensación, cuotas giradas, etc.: todos ellos, aunque se produjeran en virtud de un plan anulado, si ganaron firmeza se mantienen a salvo. Así lo entendió ya hace años el TS para las cuotas⁸⁴. Y esa jurisprudencia, ahora con el apoyo explícito del

⁸² Lo desarrolla con acierto y cita de diversas sentencias PLAZA GONZÁLEZ, M. “La nulidad de los instrumentos de planeamiento general y la preservación de los actos firmes dictados a su amparo”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 312 (2017), pp. 119 a 122.

Lo que sí es posible -y más que probable- es que la construcción realizada al amparo de esa licencia sea disconforme con el Plan que ha revivido. Pero entonces lo lógico es considerar que queda en situación de fuera de ordenación; no de asimilado a fuera de ordenación, sino verdaderamente en situación de fuera de ordenación [vid. GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2017: 448-449); y GIFREU FONT, J. (2017a: 185)]. Y, por tanto, debe dársele el régimen jurídico correspondiente a esa situación que en gran medida la LOUA remite a los planes. Ello permitirá (e incluso obligará), con las limitaciones en cada caso aplicables, otorgar nuevas licencias de ocupación, cambio de uso, obras de conservación... Pero ello no resta un ápice a lo aquí sostenido. Al contrario. Supone darle el mismo trato que a una licencia de obras perfectamente legal que después resulta disconforme con un nuevo plan.

⁸³ A fin de cuentas esas legalizaciones (normalmente de edificios que nunca contaron con licencia) entrañan la concesión de una licencia *ex post*. Incluso se materializan y exteriorizan como un otorgamiento de licencia con la única singularidad de producirse *a posteriori*. Siendo así, no hay más remedio que dar a esas legalizaciones firmes el mismo trato que a las puras licencias firmes. Aquellas legalizaciones, por tanto, se benefician en igual medida del art. 73 LJCA. De modo que si, bajo la vigencia de un plan y por su conformidad con él, se legalizó una obra u otra actuación y si el acto que acordó esa legalización ha devenido firme permanecerá indemne ante la anulación del plan que aplicó. Para todos estos casos, consiguientemente, procede reiterar lo dicho sobre la situación de fuera de ordenación en que quedarán las correspondientes edificaciones y sobre la posibilidad de, con las limitaciones en cada caso aplicables a ese régimen, otorgar nuevas licencias de ocupación, cambio de uso, obras de conservación...

⁸⁴ Es oportuno recordar la STS de 26 de abril de 1996 (Ar. 5282) por producirse en recurso de casación en interés de la ley (n.º 2737/1993). En el caso se trataba de la anulación de ciertas normas urbanísticas de Sevilla, anulación en cuya virtud se pidió y se concedió por la sentencia de instancia la devolución de lo pagado en virtud de una reparcelación. La sentencia recurrida negó que la firmeza del acto que impuso el pago fuese un freno porque las normas urbanísticas habían sido anuladas por razones sustanciales y no meramente formales “por lo que los actos firmes individuales dictados en aplicación de tales normas no están legitimados y su exigencia ya no tiene base alguna”. El TS rechazó ese argumento. Dijo que “aunque en puridad de doctrina la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho (...) produzca efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica (...) se encuentra atemperada por el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en el que con indudable aplicabilidad tanto en los supuestos de recurso

art. 73 LJCA, se ha consolidado y extendido a otros actos de gestión⁸⁵. Sin embargo proceden dos matizaciones importantes.

administrativo como a los casos de recurso jurisdiccional, se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula (...) en que los efectos son *ex nunc* y no *ex tunc*, si bien sólo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general». Y así declaró “gravemente dañosa y errónea la doctrina y conclusión a que se llega en la sentencia objeto del presente recurso, y con estimación del mismo, debe establecerse como doctrina legal, que la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición general -en el presente caso, determinadas Normas de un Plan General de Ordenación-, en cuanto implique la declaración de nulidad de aquélla y su derogación, sin distinción del motivo que sirvió de fundamento para tal declaración, no afectará a los actos firmes dictados en aplicación de la misma, los cuales permanecerán subsistentes”. Muy similar es la STS de 30 de octubre de 2000 (Ar. 9032) que resolvió una casación para la unificación de doctrina (nº 6473/1994). De nuevo se trataba de una petición de devolución de lo pagado como liquidación a cuenta de una reparcelación económica practicada en virtud de unos preceptos del PGOU de Madrid declarados nulos por sentencia y de nuevo el tribunal de instancia había estimado esa pretensión. Pero esta STS, en aplicación del art. 120 LPA/58, reitera “la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula”. Incluso aclara que ello también se produce ante una “liquidación provisional” porque era un acto impugnado y su falta de impugnación determinó su firmeza, con independencia de que después la liquidación definitiva también fuese impugnado por otras razones. En los mismos términos, entre otras, SSTS de 23 de diciembre de 1999 (casación 3805/1994; Ar. 9126) y de 31 de enero de 2000 (casación 2272/1994; Ar. 1929) que, con invocación del art. 120 LPA/58, rechazaron la devolución de lo pagado para la reparcelación por acto que quedó firme, petición que se había formulado ante la anulación del PGOU de Sevilla; y STS de 30 de septiembre de 2002 (casación 2611/1997; Ar. 8416) que, con el mismo fundamento del art. 120 LPA/58, desestimó la pretensión de devolución del “saldo provisional de la reparcelación económica” por haber sido establecido en acto que no se impugnó en tiempo, pese a que el PGOU de Madrid en que se basaba había sido anulado.

⁸⁵ Entre las muestras más recientes citemos éstas:

- STS de 19 de junio de 2013 (casación 2713/2012; Ar. 5629): la anulación “de un Plan previo (...) no hace devenir la nulidad automática de los instrumentos aprobatorios de la gestión, pues, para acordarla, habrá de seguirse el trámite del artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con audiencia de las personas que puedan verse afectadas por la ejecución, singularmente las entidades urbanísticas...”. Y “... puede operar el artículo 73 LJCA...”.

- STS de 12 de marzo de 2015 (casación 1881/2014; Ar. 3626). Se enfrenta con un caso en el que, en ejecución de la sentencia anulatoria de un plan, se pedía la anulación de diversos actos de aplicación; en concreto, entre otros, de un proyecto de reparcelación (que había sido confirmado por sentencia), de un proyecto de urbanización (que no se recurrió en tiempo) y de la liquidación de la cuota de urbanización (tampoco impugnada en su momento), así como la devolución de ésta. La sentencia, tras reproducir otras y distinguir entre los efectos de la nulidad de un plan sobre los planes que lo desarrollaron y sobre los actos administrativos que lo aplicaron, añade que “la eficacia expansiva de la nulidad ha de matizarse, en cambio, cuando se trata de actos de aplicación dictados en el desarrollo de una norma reglamentaria. En estos supuestos, en virtud del art. 73 LJCA, la declaración de nulidad de la norma reglamentaria comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación, a salvo, sin embargo, que dichos actos sean anteriores -esto es, se hayan dictado antes de que la anulación de la norma general produzca efectos generales- y hayan ganado firmeza -porque sus destinatarios no los recurrieron en tiempo y forma o porque, si lo hicieron, resultaron confirmados mediante sentencia firme”.

Primera: para las expropiaciones basadas en planes de urbanismo anulados los tribunales han consagrado otra solución por completo distinta en la que se niega la aplicación del art. 73 LJCA⁸⁶. Consideran que, anulado el plan en que se sustenta la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación (art. 42.2 TRLS/2015), todo el procedimiento expropiatorio y todos sus actos deben ser declarados nulos sin que quepa invocar el art. 73 LJCA y sin que, por ende, queden a salvo los que devinieron firmes antes de la anulación del plan⁸⁷.

Segunda: hay algunas sentencias, aunque muy minoritarias, que dejan fuera del art. 73 LJCA a muchos de los actos de gestión urbanística. Unas veces se basan en una extravagante diferencia entre actos de aplicación y actos de ejecución⁸⁸.

⁸⁶ Vid. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. “Repercusión de la nulidad de planes y normas sobre los proyectos de expropiación”, en SORIA MARTÍNEZ, G. y BASSOLS COMA, M. (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017, pp. 318 a 320; y GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2017: 2017: 424-425).

⁸⁷ Exponente acabado de esta jurisprudencia es la STS de 23 de junio de 2009 (casación 4806/2005; Ar. 6766): “Tampoco puede compartirse la invocación del art. 73 LJCA cuya aplicación al caso, en cuanto a la no afectación de los actos del procedimiento expropiatorio firmes que se pretende por la parte, resulta contrario a la interpretación que efectúa la jurisprudencia de manera constante en los términos que antes se han expuesto. La anulación del planeamiento que justifica el procedimiento expropiatorio priva al mismo de la *causa expropriandi*...”. Aunque sin ni siquiera citar el art. 73 LJCA, véanse en igual dirección las SSTs de 29 de junio de 2007 (casación 8543/2003, Ar. 3945), de 17 septiembre 2008 (casación núm. 450/2005, Ar. 4531), de 22 de junio de 2011 (casación 4271/2007, Ar. 5919), de 26 de enero de 2016 (casación 1142/2014, Ar. 362) y de 15 de septiembre de 2015 (casación 4271/2007). Crítica esta jurisprudencia DE COMINGES CÁCERES, F. (2017: 58). Cuestión distinta es si la nulidad de la expropiación debe dar lugar a la restitución del bien expropiado o, manteniendo la transmisión de la propiedad, a una indemnización que compense no sólo la privación del bien sino también la nulidad, sobre todo cuando la devolución resulte imposible. Sobre ello, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. (2017: 336 a 343).

⁸⁸ Así puede verse en la STS de 12 de noviembre de 2010 (Casación 6045/2009; Ar. 8294): anulado un Plan Parcial por sentencia, declara en ejecución de esa sentencia la nulidad de los Estatutos de la Junta de Compensación, la constitución de esa Junta, la aprobación del proyecto de urbanización y la del de reparcelación. Entre otros argumentos, apunta éste para excluir el freno del art. 73 LJCA ante este tipo de actos aunque fuesen firmes: “Interesa destacar que ha de tratarse de actos de aplicación -<<que lo hayan aplicado>> dice el art. 73- porque en el caso examinado los actos posteriores, que antes hemos citado, no son meros actos de aplicación de una disposición general, sino que añaden una cualidad superior; que son actos dictados en ejecución del propio plan parcial declarado nulo. Si esto es así, no resulta coherente considerar que no adolecen de vicio de invalidez alguna los actos dictados en ejecución de un plan parcial nulo, pues la única invalidez en que puede incurrir una disposición general (...) es la nulidad de pleno derecho. No estamos, en definitiva, ante un acto firme que carece del soporte normativo que le proporciona la disposición general, sino ante una norma reglamentaria, un instrumento de desarrollo urbanístico, que precisa, para consumarse sus previsiones y llevarse a la práctica sus determinaciones, de una serie de actos posteriores de ejecución”. Aunque como dice PLAZA GONZÁLEZ, M. (2017: 117-118), ni esta sentencia establecía una doctrina con vocación de permanencia ni se ha consolidado, esta extraña distinción entre actos de aplicación y actos de ejecución, aparece también en alguna sentencia de Tribunales Superiores. Así, la STSJ de la Comunidad Valenciana 191/2017 de 23 marzo (JUR\2017\147893) dice: “No es aplicable el art. 73 LJCA (...) porque además no son actos de aplicación, sino que tanto estos como el Proyecto de Reparcelación y Urbanización,

Otras se basan en considerar que ciertos actos de gestión urbanística son asimilables a normas⁸⁹. Aunque lo hagan con argumentos teóricos oscuros y endeble, acaso busquen consecuencias prácticas más razonables porque forzoso es reconocer que la situación que se genera manteniendo los proyectos de urbanización y de reparcelación de un plan anulado es verdaderamente extraña y de consecuencias prácticas inciertas⁹⁰.

aludidos por el apelante, son instrumentos de gestión y ejecución...”. La verdad es que en este caso, como en el anterior, había otros argumentos para no aplicar el art. 73 LJCA (el proyecto de reparcelación y el de urbanización no eran firmes sino impugnados en su momento o incluso eran posteriores a la anulación del plan, etc.). Pero lo que nos importa es su propósito de dejar al margen del art. 73 LJCA a todos esos actos de gestión urbanística aunque se den todos los presupuestos en él establecidos.

⁸⁹ Es el caso de la STS de 30 de enero de 2007 (casación 5303/2003) que declaró la nulidad de un proyecto de compensación por ser nulo el plan que ejecutaba y por el principio de jerarquía. Dice CALVO ROJAS, E. (2012: 831, nota 28), que es cuestionable esta sentencia dado que un proyecto de compensación carece de naturaleza normativa y, por ende, no cabe invocar la jerarquía entre normas. Tiene razón. Pero no deja de ser significativa esa citada STS que pone sobre la pista de las dificultades que generan los instrumentos de gestión aprobado para ejecutar un plan anulado.

⁹⁰ En efecto, no se comprende cómo puede subsistir un instrumento aprobado para ejecutar un plan si éste está declarado nulo y debe ser ineficaz; tampoco se alcanza a saber cómo puede mantenerse la eficacia de una urbanización y reparcelación sino no hay ordenación de ese mismo suelo ni qué consecuencias prácticas tendrá; ni si puede haber una reparcelación sin un plan que justifique los aprovechamientos urbanísticos; ni si serán posibles o no licencias de obras; etc. Parece que hay una contradicción irreductible entre la anulación de un plan y la preservación de los instrumentos para convertirlo en una realidad física y jurídica; que hay que elegir entre una cosa y la otra, que acoger las dos al mismo tiempo es un imposible metafísico. Acaso podría decirse que esos instrumentos de gestión mantienen su validez pero que son ineficaces por falta de las condiciones para su eficacia. Pero debe notarse que lo que el art. 73 LJCA preserva es precisamente su eficacia. PLAZA GONZÁLEZ, M. (2017: 122), dice que la subsistencia de estos actos firmes en virtud del art. 73 LJCA no permite dictar nuevos actos administrativos “puesto que una cosa es que por razones de seguridad jurídica se mantengan tales actos firmes y otra distinta que ello permita, a su vez, producir nuevos actos administrativos sin la cobertura primaria que otorgaba el planeamiento finalmente anulado”. Y en p. 119 explica: “... el mantenimiento de actos urbanísticos firmes al amparo del (art. 73 LJCA) no produce el efecto práctico real esperado, ya que requieren de actos posteriores que (...) ya carecerán de tal cobertura. Por ejemplo, mantener (...) la validez y eficacia del acto de aprobación de un proyecto de urbanización puede ser poco práctico si a continuación no pueden obtenerse las licencias de obras (actos nuevos que, como tales carecerían ya de cobertura que otorga el citado artículo 73)”. No es que “en ocasiones” pueda ser “poco práctico”; es más bien que nunca sería nada práctico, que siempre sería completamente inútil la aplicación del art. 73 LJCA y no serviría de ningún modo a la seguridad jurídica que es su fundamento y objetivo. Al contrario, sería un engorro porque habría actos que hay que considerar válidos y eficaces pero que no tienen ninguna virtualidad. Parece que estamos ante un callejón sin salida ¿o es que la salida consiste en decir que hay una imposibilidad legal de ejecutar la sentencia que anuló el plan? Lo cierto es que hay que optar ante una de estas dos soluciones: o no se aplica el art. 73 a los actos de gestión urbanística; o la anulación del plan que ya estaba dado lugar a esos actos no tendrá consecuencias prácticas cuando tales actos hayan devenido firmes.

4. Los actos sancionadores firmes de aplicación del reglamento anulado⁹¹

Si el art. 73 LJCA no contuviera una regla especial para las sanciones, éstas, cuando ya hubieran ganado firmeza, permanecerían intocables pese a haber perdido el fundamento que les daba el reglamento luego anulado. Esto, que sería tan contrario a la justicia y a los principios del Derecho Administrativo sancionador, es lo que ha querido excluir el último inciso del art. 73 LJCA. Si lo que hace el art. 73 para la generalidad de los actos administrativos es consagrar una excepción a la eficacia retroactiva de la anulación de reglamentos, lo que hace al final es excluir de esa excepción a los sancionadores. Excepción a la excepción que, en suma, devuelve las sanciones a la regla general, a la de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad de los reglamentos. Los actos sancionadores, pues, aunque sean firmes, sí que se verán afectados por la anulación del reglamento que aplicaron, sí que serán inválidos. Ahora bien, ello con dos condiciones cumulativas.

La primera, que esa anulación del reglamento beneficie al sancionado. No se aplicará si le perjudica, si comporta mayor sanción. Por eso dice el art. 73 LJCA que suponga “la exclusión o reducción de las sanciones”⁹².

⁹¹ Nos referimos sólo a los actos sancionadores firmes pues, como ya explicamos antes (discutiendo la interpretación de Santamaría Pastor), si no son firmes (incluso aunque estuviesen completamente ejecutados), se verán afectados en su validez conforme a las reglas generales. Por tanto, recurridos en plazo, deberán ser anulados si realmente la anulación del reglamento los deja sin fundamento. En tal caso el art. 73 LJCA no es de aplicación ni cambia nada: basta invocar la eficacia *ex tunc* de la anulación de reglamentos para conseguir la nulidad de la sanción. Cosa distintas es que si la sanción está ya ejecutada (lo que es posible aunque no sea firme) haya que proceder a ciertas actuaciones para restablecer la situación legal: en ocasiones será muy simple (por ejemplo, habrá que devolver el importe de la multa cobrada); en otras será más difícil; y en alguna será incluso imposible (sanción de inhabilitación temporal ya cumplida). En este caso, quizá proceda una indemnización.

Y hablamos de sanciones impuestas en aplicación del reglamento anulado lo que comprende no sólo los casos en que sea el reglamento el que haya tipificado la infracción (lo que sería contrario al art. 25 CE y causa suficiente para su nulidad) sino también aquellos en los que el reglamento sólo aporta otras justificaciones de la sanción, como la antijuridicidad (por ejemplo, ante tipos infractores legales mediante normas sancionadoras en blanco que han de integrarse con un reglamento o plan que, por otras causas es luego anulado). En estos casos, como también explicamos en la misma nota, ni siquiera cabrá servirse de otra norma para dar nuevo fundamento a la sanción.

⁹² Esta condición se dará generalmente. Sólo cabe imaginar que no se dé cuando, tras la anulación de la sanción por la anulación del reglamento, la Administración se proponga sancionar en virtud del reglamento redivivo o en aplicación de otra norma y ello comporte mayor sanción. Pero eso, como ya explicamos antes, por el derecho a conocer la acusación y por el de defensa frente a esa nueva acusación, sólo podrá hacerse en un nuevo procedimiento sancionador. Ante la eventualidad de que ese segundo procedimiento sancionador se tramitase, cabría alegar que, aunque en virtud del nuevo fundamento procediese mayor sanción que la anulada, la nueva sanción tendría el límite máximo de la antes impuesta. Por ejemplo: un ayuntamiento, en aplicación de su ordenanza cívica, impone una sanción; la ordenanza es anulada por contradecir la Ley de Seguridad Ciudadana; en consecuencia, se anula la sanción impuesta; y, tras ello, el ayuntamiento se propone sancionar el mismo hecho ahora en aplicación de esa Ley de Seguridad Ciudadana.

La segunda, que la sanción no esté completamente ejecutada. Si es firme y está completamente ejecutada (sea por cumplimiento voluntario o por ejecución forzosa), la sanción se mantiene. Ya no importará que, con la anulación del reglamento, haya perdido su fundamento y sea ilegal. Para esta hipótesis, los actos sancionadores tienen el mismo régimen de cualquier acto devenido firme y permanecen tan campanantes ante la anulación del reglamento o plan que aplicaron⁹³.

Cuando se dan todas estas condiciones (sanción firme, anulación del reglamento en que se basó que beneficia al sancionado y sanción no completamente ejecutada) es cuando es aplicable el art. 73 *in fine* LJCA. Sólo en tal supuesto surge la excepción a la excepción, es decir, la vuelta a la regla general, a la de la eficacia *ex tunc* de la anulación de reglamentos, a la de la aniquilación de los efectos producidos por esos reglamentos⁹⁴.

5. Las sentencias firmes que hubiesen aplicado el reglamento anulado

El art. 73 LJCA no sólo salva a los actos administrativos firmes sino también a las sentencias firmes. Aquí hay que entender por sentencia cualquier resolución judicial (también, por ejemplo, los autos de medidas cautelares o los dictados en ejecución de sentencias).

Frecuentemente se tratará de sentencias contencioso-administrativas que habrán confirmado (o eventualmente anulado) un acto administrativo dictado en aplicación del reglamento después anulado. En tal caso, la existencia de sentencia firme no añade nada al supuesto del acto firme porque en realidad se trata de un tipo de acto firme. Recuérdese que acto firme es tanto el que no fue recurrido en su momento como el que sí lo fue y ha sido confirmado por la sentencia que resolvió el recurso⁹⁵.

na. Podrá hacerlo pero no creo que sea admisible que, aunque esa Ley comporte mayor sanción, se pueda imponer ésta. Esta segunda sanción tendrá el límite de la primeramente impuesta.

⁹³ En esa dirección, SSTS de 3 de julio de 2007 (casación 345/2005; Ar. 6606), de 18 de julio de 2007 (casación 347/2005; Ar. 7447), de 13 de diciembre de 2007 (casación 346/2005; Ar. 743 de 2008), de 18 de diciembre de 2008 (casación 344/2005; Ar. 507 de 2008), de 21 de mayo de 2008 (casación 204/2006; Ar. 5405) y de 28 de mayo de 2008 (casación 203/2006; Ar. 5420).

⁹⁴ Por tanto, la Administración no deberá intentar la ejecución de la sanción. Lo mejor es que siga la vía del art. 109.1 LPAC para revocar formalmente la sanción. Pero, aunque no lo haga, si intenta la ejecución forzosa, contra los actos de ejecución cabrán recursos que deberán prosperar. Cuando la sanción consista en multa, al sancionado le bastará con no pagarla; y puede recordarle a la Administración la declaración de nulidad del reglamento. En cualquier caso, si la Administración inicia la vía de apremio, cabrá impugnar la providencia y otros actos de ejecución: la resolución sancionadora será firme, pero no lo serán estos actos de ejecución que cabrá recurrir exitosamente con apoyo en el art. 73 *in fine* LJCA.

⁹⁵ Así, la STS 1984/2016, de 26 de julio (Ar. 3806; casación 3499/2015) se enfrentó con el caso de una licencia firme concedida para la construcción de un hospital en virtud de la modificación de un PGOU después anulada. Y aplica la doctrina que ya hemos expuesto sobre la permanencia de las licencias

Si acaso cabe añadir que si el acto es firme no por su falta de impugnación sino por haber sido confirmado por sentencia firme, se potencia su normal intangibilidad por el refuerzo que le presta la cosa juzgada⁹⁶. Salvando esta eventual diferencia el caso de la sentencia firme que en aplicación del reglamento anulado confirmó un acto de ejecución de ese reglamento no es más que un supuesto específico dentro del ámbito más amplio de los actos firmes⁹⁷.

Ahora bien, puede haber casos de sentencias firmes que aplicaron el reglamento luego anulado y que no enjuiciaron un acto administrativo. Pueden ser contencioso-administrativas (por ejemplo, las que resolvieron recursos contra reglamentos de desarrollo del reglamento luego anulado o contra una actuación material amparada por ese mismo reglamento). O pueden ser sentencias de otro orden jurisdiccional. En todos estos casos, la referencia explícita del art. 73 LJCA a las sentencias firmes adquiere relevancia propia y obliga a mantener su eficacia aunque hayan perdido su fundamento al ser anulado el reglamento que aplicaron. Se salvan no ya por la

firμες aunque en el caso lo era, no por no haber sido recurrida, sino por haber sido recurrida y confirmada por sentencia firme. El caso es que, pedida la anulación de la licencia en ejecución de la sentencia que declaró la nulidad del plan, la denegó con invocación del art. 73 LJCA. Y sugerente es la STS de 19 de octubre de 2011 (casación 6157/2008; Ar. 1302 de 2012) que concluye que “debe desestimarse el presente recurso (...) toda vez que las peticiones (...) deducidas ante la Sala de instancia en el incidente de ejecución del que dimana el recurso) o bien estaban referidas a sentencias firmes que se habían pronunciado sobre actos administrativos de aplicación del Decreto anulado, o bien a actos administrativos firmes dictados en aplicación de la citada disposición”. Es pues indiferente a estos efectos que se esté ante actos firmes por no haber sido recurridos o de sentencias firmes que confirmaron actos administrativos.

⁹⁶ Por eso la STS de 12 de marzo de 2015 (casación 1881/2014; Ar. 3626), que aborda la pretensión de nulidad de varios actos de ejecución (proyecto de reparcelación, de urbanización, cuotas...) de un Plan Parcial previamente anulado, aunque rechaza todas las pretensiones anulatorias por tratarse de actos firmes, se muestra especialmente enérgico respecto del proyecto de reparcelación: había sido confirmado por sentencia firme y esto constituye “un límite infranqueable”. Pero, en realidad, la misma suerte corrieron las pretensiones anulatorias frente a otros actos (proyecto de urbanización y cuotas) que simplemente eran firmes por no haber sido recurridos en tiempo. La misma solución se observa en el caso de sanciones. Lo prueba la ya aludida STS de 18 de diciembre de 2007 (recurso 344/2005): no sólo se trataba de una sanción completamente ejecutada y firme sino que su firmeza derivaba de que, aunque impugnada en plazo, fue confirmada por sentencia. Y ante ello esta STS de 2007 confirma su negativa a la revisión de oficio porque “existe cosa juzgada”. Pero conste que a igual conclusión se habría llegado (y se llegó en sentencias que abordaron sanciones impuestas en virtud del mismo reglamento nulo) aunque la sanción fuese firme simplemente por el hecho de que no se recurrió en su momento; simplemente no se habría contado con el refuerzo adicional de la cosa juzgada. Podría, no obstante, observarse alguna diferencia si se aceptara el acto consentido que se aprobó en ejecución del reglamento anulado puede ser objeto de revisión de oficio mientras que no podría serlo si se tratara de un acto confirmado por sentencia firme.

⁹⁷ No sólo es que pueda haber actos firmes de aplicación del reglamento anulado sin sentencia confirmatoria. Es que, además, puede haber actos que fueron confirmados por una sentencia que desestimara un recurso fundado en otras razones. Si luego se alega otro fundamento (la nulidad del reglamento aplicado) no habría cosa juzgada (pues nada se juzgó sobre tal causa de invalidez) pero sí que jugaría el límite del art. 73 LJCA.

fuerza de la cosa juzgada sino por este art. 73 LJCA⁹⁸. Seguramente, sin embargo, habrá que excluir las sentencias penales con las mismas condiciones que las expuestas para las sanciones administrativas⁹⁹. Pero, exceptuado ese supuesto, las demás sentencias firmes quedan salvadas por el art. 73 LJCA. Piénsese en el reglamento en cuya virtud se dictó sentencia civil que condenara a un sujeto privado a pagar a otro una cantidad. O piénsese sobre todo en la sentencia contencioso-administrativa que desestimó el recurso contra el reglamento aprobado por orden ministerial en desarrollo del aprobado por Decreto siendo éste luego anulado; o en la que confirmó un plan parcial de desarrollo de un plan general después anulado. Esto altera en parte lo que antes se dijo sobre el “efecto cascada” y el resultado final conjunto puede resultar poco o nada armonioso pues no lo será, por ejemplo, que se anule un plan general, que se consideren igualmente nulos todos sus planes de desarrollo, pero que quede en pie uno porque fue recurrido sin éxito.

6. Efectos “por sí mismas” de las sentencias anulatorias de reglamentos y efectos por vías complementarias ¿Cabe la revisión de oficio?

Hemos prescindido hasta ahora de que el art. 73 LJCA lo que realmente dice es que las sentencias anulatorias de disposiciones administrativas generales no afectarán “por sí mismas”. Es momento de abordar ya esa expresión, algo enigmática, que puede significar cosas muy distintas¹⁰⁰.

⁹⁸ La diferencia es relevante: la cosa juzgada tiene límites subjetivos y objetivos; el art. 73 LJCA no.

⁹⁹ No tendría sentido otra cosa: no estaría justificado dar mejor trato al sancionado que al penado; no hay razón para entender que las sanciones de que habla el art. 73 LJCA son sólo las administrativas y no las penales; y no tendría sentido que a este respecto las sentencias que anulan reglamentos tengan régimen distinto que las sentencias que anulan leyes (arg. art. 40.1 LOTC). Y en todo caso cabría interponer contra aquella sentencia penal firme que aplicó el reglamento después anulado el recurso de revisión del art. 954.1.e) LECrim. Volveremos después sobre esto último.

¹⁰⁰ Incluso sin salirse de su literalidad, cabría sostener que lo que el art. 73 LJCA significa es que la anulación de un reglamento no afectará siempre y necesariamente a la eficacia de los actos y sentencias firmes que lo aplicaron y que sólo en ciertos casos sí que podría afectar a su eficacia; que todo dependerá de que el acto encuentre una cobertura jurídica distinta de la que le daba el reglamento anulado; que si no la tiene será nulo o anulable; y que en tal caso así habrá que declararlo. Esa interpretación podría vislumbrarse al menos en la STS de 2 de marzo de 2016 (casación 1626/2015; Ar. 940) cuando dice que el art. 73 LJCA “no impone *a fortiori* y en todo caso la inmunidad de cualesquiera actos firmes, pues la locución por sí mismas puede ser conjugada con la posibilidad de invalidación sobrevenida de tales actos. Excluiría de plano supondría hacer de mejor condición los actos administrativos firmes que los propios reglamentos derivados de uno superior anulado”. Parece querer decir que la anulación de un reglamento sí que puede llevar a la anulación de los actos firmes que lo aplicaron igual que se admite que lleva a la anulación de los reglamentos que lo desarrollaron. Este planteamiento causa vértigo porque pone al borde del abismo a todos los actos firmes dictados en ejecución de un reglamento anulado. Además sorprende su argumento porque siempre se ha aceptado que las consecuencias de la nulidad de un reglamento son diametralmente

Es seguro que esa expresión significa como mínimo que ni la sentencia que anule el reglamento contendrá también anulación de los actos firmes que lo aplicaron ni tal anulación podrá pronunciarse en ejecución de aquella sentencia. Así lo acepta el TS¹⁰¹. Menos incluso cabrá que ni en esa sentencia ni en su ejecución se anulen sentencias firmes que aplicaron el reglamento anulado.

Sentado lo anterior, la duda que suscita la expresión “por sí mismas” del art. 73 LJCA es si las sentencias anulatorias de reglamentos pueden afectar a los actos y sentencias firmes que aplicaron ese reglamento de otra forma, no “por sí mismas”, no automáticamente, pero sí por alguna vía complementaria.

Empecemos por las sentencias firmes que hayan aplicado el reglamento anulado. No se da ninguno de los vicios de nulidad del art. 238 LOPJ. Tampoco ninguna de los motivos de revisión de sentencias contencioso-administrativas del art. 102

distintas para los reglamentos de desarrollo y para los actos de ejecución. Pero esta afirmación de la sentencia (en otros pasajes, dicho sea de paso, impecable), además de no aparecer en ninguna otra sentencia, no se concreta ni desarrolla en ésta. Sólo si concretara algo más esa idea valdría la pena adentrarse en los terrenos ignotos a los que parece conducir. Pero con esa sola afirmación cabe pensar que sólo hay un cierto exceso verbal y que realmente no pretende poner patas arriba las explicaciones tradicionales dentro de las cuales se acota -y acotamos nosotros- el posible significado del art. 73 LJCA. Así que, aunque literalmente posible, descartamos esa interpretación.

¹⁰¹ Nos bastan para probarlo algunas de las sentencia que ya citamos antes para demostrar que las sentencias anulatorias de un plan no afectan a las licencias firmes otorgadas a su amparo porque en realidad abordaban esa cuestión, no en un recurso autónomo, sino precisamente en ejecución de las sentencias que anulaban el plan; y lo que concretamente declararon es que no es posible anular esas licencias firmes en el trámite de ejecución de esas sentencias. Así, SSTs de 4 de enero de 2008 (casación 27/2004); de 12 de febrero de 2008 (casación 5953/2005; Ar. 1885); de 19 de junio de 2009 (casación 5491/2007; Ar. 5785); de 12 de marzo de 2015 (casación 1881/2014; Ar. 3626); 1984/2016, de 26 de julio (casación 3499/2015; Ar. 3806); y 6/2017, de 16 de diciembre (Ar. 137 de 2017). Y lo mismo que de las licencias hay que decir en principio de otros actos de aplicación del plan anulado, como los proyectos de reparcelación o de urbanización. Pese a todo, no siempre el TS se pronuncia en estos términos. Ya explicamos antes que respecto a actos de gestión (proyectos de reparcelación, estatutos y bases de juntas de compensación...) el TS se muestra vacilante e introduce matices confusos que le llevan a decir a veces que la nulidad del plan en que se apoyan acarrea su invalidez, incluso aunque sean firmes. Y ahora hay que añadir que en ocasiones ha dicho que ello puede ser objeto de la ejecución de la sentencia anulatoria del plan. Es el caso de la STS de 19 de junio de 2013 (casación 2713/2012; Ar. 5629): ante una sentencia que anuló una Modificación de unas Normas Subsidiarias entendió que en ejecución de ella, aunque no se podía anular las licencias concedidas, sí que se podía anular un plan de desarrollo y, además, que es lo que ahora nos importa, las Bases, Estatutos y constitución de la Junta de Compensación, así como los Proyectos de Compensación y de Urbanización. Y ello sin parar mientes en si eran o no ya firmes. Bien es verdad que ello lo remitió a la tramitación del incidente del art. 109 LJCA con audiencia de todas las personas afectadas, por lo que, al cabo, no se sabía que es lo que se podría resolver en ese incidente y si al menos allí habría que salvar esos actos si fuesen firmes. Pero afortunadamente el asunto volvió al TS (justamente tras tramitar el tribunal de instancia ese incidente) y entonces, en su sentencia 1285/2016, de 2 de junio (casación 3716/2015; Ar. 3123) todo quedó claro: con fundamento en el art. 73 LJCA y como quiera que esos actos de gestión habían quedado firmes declaró que no procedía anular tales actos en ejecución de la sentencia anulatoria del plan.

LJCA. Ni los de revisión de sentencias civiles (art. 510 LEC). Sí sería posible, por el contrario, recurso de revisión contra la sentencia penal firme que hubiese condenado en aplicación del reglamento luego anulado. Lo permite ahora el art. 954.1.e) LE-Crim “cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal”. Pues lo que habrá hecho el juez penal al aplicar el reglamento -ya sea planteándose y aceptando su legalidad, ya sea sin ni siquiera plantearse su ilegalidad- habrá sido entrar en una cuestión prejudicial administrativa. Salvo en este caso muy excepcional, no habrá vía para combatir las sentencias firmes que aplicaron el reglamento. Así que con esa sola excepción, el art. 73 LJCA significa que no hay cauce para que la sentencia anulatoria de un reglamento afecte de ningún modo a las sentencias firmes que lo aplicaron: ni “por sí misma” ni de ninguna otra forma.

Veamos ahora la situación respecto a los actos administrativos firmes. En concreto, como se trata de actos firmes contra los que no caben los recursos ordinarios y como no se da ninguno de los supuestos del recurso administrativo extraordinario de revisión (art. 125 LPAC), lo que cabe cuestionar es si es posible la revisión de oficio de los actos administrativos de aplicación del reglamento anulado. Lo que sobre todo se ha planteado es si el particular interesado tiene la acción de nulidad del art. 106.1 LPAC. Pero la cuestión debe plantearse en términos más amplios: lo que importa saber es si las distintas vías que bajo ese nombre regulan los arts. 106 a 111 LPAC, tanto las abiertas a los particulares interesados como las exclusivas de la Administración autora del acto, se pueden utilizar contra esos actos firmes que aplicaron el reglamento anulado y precisamente invocando como causa de su invalidez la sentencia anulatoria del reglamento.

Algunos autores se han mostrado favorables a esa posibilidad, al menos a la del art. 106.1 LPAC a solicitud del interesado¹⁰².

En la jurisprudencia no encontramos una respuesta terminante. Entre las SSTs favorables a la revisión la que más claramente afirma esa posibilidad sigue siendo la

¹⁰² AGOUÉS MENDIZÁBAL, C. (2017: 387 y 401); BELADÍEZ ROJO, M. (1994: 324); DE ASIS ROIG, A. E. “La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición general declarada nula”, *REDA*, nº 59 (1988), pp. 455 y ss.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2002: 396 a 399); GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, 1975, pp. 724 y ss.; PÉREZ ANDRÉS, A. A. (2000: 229 a 231); ROSENDE VILLAR, C. (2002: 155); SANTAMARÍA PASTOR, J. A., antes en *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, 1972 y ahora en 2010: 733-734. Concretamente sobre esta posibilidad ante anulación de planes de urbanismo, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (1996: 400) y GIFREU FONT, J. (2017a: 176).

de 23 de septiembre de 2003¹⁰³. Explicaba esta STS que “la doctrina jurisprudencial no ha sido inequívoca”. Y en el fondo confesaba, más bien, que la postura mayoritaria era la contraria a la que ella acogió y que “la tesis expuesta se aparta en cierta medida del planteamiento más tradicional de la cuestión que mantenía a ultranza la eficacia de los actos firmes dictados al amparo de una disposición de carácter general declarada nula”. Pero lo que nos interesa es saber si esta jurisprudencia innovadora de la STS de 23 de septiembre de 2003 ha tenido continuidad. Lo cierto es que no hay muchas sentencias recientes sobre lo que ahora nos incumbe. Y sólo *obiter dicta* encontramos alguna que apunta en la misma dirección¹⁰⁴.

Salvo error, los pronunciamientos más interesantes son los que ya hace más de diez años, resolvieron sobre las solicitudes de revisión de oficio de una serie de empresas sancionadas en aplicación del Reglamento de la Denominación de Origen Rioja

¹⁰³ Casación 380/1999 (Ar. 7789). Ésta es la situación que afrontó: unas empresas tuvieron que pagar unas cantidades y entregar una parcela para obtener licencia; ello porque así lo establecieron unos actos dictados de conformidad con un plan general; ese plan general fue anulado pero aquellos actos habían devenido firmes; las empresas pidieron la revisión de oficio de aquellos actos y la Administración la denegó; recurrieron y el TSJ desestimó su recurso. El TS revocó la sentencia, declaró nulos los actos que habían impuesto el pago y condenó al Ayuntamiento a devolver todo lo entregado. Entendió que, “por razones de seguridad jurídica”, el art. 73 LJCA establezca que “la declaración de nulidad radical de una disposición de carácter general no acarrea *automáticamente* la desaparición de dichos actos”. Ahora bien, que no la acarree automáticamente (que no la acarree “por sí misma”) no significa que no la pueda acarrear indirectamente; en concreto, no significa que no la pueda acarrear tras la revisión de oficio prevista para los actos incurridos en vicio de nulidad de pleno derecho por haber perdido todo fundamento al ser anulado el reglamento que aplicaron. Y dice: “Para declarar la nulidad radical de los actos administrativos dictados al amparo de una disposición general nula de pleno derecho es inexcusable la vía de la revisión de oficio de dichos actos, siendo la decisión administrativa susceptible de control jurisdiccional (artículos 102.1 de la Ley 30/1992...)”. Completó su idea tratándola de conciliar con el art. 102.4 Ley 30/1992 (idéntico al actual art. 106.4 LPAC) mediante una interpretación gramática sutil y digna de mejor causa: el “vigente artículo 102.4 de la Ley 30/1992, utiliza la expresión <<sin perjuicio>>, seguida del modo subjuntivo <<subsistan>>, que en nuestra lengua expresa una posibilidad, es decir que pueden subsistir o no, mientras que, si el legislador hubiese pretendido la subsistencia en todo caso de los actos, habría utilizado expresiones como la de *subsistiendo los actos firmes dictados a su amparo*, las de *subsistirán* o *subsisten*, evidenciadoras de una realidad y no de una mera posibilidad”. Por otro lado, añadió que esta revisión de oficio, como todas, tiene los límites que antes plasmaba el art. 106 de la Ley 30/1992 y ahora el art. 110 LPAC: “Aun cuando el acto firme, privado de la norma a cuyo amparo se dictó, careciese de cobertura en el ordenamiento jurídico, no procede declararlo nulo de pleno derecho cuando por la prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, tal declaración resulte contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

¹⁰⁴ Por ejemplo, STS de 12 de febrero de 2008 (casación 5953/2005; Ar. 1885); aunque en aplicación del art. 73 LJCA salvó de la nulidad una licencia firme dictada de conformidad con un plan anulado, añadió que ello era “sin perjuicio de la decisión que pueda adoptarse en un procedimiento de revisión de oficio y de las consecuencias indemnizatorias derivables de aquélla, conforme a lo establecido en el art. 102 Ley 30/1992... dado que la conformidad o no a derecho de la licencia urbanística quedó imprejujudada en sede jurisdiccional”. También aceptó en alguna ocasión esta revisión de oficio el Consejo de Estado. Por ejemplo, en su dictamen de 30 de noviembre de 1995 (Repertorio de Doctrina Legal 67).

ante el hecho de que, cuando las resoluciones sancionadoras habían ganado firmeza y habían sido cumplidas en su totalidad, se anuló judicialmente ese Reglamento. En todos los casos la Administración inadmitió la solicitud de revisión de oficio y en todos los casos ello fue confirmado por el TS¹⁰⁵: consideró que no cabía revisar de oficio sanciones impuestas en aplicación de un reglamento anulado judicialmente; esto es, que la sentencia que anuló el reglamento, no ya es que no comportase por sí misma la invalidez de los actos firmes que lo habían aplicado, sino que tampoco abría la posibilidad de su revisión de oficio. Y si esto lo excluyó para sanciones, que son los actos rodeados de más garantías y en los que la desaparición de su base normativa puede afectar más directamente a derechos fundamentales (art. 25 CE), con mayor razón hay que excluirlo para cualquier otro género de acto¹⁰⁶.

Ante estas vacilaciones jurisprudenciales conviene ensayar una respuesta. Además, debe tenerse en cuenta que parte de la jurisprudencia citada se elaboró antes de la LJCA cuyo art. 73 no dice lo mismo que los preceptos precedentes. Según creemos, hay factores que inclinan claramente por negar la posibilidad de revisión de oficio.

- Primero. Se dice siempre, y con razón, que el art. 73 LJCA tiene por justificación y fin la seguridad jurídica. Pero si se admitiera la revisión de oficio ese fin quedaría por completo arruinado. Es más, el art. 73 LJCA resultaría perturbador porque se perjudicaría menos la seguridad jurídica admitiendo que la anulación se declare en ejecución de la sentencia que dejando eso a procedimientos posteriores y a los ulteriores contencioso-administrativos en que se impugnase la resolución de la revisión de oficio. Es decir, que si se admite la revisión de oficio en estos casos la finalidad del art. 73 LJCA que es proteger la seguridad jurídica quedaría completamente maltrecha y ese art. 73 acentuaría más bien el peligro de inseguridad.

- Segundo. Habría que limitar la revisión de oficio a los actos firmes por consentidos. Pero quedarían excluidos los actos firmes por confirmados; esto es, aquellos que sí que fueron objeto de recurso contencioso-administrativo que no prosperó.

¹⁰⁵ Lo hizo en sus sentencias de 3 de julio de 2007 (casación 345/2005; Ar. 6606), de 18 de julio de 2007 (casación 347/2005; Ar. 7447), de 13 de diciembre de 2007 (casación 346/2005; Ar. 743 de 2008), de 18 de diciembre de 2008 (casación 344/2005; Ar. 507 de 2008), de 21 de mayo de 2008 (casación 204/2006; Ar. 5405) y de 28 de mayo de 2008 (casación 203/2006; Ar. 5420).

¹⁰⁶ Sin embargo, no puede dejar de observarse que en los casos objeto de esas sentencias se presentaban elementos complementarios que fueron tenidos en cuenta por el TS de modo que no es tan fácil sacar una conclusión definitiva para lo que nos ocupa. Así, esas sentencias se refieren a veces al hecho de las mismas sanciones habían sido confirmandas por sentencias firmes (y al correspondiente límite a la revisión de la cosa juzgada) y a que tenían otros fundamentos normativos además de reglamento anulado. Ante ello cabe dudar si la respuesta habría sido la misma sin esos otros condicionantes; es decir, si se habría mantenido pura y simplemente que el art. 73 LJCA impide revisar de oficio los actos firmes que aplicaron el reglamento anulado.

Porque en tal caso, según se suele mantener, la revisión de oficio queda excluida¹⁰⁷. Así, pues, como máximo, el “por sí mismas” del art. 73 LJCA significaría para parte de los actos firmes (los confirmados por sentencia) que no hay ninguna posibilidad de afectar a su eficacia y que para otros (los consentidos) sí, lo que cual arroja un resultado conjunto poco armonioso.

Tercero. Si, como antes hemos visto, respecto a las sentencias firmes no hay, salvo en algunos casos de las penales, ningún medio similar al de la revisión de oficio ni recursos extraordinarios que permitan impugnarlas por haber aplicado un reglamento luego anulado¹⁰⁸, aceptar que los actos administrativos firmes por consentidos que aplicaron el reglamento anulado pueden ser objeto de revisión de oficio produciría en realidad una asimetría en los resultados finales de ese precepto (unas serían sus consecuencias para sentencias y para actos confirmados por sentencia y otras para el resto de actos firmes) que no parecen racionales ni queridos por el art. 73 LJCA.

Por todo esto y por las últimas SSTS que hemos visto entendemos que cabe sostener que las sentencias anulatorias de reglamentos o planes no comportan la anulación de los actos firmes dictados en su aplicación ni “por sí mismas” ni de ninguna otra forma; que no conducen ni directa ni indirectamente a su invalidez porque no cabe contra ellos la revisión de oficio en ninguna de sus variantes¹⁰⁹. Es esto, además,

¹⁰⁷ Expresamente lo establecen los arts. 213.3 LGT y 14.1.b) TRLHL. Fuera del ámbito tributario, se llega a la misma conclusión invocando que la revisión sería contraria a la cosa juzgada. Acabada muestra de ello es la STS de 25 de noviembre de 2015 (casación 269/2014; Ar. 5411). Pero es cuestionable que haya cosa juzgada por varias razones. Sobre todo por estas: porque se estará invocando una causa de nulidad distinta de la que fue desestimada en la sentencia; porque hay un nuevo hecho relevante que precisamente consiste en la sentencia anulatoria del reglamento; porque habría dos sentencias con cosa juzgada, la que confirmó el acto y la que anula el reglamento que aplicó el acto. Además, en todo caso, la cosa juzgada de las sentencias desestimatorias sólo afecta a las partes, no a terceros, por lo que si fuesen estos los que instan la revisión de oficio, no podría oponérseles la cosa juzgada. Sobre la posibilidad o no de revisión de los actos confirmados por sentencia vid. BUENO ARMIJO, A. “La revisión de oficio”, en H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (Dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Wolters Kluwer, 2016, p. 449; SUAY RINCÓN, J. “La caracterización jurídica de la potestad de revisión de oficio”, en SORIANO GARCÍA, J. E. (Dir.), *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, 2014, II, p. 1385; y REBOLLO PUIG, M. (1998: 525). Pero incluso al margen de la invocación de la cosa juzgada, otras SSTS, como la de 13 de febrero de 2015 (casación 537/2013; Ar. 1052) niegan también la posibilidad de revisión de oficio con otro argumento: que el art. 102.1 Ley 30/1992, como ahora el art. 106.1 LPAC, se refieren a actos “que no hayan sido recurridos en plazo”. Con todo, en algún supuesto excepcional se ha admitido la revisión de oficio de actos confirmados en sentencia (así en la STS 57/2017, de 18 de enero, que reiteradamente insiste en que se basa en las características singulares del caso; casación 1469/2015; Ar. 1198).

¹⁰⁸ CARLÓN RUIZ, M. (2005: 364 y su nota 96).

¹⁰⁹ Así lo mantiene también el magistrado DE COMINGES CÁCERES, F. (2017: 57): el art. 73 LJCA “constituye un límite a la revocación de los actos de gestión urbanística y licencias firmes concedidas durante la vigencia del plan anulado, tanto por la vía de la revisión de oficio como por la del recurso extraordinario de revisión”. Y cita SSTS de Galicia en este sentido. Matizada e interesante es la postura

lo que concuerda mejor con la idea explicada antes de que el acto firme que subsiste es eficaz como si fuese válido.

Si acaso quepa matizar esta respuesta tan drástica que no se compecede del todo con el tenor literal de los arts. 73 LJCA y 106 a 111 LPAC ni arroja siempre resultados razonables. En esa línea habría que distinguir entre actos favorables y desfavorables y admitir más fácilmente que estos últimos sí que puedan ser revocados conforme al art. 109.1 LPAC¹¹⁰. Y quizá proceda aceptar que la propia Administración pueda, por iniciativa propia, combatir los actos favorables firmes que aplicaron el reglamento o plan posteriormente anulado; en concreto, por el cauce del art. 106 LPAC si se trata de actos nulos o por el del art. 107 LPAC si son anulables y realmente lesivos del interés general. Esto puede ocurrir porque habrá supuestos en que esos actos firmes sean un estorbo para la regulación (sobre todo para la ordenación urbanística vigente, la que haya revivido o la que la sustituya). Ello sin perjuicio de que, como se cuida de señalar el art. 106.4 LPAC, pueda darse origen a indemnizaciones.

Incluso aunque se admitiera que los particulares sí que pueden instar la revisión de oficio de estos actos firmes, ello estaría limitado a los casos de actos consentidos (no confirmados por sentencia) nulos de pleno derecho, nunca a los anulables porque el art. 107 LPAC sólo lo puede seguir la Administración *motu proprio*. Este límite es muy relevante porque, como ya explicamos, lo normal será la anulabilidad de los actos dictados en aplicación del reglamento anulado, no su nulidad de pleno derecho que hay que considerar excepcional.

Además, en cualquier caso, para que la revisión prospere habrá que superar los límites del art. 110 LPAC y, dado que se tratará de actos en aplicación de un reglamento que creó una apariencia de legalidad, con mucha frecuencia la revisión será contraria a la buena fe y a la equidad.

En definitiva, incluso aceptando a efectos dialécticos la revisión de oficio de los actos firmes que aplicaron el reglamento (o plan) anulado a instancia de los particulares, sería una posibilidad con muy reducido alcance práctico.

GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2017: 425 a 429): aunque no niega radicalmente la posibilidad de revisión de oficio en estos casos, aclara que ello “no significa que sea algo sencillo ni siquiera conveniente, al menos de manera generalizada”; por el contrario, afirma que “no es una solución adecuada” sino “una temeridad”. Y sobre todo destaca que los límites que impone el art. 110 LPAC se alzarán en estos supuestos para impedir la revisión de oficio.

¹¹⁰ Vid. PÉREZ ANDRÉS, A. A. (2000: 220-221 y 231).

BIBLIOGRAFÍA

AGOUÉS MENDIZÁBAL, C., “La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (Coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017.

ASIS ROIG, A. E. de, “La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición general declarada nula”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 59 (1988).

BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico común*, Iustel, 2009.

BASSOLS COMA, M., “La asimilación de los planes de urbanismo a normas reglamentarias y problemática jurídica de su anulación judicial”, en SORIA MARTÍNEZ, G. y BASSOLS COMA, M. (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017.

BELADÍEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, 1994.

BUENO ARMIJO, A., “La revisión de oficio”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Wolters Kluwer, 2016.

CALVO ROJAS, E., “Los planes urbanísticos como disposiciones de carácter general. Problemas que suscita la declaración de nulidad de los instrumentos de planeamiento. Suspensión cautelar de la efectividad de los planes impugnados en vía jurisdiccional”, *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, 2012.

CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Civitas, 2004.

CARLÓN RUIZ, M., *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Civitas, 2ª ed., 2005.

COMINGES CÁCERES, F. de, “Los efectos de la anulación judicial de un plan general. La necesaria modulación de la equiparación de planes y disposiciones reglamentarias. Propuestas de mejora del sistema”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 314 (2017).

DÍAZ GONZÁLEZ, G. M., “Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100 (2014).

DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, 2002.

ESPEJO CAMPOS, A., “Dominio público y BIC como límites a la nulidad en el ámbito urbanístico”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017.

ESPEJO MEANA, M. R., “Nulidad de reglamentos: efectos jurídico-materiales de la sentencia sobre los actos dictados en su aplicación. Comentario a la STS de 21 de julio de 1991 (Ar. 5594)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 12 (1992).

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, 2002.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., “Repercusión de la nulidad de planes y normas sobre los proyectos de expropiación”, en SORIA MARTÍNEZ, G. y BASSOLS COMA, M. (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017.

GARCÍA LUENGO, J., “La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales”, *Revista de Administración Pública*, nº 154 (2001).

GARCÍA MANZANO, P., “Terminación del procedimiento”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (Coords.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, 2ª ed., 1995.

GIFREU FONT, J., “Los efectos jurídicos de la anulación del planeamiento urbanístico sobre los actos singulares de aplicación. Especial referencia a los instrumentos de ejecución y títulos administrativos habilitantes dictados a su amparo”, en SORIA MARTÍNEZ, G. y BASSOLS COMA, M. (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017.

- “La discordancia de los títulos y fincas inscritas en el Registro de la Propiedad con la realidad urbanística derivada de la nulidad de los planes”, en SORIA MARTÍNEZ, G. y BASSOLS COMA, M. (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017.

GÓMEZ DÍAZ, A. B., “La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: entre la dogmática y la ingeniería judicial”, *Revista de Administración Pública*, nº 144 (1997).

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 14 (1977).

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, Civitas, 1975.

- “Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de vicios de procedimiento de elaboración de disposiciones generales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 9 (1976).

- *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, 3ª ed., 1998.

GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., “Invalidez sobrevenida de los actos de aplicación del planeamiento urbanístico nulo”, en SANTANA RODÍGUEZ, J. J. (Coord.), *Estudios sobre el planeamiento territorial y urbanístico*, Tirant lo Blanch, 2011.

- “El principio de especialidad como límite a la declaración de nulidad del planeamiento”, en BASSOLS COMA, M., MENÉNDEZ REXACH, A. y GIUFREU, J. (Coords.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Libro homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, INAP, 2016.

- “Límites a la declaración de nulidad de los planes”, en F. LÓPEZ RAMÓN y VILLAR ROJAS, F. (Coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017.

HUERGO LORA, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2000.

- “Los efectos en otros procesos de las sentencias no firmes que declaran la nulidad de un reglamento”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R. (Coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, 2012.

IGLESIAS GONZÁLEZ, F., “Responsabilidad patrimonial por nulidad del planeamiento”, en SORIA MARTÍNEZ, G., y BASSOLS COMA, M. (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017.

JORDANO FRAGA, J., “Efectos de la invalidez de los reglamentos en el ámbito tributario: el caso del canon de los puertos deportivos de Andalucía”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (Coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017.

LAVILLA ALSINA, L., “La revisión de oficio de los actos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, nº 34 (1961).

LÓPEZ RAMÓN, F., “La calificación de los vicios de los reglamentos”, *Revista de Administración Pública*, nº 205 (2018).

MUÑOZ MACHADO, S. y CARRO MARINA, M., “La eficacia de las sentencias no firmes (impugnación de una corriente jurisprudencial: desde la sentencia de 17 de septiembre de 2008 a la de 10 de octubre de 2011)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R. (Coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, 2012.

PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*, Iustel, 2009.

PÉREZ ANDRÉS, A. A., *Los efectos de las sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, 2010.

PLAZA GONZÁLEZ, M., “La nulidad de los instrumentos de planeamiento general y la preservación de los actos firmes dictados a su amparo”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 312 (2017).

REBOLLO PUIG, M., “Comentarios a los artículos 72 y 73 LJCA”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 100 (1999).

ROSENDE VILLAR, C., *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, 2002.

SANTAMARIA PASTOR, J. A., *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Iustel, 2010.

- “Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes”, *Práctica Urbanística*, nº 141 (2016).

SAZ CORDERO, S. del, “¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de la ilegalidad de una disposición general o acto administrativo? La anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100.

SORIA MARTÍNEZ, G., “Los efectos de la nulidad de los planes en la clasificación y el régimen jurídico del suelo y la ordenación urbanística”, en G. SORIA MARTÍNEZ y M. BASSOLS COMA (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017.

SORIA MARTÍNEZ, G., y GARBAYO BLANCH, J., “Consecuencias de la nulidad del plan sobre los contratos civiles de transmisión”, en G. SORIA MARTÍNEZ y M. BASSOLS COMA (Coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, 2017.

SUAY RINCÓN, J., “La caracterización jurídica de la potestad de revisión de oficio”, en SORIANO GARCÍA, J. E. (Dir.), *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, 2014.

TARDÍO PATO, J. A., “Los efectos ex tunc de la anulabilidad”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 184 (2017).

- “El mito de los efectos ex nunc de la anulación por anulabilidad”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (Coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017, pp. 195 a 205.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, 1996.

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, STSJ, 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, STSJ, 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), “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 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 STSJCAnt, 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.

Nuevas tendencias en materia de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo (especial referencia al derecho español)

Jaime Rodríguez - Arana

Catedrático de Derecho Administrativo

Presidente Del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- EJECUTIVIDAD DEL ACTO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. III.- CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. IV.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA NUEVA LEY CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE 1998. V.- REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

RESUMEN: La ley española de lo Contencioso Administrativo de 1998 confirmó una nueva forma de entender las medidas cautelares que la jurisprudencia y la doctrina venía demandando desde la promulgación de la Constitución de 1978, marco en el que se inscribe este trabajo. Se analiza la problemática de la interpretación constitucional de la autotutela y se estudia el nuevo papel del interés general en la funcionalidad de las medidas cautelares, con especial referencia al concepto de irreversibilidad de los daños.

PALABRAS CLAVES: Jurisdicción contencioso administrativo. Acto administrativo. Medidas cautelares. Interés general. Recursos. Daños.

ABSTRACT: The Spanish act of 1998 on the regulation of Contentious Administrative Jurisdiction provided a new way of understanding precautionary measures which the law and doctrine had been demanding since the enactment of the Constitution of 1978 that serves as the framework for this paper. This study analyses the problems involved in the constitutional interpretation of policymaking and studies the new role that public interest plays in the effectiveness of precautionary measures, making special reference to the concept of irreversible damage.

KEYWORDS: Contentious Administrative Jurisdiction. Administrative act. Precautionary measures. Public interest. Resources. Damage.

I. INTRODUCCION

La cuestión de las medidas cautelares, a día de hoy, en los inicios del siglo XXI, con una justicia administrativa lenta y que suele pronunciarse sobre la legalidad de la actuación administrativa cuando esta se ha consumado tiempo atrás, constituye uno de los temas centrales del entero sistema del Derecho Administrativo. Por muchas razones, entre otras, porque el juicio cautelar, que no es un juicio de validez, sino de eficacia, se nos presenta como un primer test sobre la eficacia del acto y su posible afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En efecto, la tensión entre eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad, que son dimensiones temporales de la eficacia, y tutela judicial efectiva, constituye el ámbito propio en el que despliegan su virtualidad operativa las medidas cautelares.

El dogma de la ejecutividad del acto administrativo, uno de los principales pilares de la construcción continental europeo del Derecho Administrativo, está siendo reinterpretado a la luz de los principios y criterios constitucionales; en especial, desde el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que, en España, como en otros países de nuestra cultura jurídica, han traído consigo una nueva dimensión de la tutela judicial efectiva: la tutela judicial cautelar.

Tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo español en un auto de 18 de julio de 2006, la razón de ser de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre desde que se inicia el proceso hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. O, lo que es lo mismo, que se pueda asegurar razonablemente la efectividad de una sentencia futura, que pueda llevarse a la práctica, como sigue diciendo el Tribunal Supremo español en el auto citado, de modo útil. Si el acto se ejecuta, desaparece su objeto, y por ello la pretensión del recurrente se desnaturaliza al igual que una eventual sentencia favorable a quien insta la medida cautelar. Si el recurso pierde su finalidad legítima, por haberse ejecutado inmediatamente el acto, sobre todo en los casos de daños irreversibles, entonces la justicia se torna ilusoria con la consiguiente desmoralización del pueblo, que empieza a perder la fe en la impartición eficaz de la justicia.

Es interesante, a estos efectos subrayar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de diciembre de 2011 cuando señala que “hay que tener en cuenta que la regulación de las medidas cautelares en la Ley obedece a la finalidad de respetar durante el proceso la tutela judicial efectiva o si se prefiere impedir que la pendencia del proceso cause situaciones irreversibles; de ahí que la doctrina jurisprudencial en relación con la adopción de medidas cautelares en el seno del proceso contencioso- administrativo se sustente en que, ante una pretensión de suspensión de actos impugnados en sede jurisdiccional (u otra medida positiva), el marco a

tener en cuenta es la propia Ley Jurisdiccional. Es decir, la clave para la adopción de la medida cautelar reside en evitar que se consoliden situaciones irreversibles, que son aquellas que, en terminología de la Ley española de 1988, hagan perder al recurso su finalidad legítima.

En efecto, la adopción de medidas cautelares, como dispone el artículo 130 de la Ley de 1998, podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto “pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Se configura éste, sigue diciendo la sentencia de 12 de diciembre de 2011, como el elemento esencial, la premisa o cuestión que ha de plantearse el juzgador a la hora de examinar la solicitud cautelar, siempre dentro del principio de congruencia. En tal sentido, el artículo 129 establece que los interesados podrán solicitar la adopción de cuantas medidas “aseguren la efectividad de la sentencia”, la cual vendrá delimitada en cada caso en relación con la pretensión deducida en el proceso que marca el límite máximo de lo que se puede conceder en la Sentencia (art. 31, 33.1, 68.1.b), 71 y 103 y ss de la LJCA, sin olvidar el art. 24 y 117.3 de la Constitución. En definitiva, en sede de medidas cautelares estamos ante problemáticas que han de plantearse y resolverse casuísticamente, esto es, en función de las circunstancias concretas que concurran de modo que no han de ser necesariamente aplicables al caso concreto algunos razonamientos o soluciones generales”.

Es decir, es tanta la trascendencia que tiene la justicia cautelar cuándo la lentitud es la característica esencial de la Administración de justicia, que en estos procedimientos se ha concentrado, aunque sea una justicia provisional, una de las principales expectativas para la obtención de resoluciones judiciales en tiempo razonable. No en vano hace años Carnelluti sentenció que la justicia cautelar se está convirtiendo en la única justicia, reflexión que debe llevarnos a construir una justicia cautelar que se mueva en el ámbito de una tutela judicial efectiva que impida las situaciones de indefensión a que podría conducirnos una perspectiva absoluta del dogma de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

En efecto, la cuestión de la renovación de viejos dogmas, expresiones de la autotutela de la Administración pública, es la consecuencia lógica de la proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre las categorías que venían inveteradamente fundando el Derecho Administrativo en el viejo continente. No se trata, pues, de desmontar el viejo sistema del Derecho Administrativo continental, sino de “aggiornar” sus basamentos a la realidad social y normativa que, obviamente, ha cambiado y mucho, especialmente en materia de derechos fundamentales de la persona. No es que la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo deban desaparecer por mor de la relevancia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que hemos de reclamar una posibilidad del control judicial de la actuación

administrativa que sea razonable que evite las situaciones irreversibles. Es decir, que la justicia administrativa, especialmente la cautelar ha de poder conocer de determinadas actuaciones administrativas antes de que se hayan consumado o ejecutado, máxime cuando nos encontremos con situaciones de irreversibilidad, con situaciones en las que el recurso contencioso administrativo pueda perder su finalidad legítima.

En este punto es menester señalar que la evolución legislativa se ha producido a golpe de sentencia, por lo que los Tribunales, y especialmente el Tribunal Supremo Español, han tenido el acierto, ya desde la interpretación de la Ley jurisdiccional de 1956, de abrir el camino que ha desembocado en la ley vigente de 1998 que, en esta materia, puede decirse que ha recogido fielmente las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales más relevantes producidas desde la aprobación de la Constitución en relación con la proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sobre los principios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos. Así lo ha puesto de manifiesto la exposición de motivos de la Ley de 1998 y así lo ha demostrado la centralidad de los derechos fundamentales en su proyección sobre el entero sistema del Derecho Administrativo.

El problema fundamental estriba, como veremos a continuación, en que el privilegio de la ejecutividad no puede operar al margen de la tutela judicial efectiva, por lo que el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de noviembre de 2003 señaló que “en el proceso administrativo, la justicia cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de la Administración, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 CE (“los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”), así como el 153.6 CE (“El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: (...), por la jurisdicción contencioso – administrativa, el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias”), y, en último término, respecto de la legislación delegada, el artículo 86.2 CE (“Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”).

El principio de la tutela cautelar, derivación de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, se nos presenta como límite infranqueable a la ejecutividad administrativa, por lo que las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias o excepcionales sino que, como ha señalado la propia exposición de motivos de la Ley de 1998 y afirma el Supremo en esta capital sentencia de 10 de

noviembre de 2003, se convierten “en instrumento de la tutela judicial ordinaria”, adquiriendo así una perspectiva constitucional que sitúa estas medidas en el ámbito del denominado Derecho Administrativo Constitucional.

Por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre y 2 de febrero de 2007, señalan que “con la nueva regulación concluye el monopolio de la medida cautelar de suspensión, perfilándose un sistema de “*numerus apertos*”, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo”. Las medidas cautelares no son excepciones, son facultades, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2002, que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario. Y será necesario cuando la ejecución del acto pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima. Esta es la nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el marco constitucional, una funcionalidad que se inserta en una justicia lenta que poco a poco, aunque no debiera ser así, va sustituyendo una justicia definitiva sobre la validez que llega muy tarde, y a veces en malas condiciones, por una justicia provisional, cautelar, que se centra en los efectos del acto en relación con la irreversibilidad del daño producido y con la naturaleza de la incidencia que pueda tener en el interés general.

En este sentido, como ya hemos indicado, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006 señala que la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra, como estableció ya el Tribunal Supremo del Reino de España por sentencia de 22 de julio de 2002, en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento firme suponga la pérdida de finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba anteriormente el artículo 122 de la ley de 1956, y como hoy dice expresivamente el artículo 129 de la ley jurisdiccional de 1998, asegurando la efectividad de la sentencia. Por ello, sigue diciendo esta sentencia, 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 manera útil. Sería inútil si es que el acto ya se ejecutó o si es que su conocimiento lesiona la tutela judicial efectiva. No digamos si es que la sentencia provoca o produce indefensión, situación que no es sólo exclusiva del accionar administrativo, también puede ocasionarse, aunque es más difícil, por el propio poder judicial a través de sus resoluciones.

Hoy, tras la ley de 1998, las medidas cautelares “podrán acordarse – dice el artículo 129.2 – únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Criterio que parece traer causa del artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 y

de la doctrina recogida en el auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, en el que se proclama el derecho a la tutela cautelar; y, por supuesto, de la sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, que establece que “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”. Ahora bien, junto a este presupuesto es menester que la ponderación circunstanciada de los intereses en juego así lo aconseje.

La doctrina sentada en la sentencia *Factortame*, que introduce en el Derecho español el famoso auto de 20 de diciembre de 1990 del Tribunal Supremo, ponencia del profesor González Navarro, ha sido glosada, para el tema que ahora nos ocupa, por una sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003. En dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo, siguiendo su jurisprudencia, entiende que parece como una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a una tutela judicial cautelar por fuerza del principio del derecho que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón. Entiende también el Supremo español que esta tutela cautelar trata de evitar la frustración de una sentencia final, ya que de lo contrario, la obtención futura y dilatoria del reconocimiento de su previsible razón, no supone una entera satisfacción de sus legítimas pretensiones, aunque posteriormente fuera resarcido en sus daños o perjuicios.

Este principio del Derecho Comunitario nos lleva a cuestionarnos hasta que punto en el análisis de la medida cautelar, aunque no es posible entrar en el fondo, en la cuestión de validez del acto norma recurrida, no es posible que el juzgador realice determinadas reflexiones en orden a analizar la consistencia o solidez de la razón que asiste a quien solicita la cautelar, reflexiones que de alguna manera sean inescindibles, inseparables, del juicio o test de legalidad.

Como es sabido, la preocupación por las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha cobrado un especial relieve en este tiempo debido, en gran parte, a su consideración como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución. Derecho que, como hemos comprobado, es de construcción jurisprudencial a partir de la introducción en nuestro Derecho de la doctrina *Factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de julio de 1990.

El caso es que la tutela judicial efectiva de carácter cautelar se ha convertido en un hecho cotidiano en los Tribunales contencioso-administrativos españoles, actuando como un mecanismo para asegurar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva y como remedio para que ésta, llegada a su ejecución, no sea inútil.

En efecto, la potestad de los Jueces y Tribunales de adoptar medidas cautelares responde, como ha señalado el Tribunal Constitucional, “a la necesidad de asegu-

rar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional” (sentencia 218/1994) evitando que un posible fallo a favor de la pretensión “quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversibles de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento” (sentencia 218/1994). Esta es, en mi opinión, la clave del tema, evitar que se consoliden situaciones irreversibles que, obviamente, la indemnización “a posteriori” puede no restaurar. Para evitar que la ejecutividad genere supuestos de “irreversibilidad”, se somete a control judicial para que su entendimiento y aplicación se realice en el marco constitucional que dibuja el artículo 24.1. Esta referencia a la irreversibilidad, nudo gordiano de la materia que vamos a examinar, también puede colegirse sin especial dificultad de la línea argumental mantenida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo durante la vigencia de la Ley de 1956 tal y como tuve ocasión de estudiar, van a hacer ahora casi treinta años en mi tesis doctoral precisamente sobre la suspensión del acto administrativo en vía contencioso administrativa, entonces -1986- la única medida cautelar prevista en nuestro Ordenamiento jurídico.

El profesor García de Enterría, que ha estudiado a fondo esta cuestión, señala como auténtico hito de esta evolución el citado auto del Supremo de 20 de diciembre de 1990, en el que el ponente, Profesor González Navarro, configura un genuino derecho a la tutela cautelar, que se corresponde con un deber, por parte de la Administración y de los Tribunales, de acordar la medida cautelar que resulte necesaria para asegurar el contenido de la resolución que finalmente se adopte. En este sentido, el Tribunal Supremo – auto de 20 de diciembre de 1990 - señalaba lo siguiente interpretando, por elevación, el antiguo artículo 122 de la Ley de 1956, precepto que en el régimen anterior sólo preveía la suspensión como medida cautelar única:

“los estrechos límites del artículo 122 de la LJCA tienen hoy que entenderse ampliados por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución, derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar”.

Estas aproximaciones, realizadas durante la vigencia de la ley jurisdiccional de 1956, prepararon el terreno para que la ley de 1998 dedicara al tema de las medidas cautelares nada menos que un capítulo: el capítulo II del título VI de la ley a través de los artículos 129 a 136.

El articulado que diseña el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares en la Ley de 1998 responde a lo dispuesto en su exposición de motivos cuándo reconoce que “el espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas caute-

lares posibles y determina los criterios que han de servir de guía en su adopción”. El legislador, pues, se limita a registrar lo que la jurisprudencia y la doctrina han venido señalando tiempo atrás en orden a disponer de una justicia cautelar de mayor calidad, para, desde el entendimiento de que esta modalidad de Justicia forma parte integrante del principio de tutela judicial efectiva, señalar que, estas medidas en modo alguno son una excepción, sino que, por el contrario, se nos presentan “como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que sea necesario”.

La doctrina está de acuerdo en situar como un elemento clave a la hora de tratar el fundamento de las medidas cautelares en general, el problema de la lentitud en la resolución de los procesos jurisdiccionales. El artículo 24.2 de nuestra Constitución afirma claramente que “todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...” por lo cual el retraso desproporcionado en la resolución de los procedimientos supone una grave conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de nuestra norma suprema. Así, además, lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 26/1983, al afirmar que “desde el punto de vista sociológico y práctico puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva”.

Básicamente, lo que se pretende es que la duración del procedimiento no altere el equilibrio inicial de fuerzas entre las partes. En otras palabras, el principio de efectividad de la tutela judicial recogido en el artículo 24.1 de la Constitución reclama que el control jurisdiccional que ampliamente traza su artículo 106.1 haya de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. Y dada la duración del proceso, el control judicial sobre la ejecutividad ha de adelantarse al enjuiciamiento del fondo del asunto. La armonización de las exigencias de ambos principios da lugar a que la regla general de la ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto para evitar que pueda dar lugar a situaciones de indefensión, situaciones claramente prohibidas por la propia Carta Magna en su artículo 24.

El Tribunal Supremo ha construido recientemente, a partir de los preceptos que el legislador de 1998 dedica a esta materia un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136) con siete notas o características (sentencias de 13 de junio de 2007, de 6 de febrero de 2007, de 21 de junio de 2006, de 30 de noviembre de 2005 o de 14 de octubre de 2005):

En primer lugar, la regulación de las medidas cautelares en el orden judicial contencioso administrativo constituye un sistema amplio, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado, al especial de protección de derechos fundamentales de la persona. Las medidas cautelares pueden adoptarse respecto de actos y de normas, si bien en relación con las disposiciones generales sólo cabe la tradicional medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales

(artículos 129.2 y 134.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998). Respecto a la supresión de la especialidad que tenía la suspensión del acto en punto al procedimiento especial de derechos fundamentales, mi juicio es francamente negativo puesto que si tanto predicamos la centralidad de los derechos fundamentales de la persona, resulta que el sistema anterior de suspensión automática como regla salvo que el abogado del Estado acreditara un perjuicio grave al interés general parecía congruente con esa posición medular en el sistema jurídico. Ahora, al seguir las medidas cautelares en este procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona el régimen general, resulta que esa centralidad queda diluida, desnaturalizada.

En segundo lugar, las medidas cautelares se fundamentan en un presupuesto claro: el denominado tradicionalmente “*periculum in mora*”, ahora bajo el rotulo de la irreversibilidad, es decir, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que acontece cuando el daño ocasionado por la actuación administrativa recurrida es imposible de reparar razonablemente. Supuesto que se produce de ordinario cuando el acto se ejecuta antes de la sentencia, algo muy frecuente en un universo en el que prima, a veces de manera irracional, el dogma de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos. Por eso, el artículo 130.2 de la vigente ley jurisdiccional dispone que procederá “únicamente” la medida cautelar cuando “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Sin embargo, no es cierto que sea este el requisito o presupuesto único porque, como ahora señalaremos, es necesaria la concurrencia de otro elemento.

En tercer lugar, efectivamente, como parámetro o contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, como reconoce el Tribunal Supremo, al mismo tiempo, una detallada ponderación del interés general o de tercero. Tal ponderación o valoración jurídica habrá de realizarse en relación con el propio “*periculum in mora*”. En el mismo sentido, el propio artículo 130.2 de la vigente ley establece que, no obstante, la concurrencia del “*periculum in mora*”, “la medida cautelar podrá denegarse cuándo de esta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”. Ambos criterios, insisto, han de darse conjuntamente a través de una ponderación circunstanciada, como también dice la ley, de los intereses y de las consecuencias de la ejecutividad de la actuación administrativa.

En cuarto lugar, desde una perspectiva procedimental se apuesta por la motivación de la medida cautelar, lo cual es muy saludable y conveniente al sistema de justicia administrativa en el que cada vez la justicia cautelar tiene un papel más relevante. La motivación de la medida cautelar, como señala certeramente el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de octubre 2005, una de las más recientes, es consecuencia de la ponderación de los intereses en conflicto; así en el artículo 130.1.^a se exige para

su adopción la previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, expresión que se reitera en el artículo 130.2 “in fine”, al exigir igualmente una ponderación en forma circunstanciada de los citados intereses generales o de tercero. Tal operación jurídica de ponderación implica una argumentación racional acerca de la incidencia de la cautelar en el interés general y de la previsibilidad de que la ejecución de la actuación administrativa pueda hacer la finalidad legítima al recurso. Es decir, su racionalmente se puede deducir una posible situación irreversible que haría inútil la interposición del recurso contencioso administrativo.

En quinto lugar, tal y como dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007, con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de “*numerus apertos*”, entre las que, sin duda se encuentran las de carácter positivo. En este sentido, el artículo 129.1 de la vigente se remite a cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Medidas que pueden ser de orden positivo y que pueden adoptarse en relación con actos negativos de la Administración pública, tal y como en este último caso previene, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2001.

Por lo que se refiere al ámbito temporal de las medidas, la nota sexta subraya que la solicitud de las medidas cautelares podrá llevarse a cabo en cualquier estado del proceso (artículo 129.1 de la vigente ley con la excepción del número 2 para las disposiciones generales), extendiéndose en cuanto a su duración, hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley (artículo 132.1 de la vigente ley de la jurisdicción contencioso administrativa), contemplándose, no obstante, su modificación por el cambio de circunstancias.

Y, finalmente, en séptimo lugar, como correspondencia a la apertura de las medidas cautelares del nuevo sistema, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse las medidas que sean necesarias para evitar a paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (artículo 133.1 de la ley de 1998), añadiéndose, además, que la misma podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho (artículo 133.3 de la ley jurisdiccional contencioso administrativa de 1998).

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 14 de octubre de 2005, además de la doctrina expuesta, cita jurisprudencia abundante para concluir que el adverbio “únicamente” del artículo 130.1 de la vigente ley debe interpretarse teniendo en cuenta una doble referencia: “valorando no solo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la

medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada”.

Además, el Tribunal Supremo, por ejemplo, sentencia de 6 de febrero de 2007, extrae tres conclusiones de la exégesis del artículo 130.1 de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 que vale la pena exponer:

“a) La adopción de la medida exige de modo ineludible que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

b) Aún concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga siempre a considerar un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cautelar al interés general o al de un tercer afectado por la eficacia del acto impugnado.

c) En todo caso, el juicio de ponderación que al efecto el órgano jurisdiccional ha de realizar ha de atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada”. Irreversibilidad y grave afectación al interés general o de tercero afectado han de integrarse armónicamente para que prospere la medida cautelar.

He aquí, pues, un diseño acabado del sistema cautelar del derecho español en el orden contencioso administrativo. Ahora corresponde, una vez establecido el contorno jurídico de la institución, analizar algunos elementos que ayuden a entender este completo sistema que el Tribunal Supremo español ha caracterizado con rigor y precisión.

II.- EJECUTIVIDAD DEL ACTO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: DE LA LEY DE 1956 A LA DE 1998

Como es sabido, la Ley Jurisdiccional de 1956, en consonancia con el momento y las circunstancias históricas que presidieron su nacimiento, partía de una consideración general del efecto no suspensivo de la interposición de recursos en vía judicial contenciosa, contra actos o disposiciones administrativas. Frente a este principio, se contemplaba la sola excepción de que la ejecución de actos o normas pudieran causar perjuicios de reparación imposible o difícil, en cuyo caso el Tribunal, a instancia del interesado, podría acordar la suspensión. Este es, en esencia, el contenido del viejo

artículo 122 de la ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1.956, cuya exposición de motivos se situaba, sin embargo, un paso más allá de la propia regulación que interpretaba, al señalar que, a la hora de declarar la suspensión, se deberá ponderar en qué medida el interés público la exige. De igual modo, en relación con la dificultad de la reparación, dicha exposición de motivos afirmaba que no cabía excluirla, sin más, por el hecho de que el daño fuese evaluable económicamente. Es decir, el legislador tenía claro que los intereses en juego, especialmente el público, debían modular el régimen demasiado estricto del presupuesto de la irreparabilidad o difícil reparación.

Desde este punto de partida -que, como hemos visto, apuntaba en su propio nacimiento, unas interesantes posibilidades interpretativas- se edifica la construcción doctrinal y jurisprudencial sobre las medidas cautelares en general y la suspensión en particular que, tiene, en su evolución, un antes y un después de la Constitución de 1.978.

En efecto, podemos, en primer lugar, identificar un progresivo debilitamiento del requisito de la imposible o difícil reparación de los daños, como elemento central del sistema, que parte, como hemos señalado, de la propia ley jurisdiccional de 1956. Del carácter vertebrador de este requisito de la dificultad de la reparación se ha señalado, con acierto, que desviaba la atención hacia un problema que no era el fundamental, ya que lo realmente decisivo es la protección de los bienes jurídicos en presencia en el caso concreto, mediante una solución de justicia material.

Se ha querido, también, buscar la causa de esta interpretación exclusivamente centrada en la dificultad o imposibilidad de reparación en la propia -e inadecuada-redacción del párrafo 2º del artículo 122 de la ley de 1956 y en el paralelo desconocimiento del contenido de la exposición de motivos, a cuyas posibilidades interpretativas ya hemos aludido y que, ciertamente, sólo al final de la vida de esta ley se le supo sacar toda la virtualidad que encerraba.

Pues bien, sobre estos presupuestos, la jurisprudencia se situó, en el momento inicial de la aplicación de la Ley de 1956, en una posición marcadamente favorable a la preeminencia de el principio de ejecutividad de los actos, denegando prácticamente como regla toda suspensión cuyo posible daño fuera evaluable económicamente, desoyendo, por otra parte, la propia exposición de motivos de la ley.

Ahora bien, esta posición inicial fue progresivamente matizada al socaire de la realidad constitucional que, a partir de 1.978, marcó una consideración nueva de las medidas cautelares y, entre ellas, de la suspensión, al entrar en relación ejecutividad y ejecutoriedad de la actuación administrativa con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. Es, ésta, una de las consecuencias de la proyección

de un orden jurídico nuevo sobre unos cimientos viejos que precisaban de una tarea a fondo de remozamiento, rehabilitación y reconstrucción.

Efectivamente, el criterio de la reparación económica -y de su presupuesto: la evaluación de los daños- no podía ser considerado de manera absoluta, más bien requería de una solución valorativa caso por caso. A partir de aquí, la jurisprudencia entendió que el precepto del artículo 122 de la Jurisdicción de 1956 encerraba un concepto jurídico indeterminado, necesitado de ser traducido conforme al conjunto de circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto. Casuismo que, unido a la citada, aunque tardía incorporación del texto de la exposición de motivos de la Ley de 1956 como elemento hermenéutico de primer orden, invitaba claramente a valorar los intereses implicados para decidir otorgar o no la suspensión. Tarea de ponderación que, sin embargo y como ya hemos advertido, es uno de los criterios determinantes que la Ley de 1998 establece para la procedencia o no de la medida cautelar.

El Tribunal Supremo español ha tenido ocasión de llamar la atención sobre la necesidad de obrar en este tema de acuerdo con el caso concreto, recogiendo una vieja jurisprudencia que más que negar la virtualidad de los principios, los fortalece puesto que el caso concreto ha de ser analizado jurídicamente en el marco de la legalidad y de los principios generales del Derecho. Al casuismo en materia de medidas cautelares se han referido, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007, de 21 de junio de 2006 o de 21 de marzo, puesto que la proyección de los criterios que establece la ley de 1998 para pronunciarse si procede o no la medida cautelar de que se trate ha de hacerse en el caso concreto y éste, la realidad, en muchas ocasiones revela o no la propia aplicación de los principios o criterios previstos en la ley. Casuismo integrado en los principios y, por supuestos, principios aplicados a la realidad.

A partir de la Constitución de 1978 el criterio de la irreparabilidad de los daños deja de ser, al menos en apariencia, el eje sobre el que pivota la suspensión de la ejecución del acto recurrido, entonces la única medida cautelar prevista en la ley. La necesidad de la solución justa en cada caso trajo como lógica consecuencia la necesidad de ponderar los intereses en conflicto, teniendo muy en cuenta la incidencia del interés público. Y, en este punto, la combinación del criterio de los daños y la incidencia del interés público fue calificada por el Tribunal Supremo de “interpretación auténtica” del artículo 122 de la Ley de 1956, abriendo las puertas a la nueva regulación que hoy contempla el Derecho vigente.

Una nueva nota vino a completar este debate. En efecto, en el mismo sentido de la ponderación de intereses se pronunció la regulación del procedimiento de amparo constitucional en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que estableció que,

en materia de suspensión en esta vía, la Sala suspenderá el acto cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad y, a sensu contrario, podrá denegarse la suspensión solo cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales. Regulación, insisto, que hasta literalmente recoge el legislador de 1998.

Poco a poco, pues, como fruto de la labor del Tribunal Supremo basada en la cantidad y la calidad de sus autos relativos a la posibilidad de suspender actos recurridos, fue viendo la luz una nueva interpretación del artículo 122 de la Ley de 1956 en la que el criterio de la irreparabilidad o difícil reparación fue sustituido por la concepción de la “irreversibilidad” -que permite una más amplia tutela judicial- adquiriendo la ponderación del interés público en presencia, a partir de la consideración de lo expuesto en la exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional de 1956, un notable protagonismo. Hoy, la jurisprudencia más reciente entiende que el presupuesto fundamental que habilita la adopción de la medida cautelar es precisamente que el recurso pierda su finalidad legítima, lo que acontece de ordinario cuando se consuman situaciones “irreversibles” (sentencias de 27 de julio de 2005, de 8 de julio de 2005, ambas del Tribunal Supremo). Situaciones, insisto, como también reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que han de integrarse en el marco de la ponderación de los intereses en conflicto, especialmente en relación con la incidencia de la medida cautelar en el siempre relevante interés público.

Realmente, si la ejecutividad se fundamenta en razones de interés general, no parece muy aventurado pensar que la suspensión, o la medida cautelar de que se trate, pueda jugar cuando no haya interés público grave en la ejecución del acto o norma. Sabemos que el conflicto de intereses es frecuente en estos casos. Pero sabemos, también, que los principios constitucionales concretados en la “vis expansiva” de las libertades públicas y los derechos fundamentales deben abrirnos las puertas de la solución. La reciente jurisprudencia también se ha ocupado de este tema, por ejemplo, en las sentencias de 7 de noviembre de 2007, de 21 de junio de 2006 o de 18 de mayo de 2004.

No debe, sin embargo, asimilarse un progresivo aumento de la operatividad de las medidas cautelares con un paulatino debilitamiento de la ejecutividad. Más bien, por situar la polémica en los que entiendo son sus justos términos, es menester señalar la necesidad de integrar la ejecutividad en el marco constitucional en que discurre la Administración Pública. La ejecutividad debe, por tanto, entenderse precisamente en clave constitucional. Y, en esta línea, lo relevante es, como queda señalado, que el enjuiciamiento de dicha ejecutividad garantice la tutela cautelar que la Constitución hace nacer del principio del artículo 24.1 de nuestra Carta Magna.

En este sentido sí me parece interesante citar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987, según la cual, la potestad ejecutoria de la Administración, legalmente reconocida, no puede considerarse, en modo alguno, como opuesta a la Constitución, sino, muy al contrario, como desarrollo necesario del principio de «eficacia con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» que proclama el art. 103 de la Carta Magna. Ahora bien, que esto sea así, no quiere decir, ni mucho menos, que la tutela cautelar introduzca fuertes límites a la posición institucional de una Administración que ya no dispone de la ejecutividad. Más bien, de lo que se trata es de situar a la ejecutividad en el marco de la Constitución, tarea que reclama seriamente evitar que tal propiedad de los actos administrativos produzca situaciones de indefensión, situaciones prohibidas por la Carta Magna. Es decir, lo que a mi juicio no es compatible con la Constitución es una versión radical, absoluta, del privilegio de autotutela. La autotutela constituye un poder público que debe operarse en el marco de la Constitución, lo que quiere decir que también la tutela judicial efectiva, la interdicción de la arbitrariedad y la prohibición de la indefensión deben integrarse como elementos del ejercicio de dicha potestad.

A partir de aquí, y a pesar de que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional o en la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de 1978 se haya invertido la regla general de la no suspensión como efecto de la interposición del recurso, no debe deducirse que la suspensión deba ser la regla general ya que esta regulación no es más que la consecuencia de que, en determinados presupuestos -protección de libertades públicas hasta 1998 o sanciones administrativas- el Derecho se ajusta a la propia realidad y naturaleza de las cosas. Hoy, con la ley jurisdiccional de 1998 en la mano, como ya he señalado, el régimen de las medidas cautelares en los supuestos del procedimiento especial en materia de derechos fundamentales son las ordinarias, habiéndose terminado, desafortunadamente el régimen de la suspensión como regla salvo que se acredite el perjuicio grave al interés público. Aquí ha prevalecido el funcionalismo sobre la centralidad de los derechos fundamentales, ha prevalecido un exceso de realismo sobre la fuerza jurídica que deben tener los derechos fundamentales de las personas.

Como punto final a la construcción jurisprudencial que venimos describiendo, debemos situar el juego de la interrelación entre la ejecutividad y la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. Frente a quienes vieron en esta relación la necesidad de interpretar de modo distinto -cuando no de vaciar completamente de contenido- la regulación de la ley jurisdiccional de 1956, parece afirmarse una postura más razonable y equilibrada, según la cual, la protección de los derechos fundamentales -en especial del derecho a la tutela judicial efectiva- se satisface haciendo que la ejecutividad de los actos administrativos pueda ser sometida a la decisión de

un Tribunal y que éste, con la información y los instrumentos propios del principio de contradicción, resuelva en Derecho.

Sin ánimo de realizar una exposición exhaustiva de la evolución jurisprudencial bien difundida y conocida en esta materia- sí quisiera llamar la atención sobre algunas resoluciones judiciales que ilustran la evolución que hasta aquí hemos comentado, trabajando en este caso también con la interesante y evolutiva jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Efectivamente, la jurisprudencia ha sido la responsable de incorporar una nueva aproximación de las medidas cautelares, antes de 1998 la suspensión, mediante la cual éstas, o ésta según el tiempo en que nos situemos, dejó de ser un mero mecanismo excepcional, para convertirse en una pieza central del sistema de garantías consagrado en la Constitución, tal y como, por ejemplo, ya lo sabemos, ha registrado la exposición de motivos de la ley jurisdiccional de 1998. El nuevo camino no es ya la protección radical del interés público, sino la lógica constitucional de garantizar la plena eficacia de la decisión judicial sobre el conflicto, que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con las exigencias ponderadas de la ejecución del acto en su conexión con el propio interés general

En esta línea, el auto del Supremo de 2 de noviembre de 1993, califica de provisionálísimas las medidas que adopta (comunicación telemática a la Administración de que se abstenga de adoptar medida alguna en tanto no recaiga resolución sobre la suspensión solicitada) que, evidentemente, no tienen su base en la regulación de la Ley de 1956, si no en otras normas (este caso en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el auto entiende supletoria). El auto realiza una sutil distinción entre la suspensión de la eficacia del acto recurrido y la demora de su materialización, impuesta por el Tribunal sobre la base de la necesidad de garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Este pronunciamiento no puede hoy considerarse como doctrina extendida en sede judicial. Es más, continuaron siendo mayoría los autos en los que el Tribunal Supremo se “ceñía” a la letra de la Ley de 1.956, para interpretar la necesidad de suspender la eficacia de los actos recurridos.

Hoy, tras la redacción del artículo 135 de la ley de 1998, las medidas provisionálísimas tienen especial relevancia cuando la naturaleza del caso lo permita.

La suspensión ha sido tradicionalmente, como hemos indicado, la única medida cautelar regulada en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, respondiendo a una necesidad actual por alejar el temor o peligro de un daño futuro, lo que hace aconsejable mantener el estado o situación que tienen las personas, cosas o derechos en el momento en que se solicita la medida, en el que no puede decidirse si el derecho esgrimido existe, y por ello si el sujeto activo lo ostenta frente al sujeto pasivo. Mientras tanto, los ciudadanos tienen derecho a que se respete su situa-

ción actual, porque han solicitado la tutela de los Jueces y Tribunales, ejercitando un derecho proclamado en la Constitución (artículo 24), tutela que no solamente ha de entenderse referida a una sentencia fundada que ponga fin al proceso, sino también ha de ser interpretada en el sentido de obtener una tutela cautelar, que se eleva así la condición de derecho.

III. CARACTERIZACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares, como es sabido, presentan una serie de caracteres que suscitan el consenso doctrinal y entre las que pueden citarse las siguientes: instrumentalidad, homogeneidad, temporalidad y provisionalidad, variabilidad y jurisdiccionalidad.

La instrumentalidad se refiere a que las medidas cautelares son únicamente concebibles en virtud de la interposición de un recurso contencioso-administrativo, recurso que ha dado lugar al proceso y al hecho de que lo que se persigue es el mantenimiento de la situación inicial; es decir lo que el particular pretende es que las cosas vuelvan a su estado originario. Esta instrumentalidad aparece reconocida en el artículo 129 de la nueva Ley, del que se infiere que las medidas cautelares dependen siempre del proceso principal, como lo subraya el hecho de que es competente para conocer de la pretensión el mismo órgano que conozca del proceso principal y asimismo se da identidad de partes con el proceso principal. Asimismo, la medida cautelar es instrumento de la resolución definitiva, teniendo por finalidad permitir su ejecución y estando subordinada a ella. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/1993 “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal”

Al respecto de la homogeneidad, se puede señalar que las medidas que anticipen en parte o provisionalmente efectos de la sentencia responden a la función de asegurar la efectividad de la misma; lo que supone algo más que asegurar la ejecución, dado que implica también proteger aquélla frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como titular del derecho. Aquí aparece la cuestión relativa a si la medida cautelar supone un test previo de la legalidad del acto o norma; cuestión que debe rechazarse por ser contraria, dicha posibilidad, a la naturaleza jurídica de la medida cautelar. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es bien clara tal y como, por ejemplo, podemos deducir de las sentencias de 7 de noviembre de 2007 o de 18 de mayo de 2004. En esta última resolución judicial se afirma con toda claridad que si la medida cautelar anticipa el fallo sobre el fondo se desnaturaliza su

función propia, suponiendo una extralimitación del contenido propio de la medida cautelar.

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal. La nota de la provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que dicha sentencia tarde en obtenerse.

Esta provisionalidad aparece muy claramente en dos casos: las medidas “in-audita parte debitoris” del artículo 135 de la vigente ley y en los supuestos de impugnación de inactividades administrativas o de actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho que el artículo 136.2 de la ley de 1998 permite solicitar antes de la interposición del recurso para evitar la producción de daños irreversibles que harían que la medida perdiese su finalidad de instarse una vez iniciado el proceso. En los casos de las medidas provisionales, la clave reside en acreditar la existencia de causa objetiva de urgencia para proceder de acuerdo con este excepcional régimen. Y, en los supuestos de inactividad, ha de justificarse suficientemente que la posición jurídica de inactividad en verdad ocasiona situaciones irreversibles y contrarias al interés general.

Con la nota de la variabilidad se quiere indicar que la permanencia o modificación de la medida cautelar esta siempre condicionada al mantenimiento de los presupuestos que justificaron su adopción.

La medida cautelar podrá ser reformada, si se producen modificaciones en el estado de los hechos respecto de los cuales la medida fue adoptada, y en el supuesto en el que no fuera otorgada cuando se solicitó, se podrá volver a pedir siempre que se haya producido un cambio de las circunstancias anteriores.

Esto es lo que establece el artículo 132.1 de la nueva Ley, el cual partiendo de la cláusula “rebus sic stantibus” afirma que las medidas cautelares podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hayan adoptado. Como ha señalado el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, es menester, para que proceda la modificación de la medida, acreditar que se ha producido un verdadero cambio de situaciones fácticas o una situación sobrevenida a la existente al dictar la pertinente medida cautelar.

Esta manifestación de la “potestas variandi” de la Administración pública, se basa en una alteración del equilibrio de intereses en el que se fundamenta la adopción de la medida o en la propia desaparición sobrevenida de la necesidad de su existencia para garantizar la decisión final del proceso. Ahora bien, esta “potestas variandi” está sometida a las limitaciones establecidas en el artículo 132.2 de la Ley, ya que las medidas no podrán modificarse o revocarse en función de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de la cuestión litigiosa, ni tampoco en razón de la modificación de los criterios de valoración que el órgano jurisdiccional aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Estas dos excepciones pretenden evitar que la modificación de la medida pueda parecer que se trata de una pura decisión subjetiva completamente desvinculada de la aparición de nuevas circunstancias que deberán ser alegadas por las partes. En definitiva, las medidas cautelares no producen el efecto de cosa juzgada y son, por ello, modificables siempre que se produzca una variación de las circunstancias de hecho.

En cuanto a la jurisdiccionalidad, puede señalarse que está implícita en las notas anteriores puesto que significa que la adopción de la suspensión compete al órgano jurisdiccional que este conociendo el proceso principal ya que, según dispone el artículo 117.3 de la Constitución española de 1978, solo a los órganos jurisdiccionales les corresponde el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La nueva Ley, pues, pone de manifiesto el insuficiente tratamiento que las medidas cautelares recibían en la anterior regulación, regulación que fue ampliamente desbordada por la jurisprudencia y la práctica procesales, tal y como hemos señalado anteriormente

La Ley jurisdiccional de 1998 actualiza la regulación anterior en cuestiones tales como el establecimiento de una regulación común a todas ellas, cualquiera que sea su naturaleza o la ampliación de los tipos de medidas posibles.

La Ley opta así por una cláusula abierta que permita adoptar en cada caso concreto la medida que sea idónea para cumplir su función de garantía de la efectividad de la tutela judicial que se solicita. La Ley ha seguido así el criterio del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconociendo un genérico derecho a solicitar cualquier medida cautelar y no establece límites de ninguna clase ni en cuanto al tipo de medida que puede solicitarse y adoptarse ni en cuanto a los supuestos de hecho frente a los que procede su adopción ni tampoco en cuanto a los efectos que estas medidas puedan tener, optando por un régimen de gran flexibilidad, con dos únicos límites en los artículos 130.2 y 133.1, a los que me referiré posteriormente.

En efecto, el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de octubre de 2003 ha señalado que “el carácter innominado de las medidas cautelares autorizadas por la ley

29/1998 permite que puedan adoptarse cualesquiera disposiciones de orden cautelar que sean proporcionadamente adecuadas al fin de garantizar la eficacia de la sentencia dictada (artículo 129.1), aún cuando no se trate de la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado”. Además, la referencia genérica de la Ley, sigue diciendo el Supremo, debe entenderse también como una remisión a las leyes que contemplan medidas específicas, en cuanto puedan considerarse expresión de los criterios de “*periculum in mora* y *fumus boni iuris*”

En este sentido, la innominatividad de las medidas cautelares resulta ser muy importante para el administrado, acorde con el artículo 24 de la Constitución y en consonancia con una concepción del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cada vez menos revisor y más tendente a conocer del conjunto de pretensiones que puedan suscitarse frente a la actuación u omisión de la Administración. La jurisdicción contencioso – administrativa ha pasado de ser sólo revisora de un acto previo a centrarse en la protección jurídica de los derechos en juego, haya acto o haya omisión de la Administración pública.

Así, entre las medidas anteriormente no previstas y que ahora quedarían cubiertas con la nueva regulación, pueden citarse las condenas cautelares de hacer o no hacer, las medidas consistentes en la provisión anticipada de una deuda en caso de negativa injustificada de la Administración o la anotación preventiva de demanda sobre bienes inmuebles en materias urbanísticas.

Es interesante tener en cuenta la argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de junio de 2014 para acceder a una cautelar positiva, escolarizar en castellano a un alumno en Cataluña, a partir del *fumus boni iuris*: “La necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón. Este principio, que resume la doctrina del “*fumus boni iuris*”, y que se enuncia desde la conocida Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, que asume este Tribunal Supremo, desde el Auto de esta Sala de 20 de diciembre de 1990, tiene cabal aplicación en este caso, en el que se acude al proceso para que se reitere lo que ya han acordado los Tribunales en asuntos idénticos anteriores. Es decir, para que se aplique al caso concreto una jurisprudencia ya consolidada y uniforme nacida para casos iguales al examinado. Y si bien es cierto que la Ley de la jurisdicción no hace expresa referencia al criterio del “*fumus boni iuris*”, sin embargo, la jurisprudencia ha limitado su aplicación, al amparo del artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria en esta jurisdicción según la disposición final primera de la Ley de la Jurisdicción, a los supuestos más evidentes como la nulidad plena declarada por sentencia anterior, o como la existencia de un criterio uniforme y reiterado al respecto. Tal como venimos declarando que sucede en el caso examinado. Precisamente esa reiteración de pro-

nunciamentos judiciales en el mismo sentido determina que ahora apliquemos esa doctrina consolidada, por razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) e igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución). Esta misma circunstancia nos impide, igualmente, considerar que el contenido del auto recurrido sea impropio o inadecuado para una resolución sobre medidas cautelares. Teniendo en cuenta que se trata de la adopción de medidas de carácter positivo basadas en la apariencia de buen derecho, atendida la redundancia de pronunciamientos judiciales iguales.”

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA NUEVA LEY CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO

a) Presupuestos de las medidas

La doctrina ha señalado tradicionalmente tres elementos como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares: el “periculum in mora”, el “fumus boni iuris” y la fianza. De los tres, el único que contemplaba la legislación anterior (artículo 122 de la ley de 1956) era el “periculum in mora”, esto es, la irreversibilidad del daño que se deriva de la inmediata ejecución del acto administrativo en conjunción con el necesario transcurso del tiempo de cara a resolver el incidente cautelar. El Tribunal Supremo, para la apreciación de los daños a perjuicios que ocasiona la ejecución del acto administrativo, ha recurrido tradicionalmente al criterio de la ponderación entre los intereses públicos y privados en juego, tal y como ya hemos señalado.

A este respecto, la nueva regulación (sobre todo el artículo 130 de la ley de 1998) no parte de la prevalencia del interés público, sino de la ponderación de “todos los intereses en conflicto” que se comparan a efectos de que el Juez al Tribunal decida sobre la procedencia o no de la suspensión. Es decir, la “ejecutividad del acto” no puede de tal forma alegarse en el proceso, unida a la presunción de validez “iuris tantum”, como motivo de oposición a la práctica de la medida cautelar, sino que la prevalencia de un “interés público” en colisión con otros intereses públicos o privados en conflicto debe justificarse (en el propio procedimiento incidental-cautelar) en circunstancias determinantes de su “preponderancia” y de su “grave perturbación” en el caso concreto.

Por su parte, la consideración del “fumus boni iuris” en el proceso contencioso-administrativo se ha ido introduciendo en la jurisprudencia, no sin una lógica polémica, a partir del año 1990. En virtud de la aplicación del “fumus boni iuris” es posible valorar con carácter provisional las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva.

El Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 inaugura en nuestro Derecho (siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el asunto Factortame) una nueva corriente jurisprudencial sentando la siguiente doctrina fundamental para nuestro estudio:

“una armónica interpretación de la dispersa regulación de las medidas cautelares en nuestro derecho positivo permite descubrir cuando se lea desde esa atalaya que es el artículo 24 de la Constitución, que aquel principio del derecho comunitario estaba ya latente, escondido, en nuestro ordenamiento, y que una jurisprudencia sensible a las líneas de evolución jurídica que marcan los nuevos tiempos -que rechazan aquella concepción sacral del poder que llevaba a ver en el individuo un súbdito y no un ciudadano- permite hacer patente”.

Por otro lado, el propio Tribunal Supremo considera que para conceder la tutela cautelar el elemento que hay que analizar del “*fumus boni iuris*” es la alta dosis de razonabilidad entendida como “razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón” y de otra que existan “dudas razonables sobre la legalidad de la actuación administrativa”. Sin embargo, hay que decir que este criterio no está consolidado en la jurisprudencia y que, según en qué casos y cómo se interpreta, puede hasta constituir un test previo de legalidad que no corresponde a la justicia cautelar.

Este criterio de la apariencia de buen derecho se hallaba incluido en el artículo 124.2 del Proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes. Sin embargo, la redacción final de la Ley la omitió al optar por acoger la fórmula del artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

De acuerdo con ello, la medida cautelar podrá adaptarse -dice el artículo 130- previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso y podrá denegarse si media perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

La pérdida de finalidad del recurso ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, en relación con el recurso de amparo, en el sentido siguiente: se concede la suspensión cuando la ejecución del acto conlleve unos efectos que impidiesen la efectividad del amparo en caso de ser otorgado teniendo presente que la efectividad de la actuación no impida que las cosas pudieran ser devueltas al estado en que se hallaba antes de la ejecución.

No obstante, a pesar de la ausencia de referencias explícitas a la apariencia de buen derecho en la ley, parece que ha de considerarse que el órgano jurisdiccional, como ha establecido alguna jurisprudencia reciente, no puede abstenerse de tener

presente este presupuesto, ya que no hay nada que se lo impida en la nueva regulación aunque, es claro, no es criterio determinante y su consagración en la letra de la ley podría introducir un peligroso elemento interpretativo que podría hacer perder a la medida cautelar su naturaleza provisional. En mi opinión, como regla general, hay que estar a los criterios que establece la ley. Si en algún caso, el *fumus* es de tal magnitud o de tal evidencia, entonces motivadamente no veo mayores problemas en esgrimirlo. Pero a estos efectos hemos de tener en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005, ya glosada, no cita el “*fumus boni iuris*” entre las siete notas o características que a su juicio integran el sistema de la justicia cautelar establecido en la Ley de 1998. Supongo que será por alguna poderosa razón.

El Tribunal Supremo estableció en la sentencia de 10 de noviembre de 2003 que el “*fumus boni iuris*” debe ser un criterio a ponderar por el órgano jurisdiccional. Reconoce que, en efecto, “esta doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia deducida a los meros fines de la tutela cautelar. “Este es, bien establecido, el margen interpretativo para la apreciación de la apariencia de buen derecho en el caso de que sea conveniente su utilización.

Ciertamente, el legislador de 1998 no recogió en la letra de la ley este criterio que, sin embargo, si acoge alguna jurisprudencia cuya pervivencia en esta materia, como señala la sentencia de 10 de noviembre de 2003, se deriva “de la jurisprudencia y del efecto reflejo de la ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que si alude a este criterio en el artículo 728”. A ello habría que añadir que cierta doctrina científica se ha empeñado en acuñar este criterio como uno de los más relevantes en orden a la adopción de la medida cautelar con el resultado real de todos conocido.

El Tribunal Supremo ha entendido, siguiendo la opinión que aquí se mantiene, que la doctrina del “*fumus boni iuris*” debe matizarse y utilizarse en determinados supuestos: “de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta – auto de 14 de abril de 1997 – de actos dictados en ejecución, cumplimiento de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la Jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz”; (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2003). Esta doctrina sobre los límites de operatividad del “*fumus boni iuris*” “debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por vez primera, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de

manera que por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito” (Autos del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1993, de 7 de noviembre de 1995, de 26 de noviembre de 2001, de 29 de diciembre de 2002 y sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1997).

Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en una sentencia de 13 de junio de 2007, la doctrina del “*fumus boni iuris*” “permite, en un marco de provisionalidad, dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los argumentos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la justicia cautelar”. Tal doctrina es aplicable al análisis de la solidez de los argumentos que avalan a no incidencia que pueda tener la consideración del interés general en relación con la ejecución del acto o la adopción de la medida cautelar solicitada.

Recientemente, se han dictado nuevas sentencias por el Tribunal Supremo sobre esta cuestión que vale la pena comentar. En efecto, hay que tener en cuenta que la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2015 señala que “Por último en cuanto al *fumus boni iuris* para que sea admisible su invocación debe hacerse con prudencia en el proceso contencioso- administrativo. Expresamente prevista en el proceso civil, en donde tiene su ámbito natural (cfr artículo 728.2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil), en este orden jurisdiccional se parte de un presupuesto -acto, disposición- cuya legalidad se presume en cuanto ejercicio de una potestad llamada a satisfacer intereses generales. Esta es la razón por la que la cognición del juicio cautelar en este orden se centre *ex lege* en un equilibrio entre el aseguramiento de una hipotética sentencia favorable (artículos 129.1 y 130.1 LCJA) con la necesaria preservación de los intereses generales o de tercero que pudieran verse gravemente perturbados”.

Como sigue diciendo la sentencia “desde este punto de partida para lo que no habilita la doctrina del *fumus boni iuris* es para efectuar un juicio prematuro, es decir, por sistema y por regla general, un enjuiciamiento adelantado sobre la prosperabilidad de la demanda o su falta de fundamento. Es por esto por lo que la cognición de la tutela cautelar no puede adentrarse en cuestiones de fondo reservadas a la sentencia en la que ya se hace ese juicio plenario una vez recibido el expediente administrativo, oídas las partes en la demanda y contestación y, en su caso, practicadas pruebas y evacuado el trámite de conclusiones”.

También sobre el *fumus boni iuris* hay que tener presente lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su recentísima sentencia de 23 de marzo de 2015 cuando se-

ñala que “La Ley de la jurisdicción de 1956 no hacía expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, como tampoco lo hace la vigente LJCA, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728. No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta (Auto del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1997); de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiéndolo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que “la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (ATS de 22 de noviembre de 1993 y de 7 de noviembre de 1995), entre otros”.

En materia de *fumus* es relevante lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de julio de 2014 al decir que “la doctrina del *fumus bonis iuris* para que sea admisible debe acogerse con prudencia en el proceso contencioso-administrativo. Expresamente prevista en el proceso civil, en donde tiene su ámbito natural (cfr. Artículo 728.2 de la Ley 2/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil), en este orden jurisdiccional se parte de un presupuesto -acto, disposición- cuya legalidad se presume en cuanto ejercicio de una potestad llamada a satisfacer intereses generales. Esta es la razón por la que la cognición del juicio cautelar en este orden se centre ex lege en un equilibrio entre el aseguramiento de una hipotética sentencia favorable (artículos 129.1 y 130.1 LJCA) con la necesaria preservación de los intereses generales o de tercero que pudieran verse gravemente perturbados.”

Sin embargo, desde este punto de partida, tal y como sigue diciendo de nuevo el Tribunal Supremo en esta sentencia, la doctrina del *fumus boni iuris* tiene límites. En efecto, “para lo que no habilita la doctrina del *fumus bonis iuris* es para efectuar un juicio prematuro, es decir, por sistema y por regla general, un enjuiciamiento ade-

lantado sobre la prosperabilidad de la demanda o su falta de fundamento. Es por esto por lo que la cognición de la tutela cautelar no puede adentrarse cuestiones de fondo reservadas a la sentencia en la que ya se hace ese juicio plenario una vez recibido el expediente administrativo, oídas las partes en la demanda y contestación, y, en su caso, practicadas pruebas y evacuado el trámite de conclusiones”.

Quedan exceptuados de esa regla general, sigue diciendo esta sentencia “aque- llos casos en los que sí puede entenderse que ya hay indicios de prosperabilidad. Es el caso de la existencia de pronunciamientos jurisdiccionales anteriores sobre el mismo objeto de litigio y, en su caso, presupuesto; también cuando se impugnan actos que tenían por cobertura normas previamente anuladas. Caso especial es el de actos nulos de pleno Derecho, en estos supuestos la apreciación de alguna de las causas de nulidad tiene que ser manifiesta, palmaria, lo que tiene, en parte, reflejo legal en los casos del artículo 136.1 LJCA”.

Por otra parte, la medida cautelar, como ya hemos tenido ocasión de examinar, se adopta para garantizar la eficacia de la sentencia frente al “periculum in mora”; sin embargo, es evidente que estas mismas medidas pueden a su vez provocar perjuicios que deben ser evitados. Ahora bien, la preservación de los intereses en conflicto, exigidos por el derecho a la tutela judicial efectiva, se opera a costa del titular que se beneficia de la medida, a través de la contracautela.

En opinión del Tribunal Supremo, el “periculum in mora” es “el primer cri- terio a considerar para la adopción de la medida cautelar, si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, no se agota en la fórmula clásica de irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso, si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales (sentencia 10 de noviembre de 2003). Éste es el fundamento último de la regulación del artículo 133 de la Ley, que parte de una consideración amplia de las medidas que pueden adoptarse al establecer que serán “las adecuadas para evitar o paliar los perjuicios”, si bien la medida típica por excelencia es la caución.

En relación con las contracautelas hay que tener en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2014 señala que “que las contracautelas o garantías para solicitar la suspensión cautelar deberán imponerse o exigirse cuando de la medida interesada se pudiesen derivar perjuicios de cualquier naturaleza para el interés general o para terceros. Así lo hemos declarado en la sentencia de 24 de abril de 2012, dictada en el recurso de casación número 2653/2011 , en la que reiteramos el criterio constante de la exigencia de afianzamiento para evitar los eventuales per-

juicios al Tesoro que podrían derivarse de la insolvencia de la persona o empresa obligada al pago de las correlativas deudas a favor de aquél. Dijimos en aquella ocasión que “ los intereses generales objeto de ponderación se respetan mediante la exigencia de garantías que eviten a la postre la pérdida de los ingresos públicos objeto de litigio, en tanto se dicte sentencia. La evaluación de los intereses en juego hace que, cuanto más elevado sea el riesgo de que la Administración deje de ingresar el importe debido, más preciso resulte el afianzamiento del pago como contracautela de la suspensión del acto impugnado. De otro modo, ni se evitarían ni se paliarían los eventuales efectos desfavorables para el erario público, consecutivos a la situación patrimonial de una sociedad que, según sus propias manifestaciones en la pieza cautelar, tiene dificultades financieras que le impiden obtener avales bancarios”.

La caución impuesta al demandante pretende, dentro de una mínima prudencia judicial, compensar a la Administración de los daños que pueda causar la inevitable incertidumbre que provoca, para ambas partes, el fallo de toda sentencia en relación con la determinación de quien se va a alzar con la razón.

A este respecto, la Ley amplía las posibilidades de constituir caución pues, frente a la regulación de 1956 que exigía su constitución “en metálico o fondos públicos, depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincias o en las de las Corporaciones locales respectivamente; o mediante aval bancario”, la nueva Ley dice que podrá constituirse “en cualquiera de las formas admitidas en Derecho”, sin limitación alguna.

La caución se instrumenta como una carga procesal y “*conditio iuris*” de la eficacia de la propia medida cautelar ya que la medida cautelar acordada -dice el artículo 133.2 de la nueva Ley- no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos. A ello se añade la propia afección de la caución, durante un año, al abono de los daños que la práctica de la medida hubiese podido originar conforme a principios similares a los que rigen la responsabilidad extracontractual ya que -como establece el art. 133.3- “levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud en dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho se cancelará la garantía constituida”.

De esta forma, no constituye obstáculo para la adopción y práctica de cualquier clase de medida cautelar, presupuesta su necesidad para evitar la preservación del interés preponderante, la eventual causación de daños o perjuicios irreparables o de muy difícil reparación u otros intereses concurrentes en conflicto, pues éstos encontrarán su garantía en todo caso en la mayor extensión de la caución.

Antes de pasar a analizar muy someramente algunas cuestiones procedimentales, procede señalar que el criterio de la ponderación de intereses: generales y de tercero es, en la letra del artículo 130.2 de la ley, criterio rector para denegar la medida cautelar cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. Este criterio de ponderación de interés es, en opinión del Tribunal Supremo, “complementario al de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la Jurisprudencia”, entre la que cita el Auto de 3 de junio de 1997 al señalar que “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son ténues 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”.

b) Procedimiento

La pretensión de adopción de una medida cautelar se configura, de acuerdo con el artículo 131, como un incidente cautelar sustanciado en pieza separada y que será resuelto en un plazo breve, 15 días, precisamente por que lo que se trata de conseguir con el mismo es asegurar los efectos del proceso.

En los artículos 129 a 136 se especifican algunos aspectos concretos del régimen de las medidas cautelares. Entre estos pueden citarse los siguientes:

- Adopción en cualquier momento del proceso (artículo 129), si bien con dos excepciones: para el caso de disposiciones generales la petición habrá de efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda, y para el caso de inactividad de la Administración y vía de hecho cabe la posibilidad de solicitarlas antes de la interposición del recurso. Esta libertad de petición, siempre que no haya recaído sentencia firme, amplía de una manera plausible las posibilidades de apreciar los eventuales perjuicios que puedan derivarse a lo largo del proceso por la prematura ejecución de los actos impugnados.

- Audiencia de la parte contraria (artículo 131). Para el caso de que la misma sea una Administración Pública, la Ley trata de salvar la falta de personación de la Administración demandada estableciendo que la audiencia a la parte se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

- Comunicación de la adopción de la medida al órgano administrativo que hubiese dictado el acto (artículo 134), el cual deberá ordenar su publicación en el diario oficial si la suspensión se refiere a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

- La medida de suspensión es inmediatamente ejecutiva (artículo 134), siendo aplicable la regulación prevista para la ejecución de sentencias, de modo similar a como la hacía el artículo 125 de la Ley de 1956.

-Posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionalísimas (artículo 135).

Con el término medidas cautelares provisionalísimas se conoce, ya lo hemos comentado, la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, mientras se sustancia el incidente de suspensión, a fin de preservar la efectividad de la resolución que pueda recaer.

Esta posibilidad tiene su origen en dos autos bien conocidos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993. En estas resoluciones se declara la aplicación supletoria de las medidas cautelares atípicas o innominadas del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme a la disposición adicional sexta de la Ley de 1956 y se concluye en la posibilidad de acordar la medida de suspensión con carácter provisionalísimo, incluso “inaudita parte”, cuando su eficacia así lo exija, entre tanto se tramite y resuelva sobre la medida cautelar definitiva en la correspondiente pieza de suspensión. Los presupuestos a los que ha de atenerse el Tribunal para acordar la suspensión, según el Tribunal Supremo, son los propios de la suspensión ordinaria; es decir, la ponderación de intereses, la apariencia de buen derecho, la nulidad del acto, la irresponsabilidad de los perjuicios, el quebranto para los bienes públicos ... etc. Estas excepciones al principio contradictorio ya se recogen en el derecho comunitario (artículos 83 y 84 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 1991) y pueden encontrar su fundamento en la tutela judicial efectiva que exige la propia efectividad o utilidad del procedimiento cautelar.

Es posible adoptar la medida “inaudita parte”, si bien se reconoce un cierto carácter contradictorio a la adopción de las medidas instaurándose la audiencia de parte afectada en el breve plazo de tres días, atemperando así un tanto la inicial formulación jurisprudencial. Se prevé, asimismo, la posibilidad de modificación o levantamiento de las medidas provisionalísimas ya que no ha de olvidarse el carácter accesorio e interdependiente de estas medidas, determinante de la confirmación o en su caso revocación o modificación de las mismas; así, se levantarán las medidas si no se adoptó acuerdo de suspensión o de práctica de otra medida cautelar, se modificarán para adaptarlas a la propia intensidad de la medida cautelar adoptada, conforme a los principios de congruencia o proporcionalidad, o se confirmarán en el propio auto que ponga fin al incidente.

c) Supuestos especiales

Por las especiales características la actuación administrativa adquiere en determinadas situaciones la Ley ha distinguido una serie de especialidades en varios supuestos:

1) Impugnación de una disposición general

En este caso, si los interesados quieren solicitar la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados habrán de hacerlo en el escrito de interposición o en el de demanda. Lo que se persigue con esta actuación es evitar la consolidación de situaciones firmes e irreversibles durante el tiempo de litispendencia del proceso dirigido a obtener la declaración de nulidad de la disposición general ya que ello podría conllevar limitaciones para el fallo.

De todo lo anterior se deduce que el Tribunal competente para adoptar la medida es el que lo sea para conocer del recurso directo o de la cuestión de ilegalidad ya que solo a través de estos dos procedimientos puede atacarse la vigencia de los preceptos de una disposición general.

En relación con la solicitud de cautelar de una disposición de carácter general, hay que estar a lo que dispone el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de marzo de 2015 al indicar que “hemos de resaltar, ante todo, la corrección del momento en que se procede a la formulación de la solicitud de la adopción de la medida cautelar interesada en el recurso. No es irrelevante la cuestión, porque dicha solicitud solo puede tener lugar en el escrito de interposición del recurso, contrariamente a la regla general de acuerdo con la cual la solicitud puede formalizarse en cualquier momento del proceso. En efecto, como vinimos a indicar en el Auto de 20 de diciembre de 2006: Como excepción a la regla general de que la adopción de medidas cautelares podrá solicitarse “en cualquier estado del proceso”, establecida en el número 1 del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción, el número 2 del mismo artículo ordena que la suspensión de una disposición de carácter general deberá solicitarse “en el escrito de interposición o en el de demanda”. El significado de esta excepción no es el que parecería desprenderse de su dicción literal, en el sentido de que, iniciado el recurso contencioso-administrativo en el que se impugne directamente una disposición de carácter general, por medio del llamado escrito de interposición al que se refiere el artículo 45.1 de aquella Ley, pudiera después, en el posterior escrito de demanda, solicitarse la suspensión de la disposición impugnada o de sus concretos preceptos que lo fueran. Si ese fuera el significado de la excepción que analizamos, el legislador se habría expresado en términos aún más claros, ordenando que, después del escrito de demanda, no podría solicitarse la suspensión. Su recto sentido, deducido del espíritu y finalidad de la norma, es que la suspensión de las disposiciones de carácter general directamente impugnadas sólo puede solicitarse en el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo, bien sea este escrito inicial el de interposición, bien sea el de demanda, por haber hecho uso la parte, en este caso, de la posibilidad que le otorga el artículo 45.5 de la Ley de la Jurisdicción.

Son dos las razones, sigue diciendo el Tribunal Supremo en la sentencia referida “que conducen a esta interpretación: una primera, nuclear o básica -que se conecta con los valores de seguridad jurídica, integridad del ordenamiento jurídico e igualdad en la aplicación de éste, y que nace por estar llamada toda disposición de carácter general a ser aplicada en múltiples actos singulares, posteriores y sucesivos-, consistente en la necesidad de que su suspensión cautelar sea acordada, no en cualquier estado del proceso, sino en el momento más próximo posible a la entrada en vigor de la disposición general, cuando todavía puedan ser escasos los actos dictados en su aplicación o los efectos derivados de ella; y una segunda, complementaria de la anterior, consistente en que una interpretación como la que se sostiene no merma, en cambio, el derecho a la tutela judicial efectiva, del que forma parte el instituto de la tutela cautelar, pues el destinatario de cualquiera de los actos de aplicación de aquella disposición general, puede impugnarlos, e impugnarlos con fundamento en la ilegalidad de la disposición aplicada (impugnación indirecta), renaciendo entonces la regla general de que las medidas cautelares contra el acto de aplicación pueden solicitarse en cualquier estado del proceso”.

En el caso de normas el Tribunal Supremo en esta sentencia de 23 de marzo de 2015 se recuerda la doctrina sentada en el Auto de 27 de noviembre de 2006, en el que la Sala del Tribunal Supremo recuerda que ha desarrollado una doctrina en relación con la suspensión cautelar de las disposiciones generales que puede concretarse en los siguientes puntos:

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal se muestra restrictiva a la hora de conceder la suspensión cuando se encuentran en juego intereses públicos, siendo ello apreciable especialmente en aquellos casos en que la petición de medidas cautelares afecta a disposiciones generales, como aquí sucede y en los procedimientos selectivos de personal por parte de la Administración Pública.

b) En lo que afecta a disposiciones generales, señala el Auto de esta Sala de 28 de mayo de 1993 y reitera el posterior Auto de 16 de diciembre de 2005, que suspender el cumplimiento de una disposición general producirá un evidente perjuicio al interés general de un determinado administrado que puede ser perfectamente reparado, restableciendo en su integridad su derecho o, de no ser posible, mediante las indemnizaciones a que hubiere lugar.

c) Por otra parte, es doctrina constante de esta Sala (en Autos de 22 de febrero de 1996, de 22 de marzo de 1993, de 18 de julio de 2000 y de 8 de octubre de 2004, que cuando se trata de impugnación de disposiciones generales es prioritario el examen de la medida en que el interés público, implícito en la propia naturaleza de la Disposición General, exija la ejecución. En consecuencia, salvo evidencia de que puedan producirse perjuicios irreversibles, que no es el caso, en principio el daño que

hipotéticamente pudiera generarse derivaría de los actos de ejecución y no de la disposición general y la suspensión no afectaría en el mismo sentido al interés público, del que se derivaría un grave perjuicio si se suspendiese la aplicación de la disposición impugnada”.

Tratándose de un reglamento, existe un indudable interés público en la aplicación inmediata de las normas que se elaboran para integrarse en el ordenamiento y ser cumplidas por todos los afectados. La valoración del interés público adquiere, pues, un singular relieve cuando está en juego la efectividad de una disposición de carácter general, y ha de entenderse preponderante en estos supuestos, lo que impone, en principio, el mantenimiento de la vigencia de la disposición reglamentaria impugnada”.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015, recuerda la doctrina sentada en el Auto de 23 de octubre de 2008, en cuya virtud “es doctrina reiterada de esta Sala que la suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general supone per se un grave perjuicio del interés público, de modo que sólo en el caso de que se acredite que la aplicación de la misma cause grave daño concreto e individual cabe su suspensión. Esta afirmación inicial obliga al Tribunal con carácter prioritario a examinar, cuando se trata de la impugnación cautelar de disposiciones generales, en qué medida el interés público, inherente a la propia naturaleza de la disposición general, exige su ejecución. Atendiendo a lo expuesto, y salvo que se manifieste con evidencia la producción de daños irreversibles como consecuencia de la vigencia de la disposición general impugnada, lesión que corresponde acreditar a quién pretende la suspensión cautelar interesada, el perjuicio que presumiblemente pueda producir la vigencia de la disposición general sería consecuencia de los actos de ejecución que de ella dimanen y no de ella, por lo que la suspensión de esos actos no afectará al interés público, del que si derivaría un grave perjuicio si se suspendiese la aplicación de la disposición impugnada”.

En estos casos, hay una presunción de interés público en la existencia de la misma disposición general, pues, como sigue diciendo el Tribunal Supremo en esta sentencia de 23 de marzo de 2015 “el interés público está implícito en la naturaleza misma de la disposición general y lo normal es no acceder a la suspensión en estos supuestos, puesto que ello sí constituiría un perjuicio del interés público. Los reglamentos son el complemento indispensable a las leyes que desarrollan y constituyen de este modo un instrumento sin el cual la efectividad de las propias leyes queda comprometido. La vocación conformadora de las relaciones jurídicas propia de las disposiciones normativas demanda imperiosamente su aplicación en cuanto reflejan una solución que se estima la más adecuada a los intereses generales, los cuales de otro modo pueden verse gravemente perturbados”.

2) Actos de contenido negativo

En relación a los actos de contenido negativo, la solución que tradicionalmente ha venido ofreciendo el Tribunal Supremo ha sido su denegación.

Del análisis de la jurisprudencia se deduce que solamente se otorga la suspensión en los supuestos en los que un determinado acto suponga la clausura de una actividad industrial o un negocio en los que se podrían producir perjuicios o daños de imposible o difícil reparación. En todos los demás casos, el alto Tribunal estima que resulta improcedente la suspensión de actos administrativos de contenido negativo puesto que, en caso contrario, por vía cautelar se produciría el otorgamiento de lo pedido en vía administrativa lo que no se ajusta a la naturaleza de la suspensión solicitada para mantener la situación anterior al acto impugnado y no para crear una situación jurídica nueva por esta vía.

No obstante, esta línea jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha acordado en algunas ocasiones (autos de 21 de marzo de 1991 y 29 de marzo de 1993) la imposición a la administración de una determinada conducta, como medida cautelar durante el proceso de impugnación de un acto administrativo negativo.

Con la nueva regulación, que admite la posibilidad de solicitar medidas cautelares en los casos de actos, disposiciones, actividad de la Administración y vía de hecho y amplía las medidas a adoptar a otros supuestos distintos de la suspensión parece que hay que estimar la inexistencia de limitación alguna derivada de la naturaleza de la actuación que motiva el proceso.

3) Inactividad de la Administración y vía de hecho

Para estos supuestos el artículo 136 de la Ley establece una presunción favorable a la adopción de la medida cautelar; presunción que sólo puede destruirse mediante la acreditación de la situación o perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Además, el apartado 2 de este mismo artículo, reconoce la posibilidad de solicitar medidas cautelares con anterioridad a la iniciación del proceso sometidas a la condición de petición de notificación por el interesado al interponer el recurso, interposición que deberá realizarse en el plazo de diez días desde la adopción de las medidas cautelares.

4) Actos que afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas

La Ley regula en el Capítulo I del Título V (art. 144 a 122) el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas, en desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución.

A los efectos que ahora interesan, lo más destacable es la supresión de la suspensión prevista en el ya derogado artículo 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Este precepto establecía la suspensión del acto impugnado salvo que se justificara la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Sin embargo, pese a la dicción literal del precepto, la jurisprudencia terminó exigiendo los requisitos ordinarios para adoptar la medida cautelar de suspensión. En cualquier caso, juzgo un desacierto la aplicación a estos supuestos del régimen general de las medidas cautelares de la Ley de 1998.

Así, en este aspecto concreto, la Ley recoge una práctica jurisprudencial ya consolidada y no hace mención alguna en la regulación de este procedimiento a medidas cautelares específicas por lo que se aplicará el régimen general. En este sentido, el legislador parece considerar que la brevedad de los plazos de este procedimiento especial hace que no sea necesario establecer regulaciones específicas en materia de medidas cautelares.

5) El caso especial de la suspensión de acuerdos de corporaciones o entidades públicas

Al amparo del artículo 111 de la ley 30/1992, todo acto administrativo puede ver suspendida su ejecutividad al ser impugnado en vía administrativa. Estas resoluciones son de carácter administrativo y no están relacionadas con la suspensión cautelar acordada en vía jurisdiccional y regulada en los artículos 129 y siguientes de la Ley.

De este mismo carácter administrativo participa la suspensión previa de acuerdo de Corporaciones o Entidades públicas prevista en el artículo 127 de la Ley. Esta medida ya estaba contenida en nuestro ordenamiento (artículo 67 de la Ley de Bases de Régimen Local) y, la nueva Ley la recoge extendiendo su aplicación no solo a las entidades locales sino también a los actos y acuerdos de cualquier entidad pública siempre que dicha posibilidad esté expresamente prevista por las leyes.

V. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

La exposición de motivos de la Ley actual destaca, como hemos señalado, la atención que la norma presta a las medidas cautelares ampliando su tipología anteriormente limitada únicamente a la suspensión. Por ello, la Ley parte de una regulación análoga a todas las medidas cautelares con independencia de cual sea su naturaleza con el criterio de adopción de que la ejecución del acto o de la aplicación de la disposición puedan hacer perder su finalidad al recurso, pero siempre sobre la base de la ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

Por ello, como señala la exposición de motivos, la suspensión ya no puede ser la única medida cautelar posible por lo que es el Juez o Tribunal el que debe valorar la adopción de las que, según las circunstancias, fuesen necesarias.

Como corolario de todo lo afirmado hasta aquí, podemos afirmar que el texto de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es un serio intento de encontrar un equilibrio -siempre dinámico entre la ejecutividad de la actuación administrativa y el respeto a los derechos de los ciudadanos. Para ello, se pone en manos de los jueces un instrumento -la aplicación de medidas cautelares- enmarcado en sus propias facultades para paralizar cautelarmente la actuación administrativa en función de la ponderación de los intereses -todos ellos, públicos y privados- en presencia.

En España, la incidencia de la Constitución sobre el entero sistema de Derecho Administrativo ha traído consigo la necesidad de reinterpretar tantas instituciones, categorías y conceptos que bien se puede decir que el nuevo Derecho Administrativo Español debe ser construido desde la luz constitucional y en el marco de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, posición metodológica que nos lleva a superar “aprioris” o “prejuicios” sin sentido y a colocar, con valentía y decisión, a la persona en el centro de este nuevo edificio jurídico.

El interés casacional objetivo en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo: En especial el caso de jurisprudencia contradictoria

Aritz Romeo Ruiz

Profesor Asociado Doctor de Derecho Administrativo

Universidad Pública de Navarra

SUMARIO. I. EL RECURSO DE CASACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. II. EL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO EN EL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 1. El interés casacional objetivo en general. 2. Los supuestos del artículo 88.2, en los que el Tribunal Supremo podrá apreciar la concurrencia de interés casacional objetivo. 3. Los presupuestos para apreciar la concurrencia de interés casacional objetivo del artículo 88.3. III. EL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO POR LA INTERPRETACIÓN DE NORMAS DE DERECHO ESTATAL O EUROPEO EN CONTRADICCIÓN CON LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 1. El supuesto del artículo 88.2.a) en relación con el anterior recurso de casación del derogado artículo 96.1 LJCA. 2. El interés casacional objetivo por jurisprudencia contradictoria en relación con el interés casacional en el orden civil. 3. Aspectos prácticos derivados de la interpretación realizada por la Sección de Admisión en relación con el artículo 88.2.a). IV. REFLEXIÓN FINAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Cuando se cumplen dos años desde la entrada en vigor del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo está dictando las primeras resoluciones que están contribuyendo a aportar luz sobre las cuestiones más críticas del nuevo modelo de casación.

Así sucede con la que es la piedra clave de la reforma: el interés casacional objetivo.

En relación con esta cuestión, la Sección de Admisión, a través de los autos de admisión, está interpretando y esclareciendo diferentes particularidades de los supuestos recogidos en el artículo 88 de la LJCA.

Este trabajo analiza algunos aspectos relacionados con la interpretación que los primeros autos de admisión contienen sobre los supuestos de interés casacional

objetivo, con especial consideración del caso del artículo 88.2.a), sobre jurisprudencia contradictoria.

PALABRAS CLAVE: Recurso de casación. Interés casacional objetivo. Derecho Procesal contencioso-administrativo, Jurisdicción contencioso-administrativa, jurisprudencia contradictoria.

ABSTRACT: Two years after the entry into force of the new contentious-administrative cassation appeal, the Supreme Court is issuing the first resolutions that are contributing to shed light on the most critical issues of the new cassation model.

This is what happens with what is the keystone of the reform: the objective casational interest.

In relation to this issue, the Admission Section, through the admission orders, is interpreting and clarifying different particularities of the cases included in Article 88 of the LJCA.

This paper discusses some aspects related to the interpretation that the first autos of admission contains on the cases of objective casational interest, with special consideration of the case of article 88.2.a), on contradictory jurisprudence.

KEY WORDS: Appeal. Target casational interest. Contentious-administrative Litigation, contentious-administrative Jurisdiction, contradictory jurisprudence.

I. EL RECURSO DE CASACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Tras la reforma operada a través de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, el recurso de casación ha sufrido una importante transformación en cuanto a su configuración.

La reforma de 2015 ahonda en su naturaleza como instrumento para conseguir la coherencia en la aplicación del derecho por los órganos jurisdiccionales, buscando la uniformidad de la jurisprudencia de las distintas instancias judiciales en el orden contencioso-administrativo.

Así se evidencia en el Preámbulo de la ley, al reconocer que la reforma busca evitar que la casación se convierta en una tercera instancia. Para esto, el texto legal orienta la nueva regulación al estricto cumplimiento de la función nomofiláctica de este recurso, y su papel unificador e integrador de la jurisprudencia¹.

¹ Así lo recuerda, entre otros, CANCIO FERNÁNDEZ, R.C. (2016), «El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 915. Por su parte, SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2015), «Una primera aproximación al nuevo sistema casacional», *Revista de Administración*

No podemos obviar que el recurso de casación clásicamente se ha configurado como un recurso de naturaleza extraordinaria cuyo objeto es examinar cómo los tribunales de instancia han aplicado el derecho, con el fin de unificar la interpretación del ordenamiento jurídico².

La reforma de 2015 implementa un nuevo modelo de recurso de casación, basándose en la propuesta que realizó el Tribunal Supremo a través de su informe al anteproyecto de reforma de la LOPJ³. Las principales características del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo son las siguientes⁴:

Se establece una única figura de recurso de casación, dando fin a los diferentes tipos de casación para la unificación de doctrina y casación en interés de ley.

Se amplía el ámbito objetivo de las resoluciones recurribles en casación⁵. Pero, al mismo tiempo, se restringe el acceso a la casación a través de la introducción del interés casacional objetivo que ha de tener en su caso cada recurso planteado de cara a su admisión a trámite.

Para ser aceptados a trámite, los asuntos deberán estar revestidos de interés casacional objetivo. Lo que busca la reforma a través del mismo, es asegurar que el Tribunal Supremo pueda realmente desarrollar la precitada función nomofiláctica y

Pública, 198, págs. 11-42 (pág. 41), ha recordado cómo «[...] el recurso de casación ha terminado mutando su naturaleza original de sustitutivo del *référé législatif* en una segunda instancia de acceso restringido». En el mismo sentido CALAZA LÓPEZ, S. (2017), «Primeros compases de la casación contencioso-administrativa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, págs. 43-67.

² FERNÁNDEZ GARCÍA, J.F. (2017), «Lo nuevo y lo viejo del recurso de casación contencioso-administrativo: admisibilidad y motivos de impugnación», *Revista de Administración Pública*, 202, págs. 337-379, (pág. 339).

³ El sentido de la reforma coincide en lo sustancial con lo planteado por la Sala de Gobierno de Tribunal Supremo (2014) en el apartado 3.3 del «Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el anteproyecto de la LOPJ de 4 de abril de 2014».

⁴ Los rasgos fundamentales de la reforma los explica SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2015: 13-24). Asimismo los recoge RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2017), «Problemas del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11, págs. 51-70.

⁵ Por un lado, son objeto de este recurso las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, ya sean dictadas como consecuencia de un recurso de apelación o en única instancia. Por otro lado, también son recurribles en casación las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo dictadas en única instancia, siempre y cuando contengan una doctrina que se reputa gravemente lesiva para el interés general y sean susceptibles de extensión de efectos. En la referencia que la ley realiza a los Juzgados deben entenderse comprendidos, también, los Juzgados Centrales, aunque no se citen expresamente. En lo que hace a los autos, son objeto de casación los dictados por las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional cuando declaren la inadmisión de un recurso, cuando pongan término a una pieza separada de medidas cautelares y los recaídos en ejecución de sentencia en los casos en que resuelvan cuestiones no decididas en dicha sentencia o contradigan los términos del fallo a ejecutar, así como los autos dictados en aplicación de los artículos 91, 110 y 111 IJCA.

cumplir con su papel de integrar y dar cohesión a la interpretación jurisprudencial del ordenamiento jurídico, recuperando la naturaleza del recurso de casación como «mecanismo contemplado por nuestro ordenamiento jurídico-procesal para la revisión de los criterios interpretativos empleados por los órganos jurisdiccionales en grado» con el fin de «determinar la correcta interpretación y aplicación del Derecho»⁶.

Así, la Ley Orgánica 7/2015 ha venido a acentuar la naturaleza de recurso especial y extraordinario del recurso de casación, dotado, por ello de un régimen procesal más estricto, y que se encamina a cumplir con su función nomofiláctica, tal y como lo ha determinado el Tribunal Constitucional⁷.

Además de lo anteriormente mencionado, aunque indefectiblemente unido a él, la introducción de este nuevo requisito viene a tratar de reducir la cantidad de recursos de casación que corresponde resolver al Tribunal Supremo.

La congestión que venía dándose en la Sala Tercera, al menos hasta la aplicación de la reforma, tenía consecuencias importantes en cuanto a la excesiva demora en que incurría para emitir las sentencias, dadas las dificultades prácticas para abarcar la ingente cantidad de trabajo que debían asumir.

Como consecuencia de lo anterior, la urgencia por ir resolviendo asuntos con el fin de reducir la cantidad de casos a tramitar, probablemente se traducía en un exceso de premura en resolver los mismos⁸.

En este sentido, y aunque aún es pronto para sacar conclusiones determinantes, parece que la reforma ha tenido un cierto efecto en cuanto a la reducción de la

⁶ BOUAZZA ARIÑO, O. (2013), *El recurso de casación contencioso-administrativo común*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Civitas, (pág. 34).

⁷ Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en su Auto 41/2018, de 16 de abril. Recurso de Amparo 4644/2017. BOE de 22 de mayo de 2018: «el recurso de casación tiene la naturaleza de recurso especial o extraordinario, lo que determina que debe fundarse en motivos tasados —*numerus clausus*— y que está sometido no sólo a requisitos extrínsecos de tiempo y forma y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión; de donde se sigue que su régimen procesal es más estricto por su naturaleza de recurso extraordinario (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 100/2009, de 27 de abril, FJ 4, y 35/2011, de 28 de marzo, FJ 3). Esta naturaleza de recurso especial o extraordinario se acentúa en el nuevo recurso de casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, llamado a ser el “instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho” (exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2015). Con este nuevo recurso se amplía el ámbito de aplicación a la generalidad de las resoluciones judiciales finales de la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 86.1 y 87.1 LJCA) y, mediante la técnica de selección fundada en el llamado interés casacional objetivo (art. 88 LJCA), se busca que “cumpla estrictamente su función nomofiláctica” (exposición de motivos)». Fundamento jurídico 4º.

⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2015:20-21) lo explica con detalle.

cantidad de asuntos, ya que el número de recursos ha evolucionado de los 10.057 en 2010 a los 7102 en 2017⁹.

Con todo, y pese a que, como ha reconocido el Tribunal Supremo en su Auto de 9 de marzo de 2018, la reforma tiene «la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos»¹⁰, la introducción del requisito del interés casacional objetivo no ha estado exenta de crítica, principalmente fundamentada en la indeterminación del concepto, y en el amplio margen de apreciación subjetiva que la ley deja a la Sección de Admisión de la Sala Tercera, a pesar de los supuestos de la letra f) del artículo 88.2 y del 88.3 de la misma¹¹.

En este sentido, algunos sectores han criticado la falta de seguridad jurídica que esta cuestión puede acarrear, así como las dificultades añadidas que se establecen para acceder a la casación¹².

En relación con la primera cuestión, podría aceptarse cierta afectación al principio de seguridad jurídica, por cuanto la reforma deja un excesivo margen de apreciación subjetiva a los magistrados de la Sección de Admisión, pese a que el articulado trata de objetivar una serie de supuestos en los que el Tribunal «podrá» apreciar la concurrencia de interés casacional objetivo, aunque todo ello debe analizarse a la luz de la respectiva doctrina del Tribunal Constitucional. En consecuencia, la falta de claridad de la literalidad de la ley deberá ser corregida a través de una doctrina interpretativa uniforme que actualmente se está formando por medio de los autos de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo¹³.

⁹ Datos obtenidos de las estadísticas del Tribunal Supremo a través de la web www.poderjudicial.es, así como de SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2015:19).

¹⁰ Auto 2699/2018, de 9 de marzo. Razonamiento jurídico tercero.

¹¹ En este sentido, RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2016) se ha referido al carácter «dúbil o etéreo a cuyo través se confiere a la Sala 3ª un amplio margen de apreciación discrecional». En el mismo sentido GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. (2016), «Comentarios al nuevo recurso de casación: artículos 88 y 89 de la LJCA tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio», *Revista Avanzada Doctrinal*, 7, págs. 75-99.

¹² CALAZA LÓPEZ, S. (2017) se ha referido a las críticas provenientes de los distintos operadores jurídicos.

¹³ Conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el principio de seguridad jurídica, en su Sentencia 101/2013, de 23 de abril, entre otras: «En efecto, la seguridad jurídica, de conformidad con nuestra doctrina, ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando «la claridad y no la confusión normativa» (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4), de tal manera que «sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica» (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15; y 96/2002, de 25 de abril, FJ 5)».

Respecto a la segunda cuestión, la entiendo no justificada por cuanto, como es sabido, no existe un derecho constitucional a disponer de medio de impugnación concreto, sino que es al legislador a quien le corresponde establecer cual ha de ser el sistema de recursos, y en qué condiciones han de poder ejercitarse. Menos aún en el caso del recurso de casación, que se presenta como un recurso extraordinario, que está necesariamente unido a la precitada función nomofiláctica y uniformadora de la interpretación del Ordenamiento Jurídico por parte de Jueces y Tribunales¹⁴.

Más allá de las críticas que haya podido generar, el interés casacional objetivo está inspirado, de alguna manera y salvando las distancias, en instituciones similares que podemos encontrar en el Derecho comparado.

Así, por ejemplo, el *writ of certiorari* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, por el cual el alto tribunal estadounidense emplea una serie de criterios relacionados con la relevancia jurídica del caso para admitir un asunto a trámite¹⁵.

Asimismo, en Alemania, el Tribunal Supremo Federal Administrativo, para proceder a la admisión a trámite de un asunto, requiere que la relevancia del caso trascienda del asunto específico que se juzga y que no haya sido ya resuelta.

También la *Supreme Court* de Reino Unido cuenta con unos criterios de admisión que parten del debate jurídico que haya generado el asunto y de las posibilidades que el recurso tenga de prosperar¹⁶.

Volviendo a nuestro Derecho, esta reforma tiene como antecedente la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, a través de la cual se introdujo, en el Recurso de Amparo, el concepto de «especial relevancia constitucional», que ha tratado de ser

14 Sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ GARCÍA, J.F. (2017:340) recuerda la doctrina contenida en la STC 125/1997 así como en la STC 287/2006, al respecto de la «inexistencia de un derecho constitucional a disponer de determinados medios de impugnación, salvo cuando estos han sido establecidos por el legislador y en la forma y casos en que lo hayan sido, por lo que la inadmisión de un recurso de casación no tiene por qué vulnerar el art. 24.1 CE, siempre que no constituya una decisión arbitraria, ilógica o irracional, y, por el contrario, obedezca a un inexcusable mandato de la ley, fundado, como apuntamos, en la necesidad de hacer factible la labor fundamental del Tribunal Supremo en la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del Derecho».

15 Así, los criterios empujados por la *Supreme Court of the United States* son: la relevancia nacional del caso, la necesidad de armonizar resoluciones federales o que se cree un precedente. A este respecto, RECUERDA GIRELA, M.A. (2016), «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo y el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 94, págs. 107-150, (pág. 126). Y con mayor ahondamiento en la relación entre nuestro recurso de casación contencioso administrativo y el *writ of certiorari* estadounidense puede consultarse PÉREZ ALONSO, J. (2015), «El nuevo sistema de casación en el orden contencioso-administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio: con la vista puesta en el certiorari estadounidense», *Diario La Ley*, 8621, 8 de octubre.

16 CÓRDOBA CASTROVERDE, D. (2015), «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 1 de octubre de 2015, documento electrónico.

delimitado por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 155/2009, de 25 de junio, o 140/2013, de 8 de julio, así como el recurso de casación civil, contenido en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación al cual debe referirse el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 2011¹⁷.

Con todo, es claro que la reforma de 2015 ha introducido un nuevo modelo de recurso de casación contencioso-administrativo, en la línea de lo ya implementado en cuanto al recurso de amparo y al recurso de casación civil, e inspirado en instituciones de derecho comparado que, hasta cierto punto, pueden resultar similares. El objetivo principal de este nuevo modelo es reconducir la casación como un medio para que el Tribunal Supremo cumpla con su finalidad última de unificar la interpretación de ordenamiento jurídico que realizan los órganos judiciales. Para esto se ha establecido un severo régimen de admisión, basado en el concepto de interés casacional objetivo.

II. EL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO EN EL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. El interés casacional objetivo en general¹⁸

El interés casacional objetivo se configura como la piedra angular del nuevo recurso de casación, a través del cual quiere reforzarse la función interpretativa de este recurso en relación con las normas estatales y, en su caso, del derecho de la Unión Europea¹⁹. De manera que primará esa función protectora de la interpretación cohe-

17 Véase GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. (2016) y CANCIO FERNÁNDEZ, R. (2016).

18 Resulta muy ilustrativa, además de referencia obligada, la compilación de autos de la Sección de Admisión elaborada por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. P. Escribano Testaut (2018), *Doctrina jurisprudencial sobre la elaboración del recurso de casación*, 2ª edición revisada y ampliada. Documento electrónico accesible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo.

19 Así lo ha dejado sentado el Auto del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2017 al señalar lo siguiente:

«En efecto, el recurso de casación contencioso-administrativo, en su actual regulación, introducida por la Ley Orgánica 7/2015, presenta una decidida vocación de erigirse como un instrumento procesal volcado en la labor hermenéutica del Derecho Público, administrativo y tributario, con el objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica en la aplicación de este sector del Ordenamiento. La noción de «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», a que se refieren los artículos 88.1 y 90.4 LJCA, se erige como la piedra angular del nuevo modelo casacional, que atribuye a esta Sala Tercera como cometido principal, en palabras del artículo 93.1, fijar la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo, para seguidamente, con base a esta interpretación y conforme a las restantes normas que fueran aplicables, resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso». (razonamiento jurídico sexto).

sionada de las normas jurídicas por encima de la tutela de los derechos subjetivos que las partes hayan podido invocar en el proceso²⁰.

El interés casacional objetivo se ha convertido en el único criterio de admisión de los recursos, con un amplio campo de apreciación subjetiva para su aceptación por parte de la Sección de Admisión de la Sala Tercera²¹.

En consecuencia, el interés casacional se ha configurado, pues, como un concepto jurídico indeterminado, ante el cual los particulares carecerán de la necesaria certeza en relación con las posibilidades de admisión de su recurso, y eso a pesar de que al recurrente se le impone la carga de acreditar la concurrencia de este requisito.

El nuevo artículo 88 establece una serie de supuestos con relación a los cuales es apreciable el interés casacional. Si bien, el propio precepto contiene dos tipos de supuestos nítidamente diferenciados: aquellos en los cuales el Tribunal Supremo «podrá» apreciar la concurrencia de interés casacional objetivo, por un lado (art. 88.2 LJCA), y aquellos otros respecto de los cuales «se presumirá» la existencia de dicho interés casacional, por otro (art. 88.3 LJCA). Sin embargo, en varios de los supuestos de este segundo grupo del artículo 88.3, el recurso podría igualmente inadmitirse por auto motivado, cuando la Sección de Admisión considere que el asunto carece manifiestamente de dicho interés.

Como puede apreciarse, la decisión de la Sala Tercera contiene un elevadísimo margen de discrecionalidad, que redundará en una falta de seguridad jurídica de los recurrentes, que no sabrán a ciencia cierta las posibilidades de admisión de su recurso, al menos hasta que la producción jurisprudencial de la Sección de Admisión permita una modelación hermenéutica de la letra de la Ley que permita ahondar en una mayor claridad en cuanto a la concreción del concepto de interés casacional objetivo.

Tal y como se ha señalado, el artículo 88, en primer lugar, contiene una serie de supuestos que, en el caso de que se acredite su concurrencia efectiva, el Alto Tribunal podrá considerarlos dotados de interés casacional. Incluso podría entender que concurre interés casacional en supuestos no contemplados en los puntos 2 y 3 del artículo 88. Por tanto, es claro que la admisión a trámite del recurso de casación ha dejado de basarse en un «sistema reglado» a hacerlo en un «sistema discrecional»²².

²⁰ J.A. Santamaría Pastor (2016:125).

²¹ A este respecto SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2016:122), ha considerado que el adjetivo «objetivo» es «perfectamente prescindible». En la misma línea RECUERDA GIRELA, M.A. (2016: 125) ha incidido en la idea de la contradicción del pretendido carácter objetivo del interés casacional, cuando su apreciación es subjetiva, por parte de los Magistrados del Tribunal Supremo. Sobre esa subjetivación también se ha pronunciado LOZANO CUTANDA, B. (2015), «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades», *Diario La Ley*, 8599.

²² CALAZA LÓPEZ, S. (2017).

En todo caso, la discrecionalidad parece mayor en lo que hace a los supuestos contemplados en el artículo 88.2, que en lo respectivo a los del 88.3, si bien ambos supuestos se refieren a situaciones indiciarias en las cuales la Sala podrá reputar que concurre o que no concurre el interés casacional. La diferencia, por tanto, parece estar más bien en que en los supuestos del apartado 2 para apreciar la concurrencia de interés casacional, el Tribunal deberá motivarlo en mayor medida, mientras que en los del apartado 3 la libertad de apreciación del Tribunal será mayor, no necesitando de una motivación tan exhaustiva. Es decir, es más previsible que se aprecie la concurrencia respecto de los supuestos del artículo 88.3 que respecto a los de 88.2²³.

Probablemente la cuestión clave para entender que un asunto está dotado de tal interés casacional, está en la naturaleza nomofiláctica y unificadora de la interpretación del ordenamiento jurídico que asume el nuevo recurso de casación después de su reforma. Es decir, no se trata tanto de que un asunto encaje en un listado concreto, como de que dicho asunto presente un problema en cuanto a la interpretación del ordenamiento jurídico que lo haga de interés para su resolución por el Tribunal Supremo de acuerdo con su función de protectora de ordenamiento jurídico y de la interpretación de las normas jurídicas por parte de los Tribunales de instancia²⁴.

De cualquier manera, el recurrente deberá argumentar, de forma expresa y autónoma, la concurrencia de los supuestos de los artículos 88.2 o 88.3, justificando la misma de manera concreta²⁵ sobre la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala Tercera²⁶.

²³ Además de esta cuestión, ya expresada por SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2015:23), debe tenerse en cuenta lo que el mismo autor ha afirmado: «La presunción de la que habla el párrafo inicial de este apartado no es, en ningún caso, *iuris et de iure*, ya que todos sus subapartados [salvo la letra b)] permiten una valoración de la Sala en la que se declare la inexistencia de interés casacional».

²⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2015:23).

²⁵ Según el Auto 1316/2017, de 1 de febrero (recurso de queja 111/2016) «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, introduce en su Disposición Final Tercera una reforma del recurso de casación contencioso-administrativo con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley, “con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional”. Es por tanto carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad (más aún si dicha invocación expresa no tiene lugar)».

²⁶ El Auto del Tribunal Supremo 1331/2017, de 1 de febrero (recurso de queja 98/2016) afirma que: «Lo que impone este precepto como carga procesal insoslayable del recurrente es que, de forma expresa y autónoma, argumente la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos del artículo 88. 2 y 3 LJCA que permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala Tercera. Argumentación, además, que no cabe realizar de forma abstracta o desvinculada del caso concreto

2. Los supuestos de artículo 88.2, en los que el Tribunal Supremo podrá apreciar la concurrencia de interés casacional objetivo²⁷

En cuanto a los supuestos de artículo 88.2, debe señalarse el carácter de *numerus apertus* del listado, ya que no es una enumeración cerrada, sino que se habilita a la Sección de Admisión a apreciar la concurrencia de interés casacional en supuestos no contemplados en el artículo 88.2. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en su Auto de 15 de marzo de 2017, en el que resalta el «carácter abierto de la enumeración de circunstancias que permiten apreciar la presencia de interés casacional objetivo»²⁸.

El recurrente deberá acreditar la concurrencia de alguno de los supuestos contemplados en los apartados 2 y 3 del artículo 88, a través de una interpretación autónoma, específica y suficiente. Es decir, no basta con únicamente citarlos en el escrito de preparación, sino que debe razonarse, de manera específica, su efectiva concurrencia²⁹.

Así, el artículo 88.2 establece un total de nueve supuestos:

a) Que la resolución impugnada entre en contradicción con la jurisprudencia de otros órganos jurisdiccionales en cuanto a la interpretación de una norma de derecho estatal o de la Unión Europea.

Supuesto al que me referiré con mayor detenimiento en el apartado III del presente trabajo.

planteado, sino que debe proyectarse sobre él como se desprende de la expresión “con singular referencia al caso” que contiene el citado artículo 89.2. f) LJCA. Es decir, esa argumentación específica que exige la ley no se verá satisfecha con la mera alusión o cita a alguno(s) de los supuestos en que la Sala Tercera de este Tribunal podría apreciar ese interés objetivo casacional para la formación de jurisprudencia, sino que será preciso razonar por qué el caso concreto se inscribe o subsume en el supuesto o supuestos que se aducen».

²⁷ RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2018), «Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 104, págs. 239-281 (pág. 250) las ha denominado acertadamente «circunstancias ejemplificativas».

²⁸ El Tribunal Supremo, en su Auto 2189/2017, de 15 de marzo (recurso 93/2017), ha establecido lo siguiente: «El carácter abierto de la enumeración de circunstancias (entre otras) que permiten apreciar la presencia de interés casacional objetivo para la formación jurisprudencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 88.2 LJCA, conduce a entender que a este Tribunal Supremo puede reputar existente el interés casacional objetivo del recurso preparado con sustento en otras circunstancias distintas, no contempladas en ese artículo 88.2 LJCA, ni tampoco incluidas en el artículo 88.3 LJCA, y, por ende, que el recurrente también podrá invocarlas para justificar el interés casacional objetivo del recurso de casación preparado» (razonamiento jurídico segundo).

²⁹ Así se deja sentado en los Autos del Tribunal Supremo 1331/2017, de 1 de febrero, 4709/2017, 10 de mayo de, 5007/2017, 5942/2017, 24 de mayo y 5317/2017, 29 de mayo, tal y como lo recoge RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2018:264).

b) Que la resolución recurrida sienta una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales.

Este supuesto ha de diferenciarse del recogido en la letra c) (que afecte a un gran número de situaciones). La valoración de resultar “gravemente dañosa” debe realizarse en relación con la interpretación jurisprudencial realizada por la resolución recurrida, y no por la cuantía del procedimiento³⁰.

La argumentación de la concurrencia de este supuesto requiere argumentar en qué sentido se ha producido el daño, y cómo entronca el mismo con el supuesto recurrido³¹.

Para esto no es suficiente la acreditación de una afección a los ingresos del Estado que podría generarse como consecuencia de la aplicación de la interpretación que realiza la resolución recurrida³².

c) Que afecte a un gran número de situaciones, en sí misma o por trascender el caso al proceso.

Esa afección debe argumentarse de manera expresa, en relación con el asunto en cuestión. Así, habrá de razonarse cómo la doctrina impugnada puede afectar a otros muchos supuestos, de manera concreta, no siendo suficiente la afirmación

³⁰ Así se establece en el Auto del Tribunal Supremo 274/2017, de 25 de enero: «Sin embargo, no cabe acoger este argumento, por cuanto no queda acreditado en qué medida la doctrina resulta gravemente dañosa para los intereses generales, toda vez que la sentencia de instancia aborda esta cuestión excluyendo el alegado enriquecimiento injusto, dado que existían posibilidades alternativas en manos de las Administraciones Públicas afectadas. Debiendo destacarse que el interés casacional viene dado cuando la “doctrina” sentada, que no la cuantía debatida, es gravemente dañosa para los intereses generales» (razonamiento jurídico segundo).

³¹ Tal y como ha dejado sentado el Auto del Tribunal Supremo 2313/2017, de 29 de marzo: «En lo que respecta a la circunstancia de interés casacional del artículo 88.2.b) LJCA, la satisfacción de la carga especial que pesa sobre el recurrente de fundamentar, con singular referencia al caso, que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, ex artículo 89.2.f) LJCA, obliga a que en el escrito de preparación: (i) se expliciten, de manera sucinta pero expresiva, las razones por las que la doctrina que contiene la sentencia discutida pueda resultar gravemente dañosa para los intereses generales, (ii) vinculando el perjuicio a tales intereses con la realidad a la que la sentencia aplica su doctrina, (iii) sin que baste al respecto la mera afirmación apodéctica de que el criterio de la sentencia los lesiona».

³² El Auto del Tribunal Supremo 2765/2017, de 5 de abril afirma lo siguiente: «la afirmación, sin más, de que una determinada doctrina provoca una reducción de los ingresos fiscales del Estado no lleva como consecuencia automática que sea gravemente dañosa para el interés general, pues, desde la perspectiva fiscal, este último no consiste en obtener una mayor recaudación [mero «interés recaudatorio»], sino en obtener la recaudación que derive de la realización de un sistema tributario justo, mediante la puesta en práctica de los principios que proclama el artículo 31 de la Constitución Española [verdadero «interés general»]».

genérica de tratarse de una interpretación de una norma jurídica que, por su generalidad, produce efectos en otras situaciones³³.

d) Que resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma de rango legal.

La apreciación de este supuesto requiere la existencia previa de un debate en el juicio de instancia, dándose dudas razonables sobre la constitucionalidad de la norma con rango de ley cuestionada, y que la resolución recurrida no se haya pronunciado al respecto³⁴.

e) Que interprete y aplique con error, como fundamento de su decisión, una doctrina constitucional.

En este caso, no es suficiente con la simple referencia a la doctrina constitucional que se reputa erróneamente aplicada, sino que es necesario razonar en qué concreta medida se ha producido esa situación en el supuesto que se juzga, sin que sea suficiente la mera discrepancia jurídica³⁵.

³³ En este sentido se ha pronunciado el Auto del Tribunal Supremo 1802/2017, de 8 de marzo: «La afección de un gran número de situaciones por la sentencia que se combate, puesta en relación con el deber especial que incumbe al recurrente de fundamentar con singular referencia al caso que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia [artículo 89.2.f) LJCA], pide del recurrente que, salvo en los supuestos notorios, en el escrito de preparación (i) haga explícita esa afección, exteriorizando en un sucinto pero ineludible análisis la previsible influencia de la doctrina en otros muchos supuestos, (ii) sin que sean suficientes las meras referencias genéricas y abstractas, que presupongan sin más tal afección, (iii) ni tampoco baste la afirmación de que se produce por tratarse de la interpretación de una norma jurídica, cuya aplicación a un número indeterminado de situaciones forma parte de su naturaleza intrínseca» (razonamiento jurídico segundo). En similar sentido se manifiesta el Auto del Tribunal Supremo 274/2017, de 25 de enero: «El segundo de los supuestos alegados por la recurrente es el contenido en el art. 88.2.c) LJCA, es decir, el referido a una resolución que «afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto de proceso». La posibilidad de apreciar un interés casacional en este caso requiere, fuera de los supuestos notorios, una alegación precisa y una cierta justificación de la proyección a otras situaciones» (razonamiento jurídico segundo).

³⁴ Así se desprende del Auto del Tribunal Supremo 723/2017, de 3 de febrero, el cual señala lo siguiente: «De modo que habiendo existido debate en la instancia sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 8 y 10 del Real Decreto Ley 9/2008, de que existían dudas fundadas sobre la competencia del órgano que ordenaba el reintegro debatido a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente por los pronunciamientos contenidos en la STC 150/2012, sin que la sentencia finalmente diese respuesta alguna a su petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se aprecia la existencia de interés casacional objetivo en virtud del art. 88.2.d) de la LJ («resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida»») (razonamiento jurídico tercero)

³⁵ Así lo prevé el Auto del Tribunal Supremo 8452, de 18 de septiembre: «Con independencia del carácter poco afortunado de la redacción, que impide conocer exactamente el sentido de lo argumentado, singularmente en conexión con la eventual vulneración de la doctrina constitucional, el deber legal de fundamentación no se encuentra satisfecho. Y ello es así porque no se detallan de manera clara y rigurosa los

f) Que se interprete el derecho de la UE en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE.

El supuesto contemplado en la letra f) exige que la sentencia impugnada entre en contradicción con pronunciamientos jurisdiccionales del TJUE, excluyendo en todo momento cualquier referencia a cuestiones de hecho. Es decir, debe existir un conflicto hermenéutico de fondo entre la interpretación que la resolución recurrida realice de una norma de derecho europeo, y la jurisprudencia del TJUE³⁶.

g) Que resuelva un proceso que impugnó una disposición de carácter general.

El supuesto de la letra g) se refiere a situaciones de impugnación, directa o indirecta, de disposiciones de naturaleza reglamentaria, siendo el elemento clave que la legalidad de dicha disposición general hubiera sido cuestionada, y no tanto cuando el debate se centre en la naturaleza reglamentaria o no del acto impugnado³⁷.

requisitos contenidos en el citado artículo 88.2.e), a saber: i) qué interpretación o aplicación de la doctrina constitucional ha realizado a juicio del recurrente el órgano jurisdiccional *a quo*; ii) qué razón conduce a pensar que la doctrina constitucional se ha aplicado por error; y iii) cómo se verifica que todo ello ha constituido el fundamento de la decisión alcanzada» (razonamiento jurídico cuarto).

³⁶ En estos términos se ha pronunciado el Auto del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2018 (recurso de casación 6676/2017): « No es esta la primera vez que se plantea ante la Sala la admisión de un recurso de casación contra un sentencia que se pronuncia sobre la conformidad a derecho de sanciones impuestas en aplicación del artículo 57.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, por incumplimiento de la obligación de presentar declaración previa a la realización de determinados movimientos de medios de pago, establecida por el artículo 34 del citado texto legal , y si bien en las ocasiones precedentes estimamos que el recurso de casación no era admisible, por referirse a cuestiones de hecho, excluidas del recurso de casación por disposición del artículo 87 bis de la LJCA, o por apreciar la Sala que las infracciones denunciadas no presentaban interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, en los términos exigidos por el artículo 88, apartados 1, 2 y 3 de la LJCA , en la presente ocasión la solución debe ser la contraria, como seguidamente se razonará, en atención a haber planteado la parte recurrente que la sentencia impugnada mantiene una doctrina que contradice la contenida en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio del 2015, Asunto C/255-14 y que es contraria al Derecho comunitario». (razonamiento jurídico tercero).

³⁷ El Auto del Tribunal Supremo 9792/2017, de 18 de noviembre señala lo siguiente: «Por lo demás, el apartado g) del artículo 88.2 LJCA contempla el supuesto de interés casacional consistente en que en el proceso de instancia se haya impugnado, directa o indirectamente, un reglamento; y entendemos que este supuesto puede entrar en liza cuando -como aquí acaece- el núcleo del debate procesal entablado en la instancia ha versado precisamente sobre si el acto impugnado reviste la naturaleza de un reglamento y si por ende le es de aplicación el régimen jurídico y la jurisprudencia relativa a las causas de nulidad de las disposiciones reglamentarias» (razonamiento jurídico segundo). Por su parte, el Auto del Tribunal Supremo 11446/2017, de 12 de diciembre se ha pronunciado en los términos siguientes: «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» (razonamiento jurídico tercero).

h) Que resuelva un proceso en que se impugnó un convenio celebrado entre Administraciones públicas.

En este caso, debemos entender también subsumidos en el supuesto de la letra h) los actos de ejecución del convenio, siempre y cuando la impugnación de acto se base en la interpretación del contenido principal del convenio³⁸.

i) Que la resolución impugnada haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

En el supuesto de este apartado, el recurrente deberá argumentar la concurrencia de interés casacional objetivo, relacionado con el caso objeto de la impugnación, por lo que el de la letra i) no es un requisito que pueda apreciarse de manera automática³⁹.

3. Los presupuestos para apreciar la concurrencia de interés casacional objetivo del artículo 88.3

Los supuestos del artículo 88.3, aparentemente, conllevan un menor margen de discrecionalidad para la apreciación del interés casacional objetivo, en comparación con los del 88.2, dada la contundencia del verbo «se presumirá».

Sin embargo, esa contundencia, queda matizada en el último párrafo del precepto en relación con los supuestos contenidos en las letras a), d) y e). En cualquier caso, al igual que en los supuestos del 88.2, en los del 88.3 la apreciación del interés casacional requiere un importante esfuerzo argumentativo por parte del recurrente, que ha de razonar, en qué sentido, el caso concreto de la resolución impugnada es merecedora de un análisis hermenéutico por parte del Tribunal Supremo⁴⁰.

³⁸ Así lo ha dejado establecido el Tribunal Supremo en su Auto 11408/2017, de 5 de diciembre: «No se puede excluir, por tanto, que el ámbito del supuesto de interés casacional objetivo previsto en el artículo 88.2.h) LJCA pueda proyectarse, en un caso como el ahora analizado, sobre todas aquellas actuaciones se produzcan en relación con el Convenio impugnado -y sus efectos- como resulta en esta pieza separada de medidas cautelares; cuestión ésta, no obstante, que habrá de ser ponderada en cada ocasión por esta Sección de admisión» (razonamiento jurídico tercero).

³⁹ En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en su Auto 10624/2017, de 2 de noviembre: «El hecho de que la sentencia haya recaído en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales constituye un indicio sobre su posible interés casacional, pero no convierte dicha sentencia en susceptible de casación de forma automática, ya que pesa sobre la recurrente la carga de justificar este extremo mediante una referencia circunstanciada al caso controvertido y al concreto derecho fundamental afectado.» (razonamiento jurídico segundo).

⁴⁰ Así, el Auto del Tribunal Supremo 3001/2017, de 8 de marzo: «De otra, el hecho de que concurra un supuesto de presunción de interés casacional no conlleva, de forma automática, que se deba admitir el recurso de casación, como parece dar a entender el Ayuntamiento recurrente, siendo preciso, así mismo, que la parte recurrente cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 89.2 LJCA, exigiéndose, por tanto, que la parte recurrente fundamente, con especial referencia al caso, por qué considera que en ese supuesto

Los supuestos del artículo 88.3 son los siguientes:

a) Que en la resolución impugnada se hayan aplicado normas, en las que se sustente la razón de decidir, sobre las que no exista jurisprudencia.

Para apreciar la concurrencia de interés casacional con base en este supuesto, no es suficiente con argumentar la ausencia de jurisprudencia, sino que, además de eso, debe razonarse la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el supuesto objeto de impugnación, precisamente para salvaguardar la aplicación cohesionada del ordenamiento jurídico⁴¹.

b) Que la resolución impugnada se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

El recurrente deberá justificar que la resolución recurrida se ha apartado deliberadamente de la jurisprudencia existente, entendiendo por tal jurisprudencia, únicamente la del Tribunal Supremo⁴².

c) Que la resolución recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que carezca de transcendencia.

concreto existe interés casacional objetivo, que exija un pronunciamiento por parte de este Tribunal Supremo» (razonamiento jurídico tercero).

⁴¹ El Auto de Tribunal Supremo 4464/2017, de 8 de mayo, ha sentado lo siguiente: «En segundo lugar, pretende fundar la parte recurrente el interés casacional en el supuesto contemplado en el art. 88.3.a) LJCA, que establece que se presumirá que existe interés casacional objetivo (cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia); insistiendo en que nos hallamos ante una norma muy reciente. Ahora bien, el hecho objetivo de que la norma cuya infracción se denuncia carece de jurisprudencia que la haya interpretado y aplicado, por tratarse de una norma de reciente aprobación, no implica que solo por tal circunstancia el recurso de casación merece ser admitido. Al contrario, en todo caso habrá que dar el paso añadido de justificar de forma convincente que el problema interpretativo concretamente planteado en relación con esa norma huérfana de doctrina jurisprudencial, puesto en relación con las circunstancias del caso, ostenta el “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia” al que se refiere el apartado 1º del artículo 88, como pórtico de los supuestos que dicho precepto enuncia a continuación; y eso no ocurre en el presente caso» (razonamiento jurídico tercero).

⁴² De este modo lo ha señalado el Tribunal Supremo en su Auto 1802/2017, de 8 de marzo: «TERCERO.- El artículo 88.3.b) LJCA determina que se presumirá la concurrencia de interés casacional objetivo cuando la resolución impugnada se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea. 2. Para que opere la presunción, el legislador requiere que (i) el apartamiento sea deliberado y, (ii) además, que la razón estribe en considerar errónea la jurisprudencia. 3. La separación ha de ser, por tanto, voluntaria, intencionada y hecha a propósito porque el juez de la instancia considera equivocada la jurisprudencia. Con ello quiere decirse que en la sentencia impugnada tiene que hacerse explícito el rechazo de la jurisprudencia por la indicada causa. No basta, por tanto, con una mera inaplicación de la jurisprudencia por el órgano de instancia, sino que se exige que (i) haga mención expresa a la misma, (ii) señale que la conoce y la valore jurídicamente, y (iii) se aparte de ella por entender que no es correcta [vid auto de 15 de febrero de 2017 (recurso de queja 9/2017, FJ 3º)]» (razonamiento jurídico tercero).

En este caso, la concurrencia de interés casacional debe razonarse en relación con los preceptos de la disposición reglamentaria que hayan sido declarados nulos⁴³.

d) Que la resolución impugnada resuelva actos o disposiciones de organismos reguladores o de supervisión, o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

No sería suficiente la mera invocación de tratarse de un acto proveniente de un organismo regulador o de una agencia estatal, sino que habrá de justificarse la concurrencia de interés casacional en ese concreto supuesto⁴⁴.

e) Que la resolución recurrida resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

En este caso, tampoco estamos ante un supuesto de apreciación automática, sino que, además de concurrir el supuesto de tratarse de actos autonómicos, deberá cumplirse con los requisitos exigidos en el artículo 88.2 LJCA⁴⁵.

Como puede apreciarse, los diferentes autos de admisión de la Sala Tercera han ido aportando algo de luz sobre los supuestos previstos para la apreciación del

⁴³ Auto del Tribunal Supremo 3983/2017, de 28 de abril: «Siendo así, en casación a dicha entidad no le es dable invocar la presunción de interés casacional objetivo establecida por el artículo 88.3 c) LJCA, en tanto que previsto, sí, para los supuestos en que la sentencia declara nula una disposición general; pero para cuando lo que se cuestiona es la propia declaración de nulidad (total o parcial) de dicha disposición. No cuando, en los supuestos de anulación parcial de una disposición general acordada en la instancia, la controversia suscitada en casación se sitúa en cambio en la parte de dicha disposición que no es declarada nula, que es lo que acontece en el supuesto de autos» (razonamiento jurídico tercero).

⁴⁴ Así se desprende del Auto de Tribunal Supremo 5073/2017, de 25 de mayo: «Ahora bien, el hecho objetivo de que el acto impugnado en el proceso reúna formalmente tales requisitos no implica que solo por tal circunstancia el recurso de casación merece ser admitido. Al contrario, el mismo artículo 88, *in fine*, puntualiza que un recurso de casación amparado en esta inicial presunción podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. En tal sentido, ha señalado esta Sala y Sección, a título de ejemplo, que el recurso puede ser inadmitido mediante auto, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios AATS de 6 de marzo y 10 de abril de 2017, recursos 150/2016 y 227/2017».

⁴⁵ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Auto 7010/2017, de 4 de julio: «Ahora bien, en nada obsta esta circunstancia a la inadmisión del actual recurso de casación, puesto que la concurrencia de aquella presunción que el artículo 88.3.e) LJCA formula en relación con los actos y disposiciones de los Consejos de Gobierno autonómicos no exime a la parte recurrente de cumplir con los requisitos formales establecidos en el artículo 89.2 LJCA» (razonamiento jurídico segundo).

interés casacional, que parece ir configurando un modelo «discrecional con algunos elementos reglados»⁴⁶.

En todo caso, lo que el artículo 88.3 plantea son, más bien, presunciones⁴⁷ sobre las que puede suponerse la existencia de interés casacional objetivo, si bien la apreciación del mismo dependerá del criterio de la Sección de Admisión.

III. EL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO POR LA INTERPRETACIÓN DE NORMAS DE DERECHO ESTATAL O EUROPEO EN CONTRADICCIÓN CON LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1. El supuesto del artículo 88.2.a) en relación con el anterior recurso de casación del derogado artículo 96.1 LJCA

El supuesto de interés casacional por la interpretación de normas de derecho estatal o de la Unión Europea en contradicción con la doctrina jurisprudencial queda recogido en el artículo 88.2.a) LJCA, cuyo tenor literal es el siguiente:

«a) 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».

Este precepto es uno de los cauces que probablemente resulten más invocados, dado su similitud con el supuesto contenido en el anterior artículo 96.1 LJCA⁴⁸, que tenía la siguiente redacción:

«1. Podrá interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos».

⁴⁶ Así lo han afirmado VELASCO CABALLERO, F. (2017), «Poderes del Tribunal Supremo en la casación contencioso-administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, págs. 138-180. RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2018: 281).

⁴⁷ Así las ha denominado RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2018:253).

⁴⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2017:66), «El nuevo sistema casacional. Una visión crítica», en M.B. Navarro Vega, *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, el recurso de casación y la ejecución de las sentencias de derribo*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

El artículo 88.2.a) está basado en el anterior 96.1, y de ahí que planteen importantes puntos en común⁴⁹.

Así, el anterior precepto permitía la apreciación del interés casacional en aquellos casos en que concurría una identidad de situación en virtud de que se dieran hechos, fundamentos y pretensiones iguales, en relación con sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo, pero, sin embargo, la sentencia recurrida hubiera llegado a una solución diferente.

El precepto actualmente vigente, se manifiesta en términos similares al derogado, y establece que concurrirá interés casacional para la formación de jurisprudencia en aquellos supuestos en los cuales la sentencia recurrida, ante situaciones jurídicas similares, plantee una interpretación diferente de normas de derecho estatal y europeo.

Así lo ha dejado sentado el Auto de 13 de junio de 2018, al señalar que: «el artículo 88.2.a) de la Ley de esta Jurisdicción (LJCA), por cuanto que la sentencia fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en los que se fundamenta el fallo contradictorio con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido. A estos efectos, trae a colación las sentencias que fueron alegadas inicialmente ante el Juzgado y consideradas por éste en su sentencia, a las que se ha hecho mención en el anterior antecedente de hecho»⁵⁰.

No obstante, también existen importantes diferencias entre el viejo y nuevo modelo de casación contencioso-administrativa, ya que el nuevo modelo ha flexibilizado los motivos excesivamente rígidos del sistema anterior. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en su Auto de 19 de marzo de 2018, al señalar que «la práctica totalidad de los preceptos legales que regulan la admisión o la interposición del nuevo recurso aparecen referidos a un sistema en el que los motivos de casación (la esencia del régimen que se deroga) carecen por completo de sustantividad o relevancia. El modelo actual se sustenta en el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la clave de bóveda del sistema, que resulta de todo punto incompatible con el encorsetamiento que el antiguo régimen de motivos implicaba»⁵¹.

Una de las más importantes diferencias entre el viejo y el nuevo sistema de casación se refiere a la identidad de supuestos exigida de cara a fundar la contradicción interpretativa que se pretendiera invocar.

⁴⁹ GUERRERO ZAPLANA, J. (2018), «El nuevo recurso de casación contencioso administrativo. Algunos comentarios sobre los primeros pronunciamientos de la sala de admisión», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 44, págs. 45-75 (pág. 61).

⁵⁰ Auto del Tribunal Supremo 6295/2018, de 13 de junio.

⁵¹ Auto del Tribunal Supremo 2930/2018, de 19 de marzo. Razonamiento jurídico tercero.

Si bien en el anterior sistema se exigía la existencia una identidad entre los supuestos en que se basaba el recurso, en el nuevo modelo casacional no se exige tanto el requisito de la identidad, sino que se requiere que exista una similitud sustancial entre los supuestos entre los que se ha producido la contradicción interpretativa.

La Ley Orgánica 7/2015 ha flexibilizado ese requisito con el fin de orientar la labor del Tribunal Supremo hacia un enfoque realmente casacional, limando límites formales para que pueda acometer la resolución de problemas realmente relevantes de aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico, y teniendo en cuenta la repercusión general de la resolución que pueda dictarse⁵².

En definitiva, el objetivo que debe buscarse mediante este motivo de concurrencia de interés casacional es la salvaguarda de la seguridad jurídica⁵³ en la interpretación que los órganos jurisdiccionales hacen del ordenamiento jurídico⁵⁴.

El Tribunal Supremo, en Autos de 19 de marzo de 2018, se ha referido a la exigencia de similitud entre los supuestos invocados. A este respecto, ha afirmado que «el artículo 88.2.a) LJCA no opera sólo en presencia de una rigurosa identidad de hechos, sino también cuando se aprecia la existencia de disparidades o contradicciones insalvables entre las sentencias sometidas a contraste, en cuanto concierne a la interpretación de las mismas normas y en relación con un problema de interpretación y aplicación sustancialmente coincidente»⁵⁵.

Como puede apreciarse, la Sección de Admisión ha interpretado que la contradicción a que alude el precepto requiere que las cuestiones examinadas en la resolución recurrida y las que analizan las sentencias que se invocan para justificar la contravención en la interpretación del derecho, sean sustancialmente iguales. Es decir, que exista una similitud entre la problemática jurídica que plantean ambos supuestos.

⁵² FERNÁNDEZ GARCÍA, J.F. (2017).

⁵³ El Auto del Tribunal Supremo 6270/2018, de 10 de mayo, ha venido a afirmar que el objeto de un pronunciamiento de casación del Alto Tribunal sirve al principio de seguridad jurídica: «1. Nos encontramos por tanto ante la situación que, definida en el artículo 88.2.a) LJCA, permite a este Tribunal Supremo apreciar la presencia de interés casacional objetivo, por resultar necesario un pronunciamiento que determine si la posibilidad de reabrir un expediente iniciado mediante declaración y dentro del plazo de prescripción, ha de entenderse referida al plazo de cuatro años computados desde el *dies a quo* definido por el transcurso de los seis meses habilitados para la presentación de la declaración o, si por el contrario, una declaración extemporánea interrumpe la prescripción y, en consecuencia, el reinicio del expediente puede considerarse efectuado sin haberse cumplido aún el plazo de prescripción. 2. De esta manera, el Tribunal Supremo sirve al principio de seguridad jurídica y, por su intermediación, al de igualdad en la aplicación de la ley (artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española)». Razonamiento jurídico tercero.

⁵⁴ RUIZ LÓPEZ, M.A. (2017: 191), «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo: primeras resoluciones, balance y perspectivas», *Revista de Administración Pública*, nº 204, págs. 165-202).

⁵⁵ Auto 2930/2018, de 19 de marzo. Razonamiento jurídico cuarto.

Así, la parte recurrente habrá de argumentar que las sentencias supuestamente contradictorias invocadas se refieren a un problema similar de interpretación del ordenamiento jurídico. Y, siendo ambos supuestos de hecho iguales en sustancia, ambas sentencias han optado por soluciones interpretativas no sólo diferentes, sino, además, contradictorias entre sí⁵⁶.

En este sentido, la Sección de Admisión ha establecido que el recurrente tendrá que razonar que, entre la sentencia o auto recurridos y la jurisprudencia por esta contradicha, existe un problema similar de interpretación del ordenamiento jurídico, ante el cual la resolución que se recurre da una solución hermenéutica distinta y que entra en contradicción. Así lo ha dejado sentado el Auto del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2017: «Por eso, cuando la parte recurrente fundamenta el interés casacional de su impugnación en el artículo 88.2.a), le es exigible razonar y justificar argumentalmente la igualdad sustancial de las cuestiones examinadas en las sentencias que se someten a contraste, mediante un razonamiento que explique que, ante un problema coincidente de interpretación del Ordenamiento jurídico aplicable al pleito, la sentencia impugnada ha optado por una tesis hermenéutica divergente, contradictoria e incompatible con la seguida en la sentencia de contraste, lo cual, a sensu contrario, implica que si la parte recurrente se limita a verter la afirmación de que la sentencia impugnada entra en contradicción con la de contraste, sin argumentar cumplidamente tal aseveración, no podrá tenerse por debidamente cumplida la carga procesal establecida en el artículo 89.2.f) LJCA»⁵⁷.

En definitiva, el problema de interpretación del ordenamiento jurídico que se plantea ha de ser, en esencia, el mismo. Y, siendo un problema jurídico de análogas características, la sentencia o resolución que se recurre ha de haber optado por una vía interpretativa incompatible con el resto de la doctrina jurisprudencial.

2. El interés casacional objetivo por jurisprudencia contradictoria en relación con el interés casacional en el orden civil

El artículo 88.2.a) también contiene importantes puntos en común con los motivos de interés casacional del recurso de casación civil, y, más precisamente, con lo dispuesto en el artículo 477.3 LEC⁵⁸.

⁵⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2018: 265).

⁵⁷ Auto del Tribunal Supremo 720/2017, de 7 de febrero.

⁵⁸ El artículo 477.3 LEC dice lo siguiente: «3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

El artículo 477.3 LEC plantea la concurrencia de interés casacional en el caso de pronunciamientos que resulten contradictorios con la doctrina jurisprudencial de Tribunal Supremo, exista jurisprudencia de las Audiencias provinciales o aplique normas con una vigencia inferior a los cinco años desde su entrada en vigor.

Tanto en el caso del interés casacional en el ámbito civil, como en la jurisdicción contencioso-administrativa, el interés casacional objetivo está dirigido a que el Tribunal Supremo pueda determinar cual es la doctrina correcta cuando la resolución recurrida haya incurrido en una contradicción que resulte incompatible con la realizada por otras resoluciones judiciales⁵⁹.

Sin embargo, también se plantean notables diferencias entre ambos tipos de recurso.

Así, en el caso del recurso de casación contencioso-administrativo, la restricción de supuestos en los que puede apreciarse interés casacional es ostensiblemente menor que en el caso civil, ya que en la jurisdicción contencioso-administrativa no se exige la limitación por el tiempo mínimo de vigencia de la doctrina impugnada⁶⁰.

Por otro lado, la casación civil se refiere únicamente a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, o a jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, mientras que en la casación contencioso-administrativa no se da esa limitación, como se verá más adelante.

3. Aspectos prácticos derivados de la interpretación realizada por la Sección de Admisión en relación con el artículo 88.2.a)

Por otro lado, los Autos han ido resolviendo diversas cuestiones que la letra del artículo 88.2.a) dejaba abiertas, en relación con el tipo de resoluciones que pue-

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente».

⁵⁹ El Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo «sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» de 30 de diciembre de 2011, señala, en referencia al interés casacional en el recurso de casación civil del artículo 477.3 LEC lo siguiente: «El recurso de casación por razón de interés casacional va encaminado a la fijación de la doctrina que se estima correcta en contra del criterio seguido en la sentencia recurrida frente a otras sentencias de AAPP o en contra del criterio de la jurisprudencia, o cuando no existe jurisprudencia sobre una ley que lleva menos de cinco años en vigor (artículo 487.3 LEC). Como consecuencia de ello, como requisito general, el escrito de interposición del recurso de casación por razón de interés casacional debe expresar con claridad en el encabezamiento o formulación del motivo la jurisprudencia que se solicita de la Sala Primera del TS que se fije o se declare infringida o desconocida»

⁶⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2015:23). En similar sentido, GUERRERO ZAPLANA, J. (2018: 61).

den invocarse con arreglo al precepto. En efecto, la ley define el supuesto de que la resolución recurrida haya interpretado normas de Derecho estatal o de la Unión Europea, de manera contradictoria «con lo que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido».

El precepto deja una dicción un tanto abierta, que plantea una serie de cuestiones cuya correcta interpretación es importante de cara a determinar qué tipo de resoluciones pueden ser invocadas, y cómo debe armarse la argumentación como base para apreciar la concurrencia de interés casacional objetivo de acuerdo con el supuesto de 88.2.a).

a) No es suficiente con la mera cita de las resoluciones invocadas, sino que debe argumentarse sólidamente en qué consisten las diferentes interpretaciones realizadas del ordenamiento jurídico, y por qué la cuestión es merecedora de un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

En cuanto a su justificación, no será suficiente la mera cita de las resoluciones que se invocan, sino que habrá de razonarse por qué, y en qué medida contienen soluciones interpretativas diferentes.

Como señala el Auto del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2017 «en todo caso se trata de una cuestión que reviste indudable interés objetivo para la formación de la jurisprudencia (art. 88.1 LJCA), pues la contradicción que surge del contraste de la fundamentación jurídica de las dos sentencias en liza exterioriza un problema interpretativo del Ordenamiento jurídico que necesita ser clarificado y resuelto por el Tribunal Supremo, a fin de reconducir la anotada disparidad hermenéutica del tan citado artículo 8 y, así, garantizar la certeza y la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación del Derecho»⁶¹.

b) La contradicción entre la interpretación dada por la resolución recurrida y la realizada por el resto de resoluciones en que el recurrente basa la concurrencia de interés casacional ha de ser una contradicción estrictamente jurídica, y no podrá basarse en cuestiones de hecho o derivadas del procedimiento.

Como consecuencia de lo anterior, el hecho de que la contradicción deba producirse respecto de las soluciones interpretativas que la sentencia recurrida y las resoluciones invocadas hayan dado respecto a un problema similar de interpretación de las normas jurídicas, conlleva que no será admisible que el interés casacional pretenda sustanciarse sobre una contradicción que concierna a cuestiones de hecho u otras relacionadas con el caso en cuestión que no sean estrictamente jurídicas.

El Auto de 8 de marzo de 2017 ha señalado que «el recurrente tendría que haber argumentado, con singular referencia a las circunstancias concretas del caso

⁶¹ Auto del Tribunal Supremo 720/2017, de 7 de febrero. Razonamiento jurídico segundo.

enjuiciado, la existencia de pronunciamientos, en supuestos sustancialmente iguales, en los que se contuviese una interpretación del derecho contradictoria (no basta que los pronunciamientos alcancen soluciones diferentes), situación que, por otra parte, resulta complicada cuando la solución alcanzada respecto del grado de integración depende de las circunstancias concretas de cada recurrente y de las carencias apreciadas en cada uno de ellos. No basta para entender cumplida esta carga, que recae sobre el escrito de preparación, con la cita dos sentencias (con circunstancias fácticas diversas) para entender justificada mínimamente esa discordancia y, desde luego, no basta con afirmar que la doctrina sentada puede afectar a un gran número de casos similares, sin incluir cualquier otra consideración que avale esta afirmación. Máxime cuando las sentencias que contraponen analizan las circunstancias concurrentes en cada uno de esos recursos, sin que la problemática enjuiciada en cada una de ellas resulte coincidente, por lo que no puede sostenerse, a la vista de su propia argumentación, que nos encontrásemos ante supuestos sustancialmente iguales ni que la doctrina sentada pueda entenderse contradictoria. Pero es que, además, tal y como razona el tribunal de instancia, el recurrente no razona mínimamente la relación de tales casos con el supuesto analizado en la sentencia de instancia, para concluir afirmando que el interés casacional se encuentra en la falta de motivación de la sentencia que le ha generado indefensión. No existe, por tanto, una específica fundamentación que con singular referencia al caso y la doctrina que se fija en la sentencia de instancia justifique mínimamente el interés casacional invocado, por lo que debe concluirse, confirmando el criterio del tribunal de instancia, que es acertada la decisión de no tener por preparado el recurso de casación»⁶².

Por su parte, el Auto de 7 de febrero de 2018 se expresa con claridad: «resultan ajenas a la finalidad del recurso de casación las controversias que se reducen a cuestiones puramente casuísticas y singularizadas, carentes como tales de una dimensión hermenéutica del Ordenamiento que permita apreciar su proyección o repercusión, al menos potencial, sobre otros posibles asuntos»⁶³.

c) La contradicción interpretativa no tiene por qué invocarse sobre resoluciones judiciales firmes.

Otra cuestión que se plantea es si el precepto se refiere a todo tipo de resoluciones judiciales, o si una invocación del mismo únicamente puede sustentarse sobre resoluciones judiciales firmes, pues de la literalidad del artículo no se aclara esta cuestión.

⁶² Auto del Tribunal Supremo 3030/2017, de 8 de marzo, razonamiento jurídico tercero.

⁶³ Auto 1369/2018, de 7 de febrero. Razonamiento jurídico tercero.

A este respecto, parece que podría ser exigible la firmeza de las resoluciones invocadas, ya que de lo contrario podría darse la circunstancia que el sentido de la interpretación dada a la norma jurídica en cuestión cambiara, anulando la sentencia no firme invocada, y que todo esto sucediera una vez aceptado a trámite el recurso de casación.

Sin embargo, la sección de admisión no ha exigido la firmeza de las sentencias invocadas con objeto de argumentar la contradicción en la interpretación del derecho aludida en el precepto analizado. Así se desprende, entre otros, del Auto de 14 de diciembre de 2017, en el que no hace ninguna alusión a la firmeza de las resoluciones, cuando señala que «En efecto, el juego combinado del citado artículo 88.2.a) con el artículo 89.2.f) LJCA exige de quien pretende recurrir en casación: (i) la cita precisa y detallada, que habilite sin mayor esfuerzo la identificación y localización de las sentencias de otros órganos jurisdiccionales eventualmente contradictorias con la recurrida»⁶⁴.

d) ¿Puede sustentarse la contradicción sobre una sentencia del Tribunal Supremo?

Por otro lado, surge la cuestión de si, entre esos «otros órganos judiciales» se encuentran también las propias resoluciones del Tribunal Supremo, dado que, si ya ha recaído jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión en relación con la que se pretende alegar la contradicción en la interpretación del derecho, aparentemente no tendría sentido pretender un nuevo pronunciamiento del Alto Tribunal.

El sentido del recurso de casación es precisamente el de propiciar un pronunciamiento del Supremo. Por tanto, y partiendo del artículo 88.1, aparentemente, no sería invocable una resolución del Alto Tribunal, pues ya habría una solución interpretativa en relación con el objeto del recurso.

Así lo ha determinado la Sección de Admisión en términos generales. A este respecto, resulta esclarecedor el Auto de 15 de marzo de 2017, cuando analiza que «en relación a la circunstancia de interés casacional del artículo 88.2.a) LJCA, la entidad recurrente sostiene en el escrito de preparación la contradicción entre la doctrina que sienta la sentencia recurrida y tres de las sentencias del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia considera previamente vulnerada, recuérdese: (i) de 18 de octubre de 2016, (ii) de 30 de noviembre de 2009, y (iii) de 26 de abril de 1996, así como los diferentes pronunciamientos ya referenciados de otros órganos jurisdiccionales (apartado 4.1. del Hecho Primero). 1.2.1. Si la jurisprudencia está formada,

⁶⁴ Auto del Tribunal Supremo 12168/2017, de 14 de diciembre. Debe reseñarse que ha habido resoluciones, ya superadas por la jurisprudencia mayoritaria referenciada en el cuerpo de este trabajo, que sí han exigido la propuesta de firmeza. Entre estas últimas podemos citar el Auto del Tribunal Supremo 1802/2017, de 8 de marzo.

tal y como mantiene la entidad recurrente, el interés casacional objetivo del recurso preparado en esta concreta cuestión sólo existiría si fuera necesario matizarla, precisarla o concretarla para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en esa jurisprudencia. 1.2.2 La entidad recurrente considera que “resulta conveniente que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el principio de prejudicialidad penal y declare que la Administración debe abstenerse de liquidar si los mismos hechos están pendientes de una sentencia penal firme y que lo único que le compete al TSJ es estudiar si son los mismos los hechos que están pendientes de resolución en un procedimiento penal (lo que en ningún momento pone en duda el TSJ de Galicia) y, en tal caso, anular la liquidación y la sanción, por haber sido dictadas prematuramente”. Olvida con este alegato que el Tribunal Supremo se ha pronunciado ya en ese sentido, como la propia entidad recurrente se encarga de destacar cuando extracta el siguiente pasaje de la más reciente de las sentencias del Tribunal Supremo que menciona, la de 18 de octubre de 2016, en la que se resuelve, conviene subrayarlo un recurso de casación para la unificación de doctrina: “estando probado que la Administración tributaria tuvo conocimiento de que se estaba desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos y períodos, si bien referido a un concepto impositivo distinto, debió paralizar sus actuaciones por preferencia del orden jurisdiccional penal, en evitación de soluciones contradictorias sobre los mismos hechos, y debió abstenerse de liquidar y de sancionar en tanto en cuanto no hubiera recaído sentencia en el proceso penal relativo a los mismos hechos”. 1.2.3. Lo expuesto evidencia la falta de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia de la infracción denunciada, porque el recurrente no razona adecuadamente por qué resulta necesario matizar, precisar o concretar la jurisprudencia que reconoce existente para realidades jurídicas diferentes»⁶⁵.

No obstante, debe matizarse la anterior afirmación, ya que el Tribunal Supremo viene admitiendo, como excepción a la regla general antedicha, la invocación de sentencias del Alto Tribunal, sólo cuando se trate de la única sentencia existente sobre la materia, en atención a lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil, y siempre y cuando se trate de reafirmar, completar, o matizar la doctrina contenida en la resolución que se invoca.

En este sentido, el Auto de 16 de mayo de 2017 ha señalado que «en cualquier caso, la existencia de una única sentencia de este Tribunal hace aconsejable -para formar jurisprudencia mediante la doctrina reiterada a la que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil- que la Sala se pronuncie para reafirmar, reforzar o completar aquel

⁶⁵ Auto del Tribunal Supremo 2061/2017, de 15 de marzo, razonamiento jurídico tercero.

criterio o, en su caso, para cambiarlo o corregirlo en los términos -en ambos supuestos- que la Sección de Enjuiciamiento tenga por conveniente»⁶⁶.

También el Auto de 23 de mayo 2018 ha reafirmado lo siguiente: «2.- La primera infracción carece de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, por las siguientes razones: 1º) En cuanto al artículo 88.2.a) LJCA, se sostiene en el escrito de preparación la contradicción entre la doctrina que sienta la sentencia recurrida y cuatro sentencias del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia considera previamente vulnerada, recuérdese: (i) de 22 de diciembre de 2016, (ii) de 22 de octubre de 2009, (iii) de 6 de junio de 2008 y (iv) de 2 de marzo de 2015 (apartado 5.1. del Hecho Primero). Si la jurisprudencia está formada, tal y como mantiene la mercantil recurrente, el interés casacional objetivo del recurso preparado en esta concreta cuestión sólo existiría si fuera necesario matizarla, precisarla o concretarla para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en esa jurisprudencia. Lo que no aquí no acontece, puesto que existe un cuerpo doctrinal muy amplio y consolidado sobre el ejercicio de la potestad sancionadora, en general, y en el ámbito tributario, en particular»⁶⁷.

A este respecto, el Auto de 19 de febrero de 2018 admitió la concurrencia de interés casacional objetivo, en un supuesto en que se recurría una sentencia del TSJ de Extremadura, y la concurrencia de interés casacional objetivo se basaba, entre otras cuestiones, por incurrir en contradicción con algunas sentencias del Tribunal Supremo⁶⁸.

⁶⁶ Auto del Tribunal Supremo 4230/2017, de 16 de mayo, razonamiento jurídico primero. En similar sentido se ha manifestado el Auto del Tribunal Supremo 5390/2017, de 6 de junio: «La mencionada sentencia, empero, no enerva nuestra decisión de admitir el presente recurso de casación ni excluye el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que el mismo presenta. Es así, en esencia, por las muy acertadas razones que expone el escrito de preparación para defender que en el caso enjuiciado concurren los supuestos de interés casacional previstos en las letras b) y c) del artículo 88.2 de la LJCA. También, porque dicho escrito es de fecha anterior a la citada sentencia de esta Sala. Y, en fin, por ser aconsejable, en una situación como la que describe ese escrito, y para formar jurisprudencia mediante la doctrina reiterada a la que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil, que la Sala se pronuncie para reafirmar, reforzar o completar aquel criterio o, en su caso, para cambiarlo o corregirlo en los términos -en ambos supuestos- que la Sección de Enjuiciamiento tenga por conveniente» (razonamiento jurídico primero).

⁶⁷ Auto 5577/2018, de 23 de mayo. Razonamiento jurídico segundo.

⁶⁸ El Auto 1407/2018 de 19 de febrero afirma lo siguiente: «En cuanto a la circunstancia de la letra a) del artículo 88.2 LJCA, el consistorio recurrente sostiene en el escrito de preparación la contradicción entre la doctrina que sienta la sentencia recurrida y hasta siete de las sentencias del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia, en relación con el principio de estanciedad, considera previamente vulnerada, recuérdese: de 25 de junio de 1998, 30 de marzo de 1999, 19 de enero de 2001, 3 de mayo de 2010, 3 de junio de 2010, 29 de noviembre de 2013 y 9 de diciembre de 2013. De igual forma, la entidad local recurrente entiende que la sentencia de instancia contradice la doctrina en relación a la base imponible del ICIO conformada por el coste real y efectivo de la obra o instalación, citando al respecto las mencionadas SSTs de 14 de mayo de 2010, 23 de noviembre de 2011 y de 15 de febrero de 2013». Razonamiento jurídico segundo.

e) *¿Pueden invocarse resoluciones de otros órdenes jurisdiccionales, o necesariamente ha de basarse la pretendida contradicción sobre pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa?*

De la literalidad del artículo 88.2.a), puede suscitarse la duda de si son invocables resoluciones de otros órdenes jurisdiccionales. En relación con esto, debe señalarse que la contradicción no tiene por qué basarse en resoluciones emanadas del orden contencioso-administrativo.

Al contrario, el Tribunal Supremo viene admitiendo la invocación de resoluciones de otros órdenes, fundamentalmente teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil es habitualmente invocada para completar la interpretación de materias concernientes al Derecho Administrativo como los contratos del sector público, los bienes de las administraciones o la responsabilidad patrimonial de la administración. Incluso, el Auto de 26 de junio de 2017, admitió la invocación de sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía⁶⁹.

A este respecto, el Auto del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2017 ha establecido que «ya en el marco del antiguo recurso de casación contencioso-administrativo (regulado por la LJCA en su redacción anterior a la L.O. 7/2015) no era inhabitual la invocación y el manejo de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en pleitos concernientes a materias regidas en alguna medida por normas civiles o mercantiles, (como es el caso, por ejemplo, de la contratación, los bienes públicos, la responsabilidad de los órganos de gobierno de las personas jurídicas o la responsabilidad patrimonial) en los que la jurisprudencia de dicha Sala resulte trasladable al ámbito contencioso-administrativo. Simplemente a título de muestra, podemos citar, en este sentido, sentencias como las de 30 de abril de 2013 (recurso nº 5927/2011), 30 de mayo de 2014 (recurso nº 2765/2012), 20 de abril de 2015 (recurso nº 4540/2012), 9 de febrero de 2016 (recurso nº 3429/2014), 24 de enero de 2017 (recurso nº 3034/2015), y 1 de marzo de 2017 (recurso nº 100/2015). Pues bien, esta posibilidad no se ha visto cercenada por la nueva regulación del recurso de casación. No hay razón alguna para que en este nuevo marco legal las cosas tengan que ser de otra manera. De hecho, la Ley de la Jurisdicción, en su nueva regulación dada por la L.O. 7/2015, se sitúa en esta misma posibilidad. Así, en el artículo 88.2.a), que establece como supuesto de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que la resolución impugnada “fije, ante cuestiones sustancialmente

⁶⁹ Auto de Tribunal Supremo 6528/2017, de 26 de junio: «En concreto, su interpretación contradice la alcanzada por las sentencias de la Sala de lo Social del mismo Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictadas en los recursos de suplicación 1101/15 y 1084/2015, en los que se entiende que el FOGASA debe responder en los términos que derivan del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores» (razonamiento jurídico primero).

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”. Este precepto no puede ser interpretado en el sentido reduccionista de que por tales órganos jurisdiccionales sólo pueden entenderse los incardinados en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues aun siendo esta la regla general no es posible descartar, a priori, la invocación de una jurisprudencia civil con una clara incidencia en la decisión de las cuestiones planteadas en el seno del proceso contencioso-administrativo»⁷⁰.

f) ¿Las resoluciones invocadas han de provenir por órganos jurisdiccionales del mismo orden jerárquico que el que dictó la sentencia recurrida?

Se plantea la cuestión sobre el nivel jerárquico de los órganos judiciales que hayan dictado las resoluciones aducidas a fin de argumentar la contradicción en la interpretación del derecho por parte de la resolución recurrida en casación. En concreto, el artículo 88.2.a) no aclara si las mismas deben ser de igual orden jerárquico al órgano que haya dictado la resolución recurrida, o, por el contrario, es admisible invocar resoluciones de órganos jerárquicamente inferiores.

Pues bien, las resoluciones invocadas han de haber sido dictadas por órganos del mismo orden jerárquico, dado que deben regir los principios de especialidad y jerarquía. Sí se admite contraste con sentencias que haya dictado cualquier órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero siempre y cuando sean de igual rango jerárquico⁷¹.

g) Debe razonarse en qué medida la sentencia recurrida es contradictoria con la doctrina contenida en las sentencias de contraste.

No es suficiente, por tanto, con, simplemente, citar las sentencias invocadas a contraste, ni siquiera con la mera transcripción de algunos de sus pasajes, sino que se exige al recurrente que justifique debidamente por qué la resolución que se recurre en casación efectivamente establece una doctrina jurisprudencial contradictoria e incompatible con las sentencias de contraste⁷².

Así se desprende de diversos Autos de la Sección de Admisión, que han establecido lo siguiente: «Por eso, cuando la parte recurrente fundamenta el interés casacional de su impugnación en el artículo 88.2.a), le es exigible razonar y justificar argumentalmente la igualdad sustancial de las cuestiones examinadas en las sentencias que se someten a contraste, mediante un razonamiento que explique que, ante

⁷⁰ Auto del Tribunal Supremo 6518/2017, de 19 de junio, razonamiento jurídico tercero.

⁷¹ GUERRERO ZAPLANA, J. (2018:61).

⁷² RUIZ LÓPEZ, M.A. (2017: 191).

un problema coincidente de interpretación del Ordenamiento jurídico aplicable al pleito, la sentencia impugnada ha optado por una tesis hermenéutica divergente, contradictoria e incompatible con la seguida en la sentencia de contraste, lo cual, a sensu contrario, implica que si la parte recurrente se limita a verter la afirmación de que la sentencia impugnada entra en contradicción con la de contraste, sin argumentar cumplidamente tal aseveración, no podrá tenerse por debidamente cumplida la carga procesal establecida en el artículo 89.2.f] LJCA)»⁷³.

h) Exigencias formales.

La invocación del supuesto de interés casacional por jurisprudencia contradictoria exige el cumplimiento de una serie de requisitos formales, de forma que el recurrente habrá de especificar las siguientes cuestiones, tal y como ha determinado el Tribunal Supremo en Auto de 8 de marzo de 201774:

- La cita precisa y detallada, que habilite sin mayor esfuerzo su identificación y localización, de las sentencias firmes de otros órganos jurisdiccionales eventualmente contradictorias con la recurrida.

- El análisis que permita constatar la “sustancial igualdad” de las cuestiones resueltas en unas y otra, en el bien entendido de que la “cuestión” cuya igualdad se predica viene determinada tanto por la norma aplicada como por la realidad a la que se aplica.

- La expresión de que las sentencias confrontadas optan por tesis hermenéuticas divergentes, contradictorias e incompatibles.

IV.- REFLEXIÓN FINAL

Se cumplen dos años desde la entrada en vigor del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, cuyo principal objetivo era el de orientar el recurso de casación hacia su genuina naturaleza jurídica de servir de instrumento para posibilitar al Tribunal Supremo cumplir con su función nomofiláctica y uniformadora en cuanto a la interpretación que los órganos judiciales realizan de ordenamiento jurídico.

El interés casacional, basado en el writ of certiorariestadounidense, y con antecedentes en el recurso de amparo constitucional y en el recurso de casación civil, es la piedra angular del nuevo sistema y único motivo de casación en el ámbito contencioso-administrativo.

⁷³ Autos de Tribunal Supremo 6519/2017, de 9 de junio (razonamiento jurídico tercero). 720/2017, de 7 de febrero (razonamiento jurídico tercero).

⁷⁴ Auto de Tribunal Supremo 1802/2017, de 8 de marzo, razonamiento jurídico segundo.

La admisión a trámite del recurso de casación exige, por tanto, la concurrencia de interés casacional objetivo, que se ha configurado como un concepto jurídico indeterminado, otorgando un amplio margen de apreciación a los magistrados de la Sección de Admisión de la Sala Tercera. Esto requiere que se vayan fijando los criterios interpretativos de los diferentes supuestos del artículo 88.2. y 88.3 a través de la formación jurisprudencial de los autos de admisión, con el fin de que los operadores jurídicos puedan afrontar la fase de casación con mayor seguridad.

A los dos años de la entrada en vigor de la reforma, las primeras resoluciones de admisión han contribuido a acotar la imprecisa letra de la ley, y, sin duda, facilitan la interpretación de la misma, sobre la cual debe reconocerse que aportan luz.

Así ocurre en uno de los supuestos en los que con más frecuencia se basan los recurrentes para razonar la concurrencia de interés casacional, como es el supuesto del artículo 88.2.a), basado en el derogado artículo 96.1 de la Ley Jurisdiccional.

Respecto de este, la Sección de Admisión ha desbrozado algunas cuestiones importantes relacionadas con las resoluciones que pueden invocarse para basar la contradicción de la interpretación realizada por la sentencia recurrida con la interpretación que otras resoluciones judiciales hayan realizado en supuestos iguales o análogos de normas de derecho estatal o europeo.

No obstante, y aunque el Tribunal Supremo va marcando el camino hacia el interés casacional objetivo, y allanando su firme, aún es pronto para afirmar que el nuevo modelo de casación contencioso-administrativa esté cumpliendo con el que dice ser objetivo principal de la reforma, o simplemente está operando como una barrera de acceso a la casación contencioso-administrativa.

V.- BIBLIOGRAFÍA.

BOUAZZA ARIÑO, O., (2013), *El recurso de casación contencioso-administrativo común*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Civitas.

CALAZA LÓPEZ S., (2017), «Primeros compases de la casación contencioso-administrativa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, págs. 43-67.

CANCIO FERNÁNDEZ R.C., (2016), «El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 915.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D. (2015), «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 1 de octubre de 2015, documento electrónico.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J.F. (2017), «Lo nuevo y lo viejo del recurso de casación contencioso-administrativo: admisibilidad y motivos de impugnación», *Revista de Administración Pública*, 202, págs. 337-379.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. (2016), «Comentarios al nuevo recurso de casación: artículos 88 y 89 de la LJCA tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, págs. 75-99.

PÉREZ ALONSO, J. (2015), «El nuevo sistema de casación en el orden contencioso-administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio: con la vista puesta en el certiorari estadounidense», *Diario La Ley*, 8621, 8 de octubre.

GUERRERO ZAPLANA, J., (2018), «El nuevo recurso de casación contencioso administrativo. Algunos comentarios sobre los primeros pronunciamientos de la sala de admisión», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 44, págs. 45-75.

LOZANO CUTANDA, B. (2015), «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades», *Diario La Ley*, 8599.

RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., (2017), «Problemas del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11, págs. 51-70.

- (2018), «Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 104, págs. 239-281.

RECUERDA GIRELA, M.A. (2016), «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo y el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 94, págs. 107-150.

RUIZ LÓPEZ, M.A. (2017), «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo: primeras resoluciones, balance y perspectivas», en *Revista de Administración Pública*, nº 204, págs.165-202.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2015), «Una primera aproximación al nuevo sistema casacional», *Revista de Administración Pública*, 198, págs. 11-42

- (2017), «El nuevo sistema de casacional. Una visión crítica», en NAVARRO VEGA, M.B., (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa : el recurso de casación y la ejecución de las sentencias de derribo*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 59-73.

VELASCO CABALLERO, F. (2017), «Poderes del Tribunal Supremo en la casación contencioso-administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, págs. 138-180.

Responsabilidad del Estado juez por extravío de expedientes judiciales sobre atentados terroristas -pérdida de oportunidad, prescripción y pervivencia de acciones civiles-

Blanca Soro Mateo

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Murcia

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. 1. Marco jurídico general y presupuestos; 2. La pérdida de expediente como un claro supuesto de mal funcionamiento de la Administración de Justicia. II. LA JUSTIFICACIÓN DEL DAÑO: PÉRDIDA DE EXPEDIENTE *VS.* PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O LUCRO CESANTE Y VULNERACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 1. Pérdida de oportunidad *vs.* lucro cesante en supuestos de pérdida de expediente judicial; A. La doctrina de la pérdida de oportunidad y su aplicación a los daños derivados del extravío del expediente judicial; B. El lucro cesante derivado de la frustración de la acción en casos de extravío de expedientes judiciales; C. Los daños indemnizables por pérdida de expediente judicial. 2. Vulneración de la tutela judicial efectiva por extravío de expediente judicial. III. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA DE EXPEDIENTE JUDICIAL. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL *DIE A QUO*; LA EVENTUAL PERVIVENCIA DE LAS ACCIONES CIVILES DERIVADAS DEL ATENTADO EN SUPUESTOS DE EXTRAVÍO DEL EXPEDIENTE JUDICIAL. 1. Pervivencia de la acción en casos de sobreseimiento provisional no notificado al ofendido. 2. Pervivencia de acciones en el caso de que se pudiera probar la aplicación de la amnistía al responsable del atentado. 3. Prescripción de los atentados terroristas y de la responsabilidad civil derivada del delito.

RESUMEN: El presente estudio analiza el sistema de responsabilidad aplicable a los daños derivados del extravío de expedientes judiciales, especialmente de aquellos que traen causa de atentados terroristas. Se plantea el estudio de la natu-

raleza del daño, de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial y la prescripción de la acción civil derivada del atentado.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad del poder judicial, extravío de expediente judicial atentado terrorista, prescripción

ABSTRACT: The study analyzes the system of liability applicable to the damages derived from the loss of judicial records, especially about terrorist attacks. It is based on the nature of the damage and the prescription of the liability action derived from the attack.

KEYWORDS: responsibility of the judiciary, loss of judicial file terrorist attack, prescription

I. LA RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1. Marco jurídico general y presupuestos

El presente estudio se centra en el análisis del régimen de responsabilidad aplicable al extravío de expedientes judiciales especialmente de aquellos que traen causa de atentados terroristas, como categoría de supuestos que quedan incardinados en el marco del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia con ocasión del desarrollo del proceso o de las actuaciones administrativas que constituyen el soporte de la función jurisdiccional¹.

El establecimiento de un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado por daños o perjuicios derivados de actuaciones de la Administración de Justicia, o también denominada Responsabilidad del Estado Juez, ha sido producto de una lenta evolución legislativa. Como ya advirtiera TORNOS MÁS, la Administración de Justicia respondió primero de forma subsidiaria por las conductas ilícitas de sus agentes, para pasar después a responder de forma directa a partir de la consagración de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. El art. 121 CE consagró la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial o derivada del mal funcionamiento de la Administración de Justicia, disponiendo que *“Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del*

¹ MANTECA VALDELANDE, V., “Reclamación de responsabilidad a las Administraciones Públicas (VIII) (Responsabilidad derivada de actuaciones judiciales)”, *Actualidad Administrativa*, núm. 6, Sección Práctica Profesional, tomo 1, Editorial LA LEY, 16-1 de marzo de 2011, p. 806.

*funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley*².

El desarrollo del citado precepto constitucional fue abordado por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), que dedicó a regular esta cuestión sus arts. 292 a 297, preceptos a los que se remitiría la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) al disciplinar el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas³ y, a día de hoy, el vigente art. 32. 7 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector público (LRJSP) que, en los mismos términos que el que fuera su precedente, ha establecido que *“La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”*.

Los arts. 292 a 297 de la LOPJ se ocuparon de establecer un régimen propio y diferenciado de responsabilidad de la Administración de Justicia en tres concretos supuestos: error judicial, funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y prisión preventiva indebida⁴. En primer término, el art. 292.1 LOPJ advierte que *“Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados el derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título”*. Como se desprende del precepto transcrito, se reconoce la legitimación para reclamar a los “perjudicados”, mas a renglón seguido el apartado 2 del mismo precepto legal utiliza el término “interesado” para referirse también a la legitimación activa en este tipo de procesos. De la conjunción de ambas disposiciones, que manejan conceptos no exactamente coincidentes, puede entenderse que “perjudicado” es aquel que ha sufrido el daño y que, por tanto, lo reclama directamente e “interesado” es aquel que, no habiendo sufrido directamente el daño, sin embargo, puede proceder a la reclamación de los perjuicios derivados del mismo, precisión —ésta última— relevante cuando se trata, como se verá *infra*, de reconocer legitimación a los familiares de las víctimas del terrorismo.

² TORNOS MÁS, J., “La responsabilidad patrimonial del estado por el funcionamiento de la administración de justicia. Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1985, pp. 75 y 76.

³ En efecto, el art. 139.4 de la LRJPAC dispuso que *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial*.

⁴ Esta regulación ha sufrido una reforma por obra de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que modifica la LOPJ, que se concreta en la supresión de la regulación especial de la responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados, con el fin de igualar la posición de éstos con la de los demás empleados públicos, adecuándose así a las Recomendaciones del Consejo de Europa en este sentido.

Por lo que se refiere ahora a los presupuestos del sistema e igual que sucede en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, para que proceda la responsabilidad del Estado por mal funcionamiento de la Administración de Justicia se exige 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 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.

En cuanto a la competencia para conocer de estas reclamaciones y al plazo para el ejercicio de la acción de resarcimiento, el art. 293.1 LOPJ establece que el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al *Ministerio de Justicia*, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. La reclamación se presentará *en el plazo de un año* a partir del día en que pudo ejercitarse la acción y se tramitará con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, procediendo recurso contencioso-administrativo en caso de denegación (art. 293.2 LOPJ). El *dies a quo*, como se ha señalado, se sitúa en el momento en que puede ejercitarse la acción, es decir, cuando concurren ya todos los requisitos que la hacen viable, entre ellos los mencionados en el art. 292.2 LOPJ. El procedimiento administrativo a seguir a partir de la entrada en vigor de las Leyes 39/2015 y 40/2015, que derogan el Real Decreto 429/1993, regulador del procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, será el Procedimiento Administrativo Común con las especialidades procedimentales que fija la Ley 39/2015⁵.

La aplicación jurisprudencial de los preceptos referidos sistematiza muy bien los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia en casos de mal funcionamiento. Así, entre otras, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 21 de enero de 1999, sostiene que la viabilidad de la acción en estos casos requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos o elementos del sistema: “a) *La existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente.* b) *Que se haya*

⁵ Deben tenerse en cuenta los siguientes preceptos: arts. 32 a 34 de la Ley 40/2015, art. 65 de la Ley 39/2015, sobre especialidades en el inicio de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, art. 67 de la Ley 39/2015, sobre solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, art. 81 Ley 39/2015 sobre solicitud de informes y dictámenes en los procedimientos de responsabilidad patrimonial; art. 86. 5 de la Ley 39/2015, sobre terminación convencional en responsabilidad patrimonial, art. 91 de la Ley 39/2015, sobre la resolución en los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, y art. 92 de la Ley 39/2015, sobre competencia para la resolución de procedimientos de responsabilidad patrimonial.

producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. c) La concurrencia de la oportuna relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración de Justicia y el daño causado, de tal manera que éste aparezca como una consecuencia de aquél y por lo tanto resulte imputable a la Administración. d) Que la acción se ejercite dentro del plazo de un año desde que la producción del hecho determinante del daño propició la posibilidad de su ejercicio”.

Por emblemática, pues abunda en el alcance del funcionamiento anormal, también interesa traer a colación la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 6 de julio de 1999. Al igual que advirtió la STS de 11 de noviembre de 1993, *“la anormalidad de ese funcionamiento no implica, desde luego, referencia alguna necesaria al elemento de ilicitud o culpabilidad en el desempeño de las funciones judiciales al tratarse de un tipo de responsabilidad objetiva”*. A lo que añade que *“El concepto de anormalidad en el funcionamiento de la Administración constituye un concepto jurídico indeterminado que debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados de la función y las circunstancias concretas concurrentes en el supuesto enjuiciado”*. Por último, también la STS, (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 11 de mayo de 1993, precisa los requisitos del daño indemnizable, que ha de ser real y efectivo, *“y que no se traduzca en meras especulaciones o expectativas-, que incida sobre derechos e intereses legítimos evaluables económicamente y cuya concreción cuantitativa o las bases para su determinación puedan materializarse en ejecución de sentencia, de manera que permitan una cifra individualizada en relación con una persona, como consecuencia del daño producido por la actividad de la Administración en relación de causa a efecto, probando el perjudicado la concurrencia de los requisitos legales para que surja la obligación de indemnizar*.

2. La pérdida de expediente como un claro supuesto de mal funcionamiento de la Administración de Justicia

Como ya ha sido advertido, el mal funcionamiento de la Administración de Justicia es un concepto jurídico indeterminado que *debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados, de la función y las circunstancias concretas concurrentes, bastando con la constatación de que el daño sea consecuencia del anormal funcionamiento de la Administración*⁶. Mas a renglón seguido ha de precisarse que la anormalidad del funcionamiento de la Administración de Justicia no implica, a juicio del TS, *ilicitud o culpabilidad* en el desempeño de las funciones judiciales, pues se trata, lejos de lo que pudiera parecer, de un tipo responsabilidad objetiva ⁷. En dicha lógica, el alcance concepto de *anormalidad* en el funcionamiento de la Administración como concepto jurídico indeterminado debe ser concretado casuísticamente por los Jueces y Tribunales.

⁶ Así lo declara la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 15 de febrero de 1998 y en el mismo sentido la SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 1 de marzo de 2012.

⁷ Por todas, STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 11 de noviembre de 1993.

Del análisis de la interpretación judicial de dicho concepto puede concluirse que se aprecia funcionamiento anormal de la Administración de Justicia cuando las actuaciones procesales tengan una *duración superior a la normal*, dentro de lo que es una diligente tramitación del proceso (SsTS de 12 de junio de 1996, de 4 de enero y de 10 y 30 de mayo de 1990). De este modo, sin apreciar culpabilidad ni falta de diligencia imputable a los agentes de la Administración cabe un mal funcionamiento por retrasos injustificados o dilaciones indebidas, aunque según el TS, para estimar la existencia de dilación indebida no será suficiente el simple incumplimiento de plazos, que constituye a priori una irregularidad procesal, apelando al criterio de la razonabilidad para determinar los niveles de exigencia que la Administración de Justicia debe cumplir.

En relación con lo anterior, resulta ilustrativa la STS de 28 de junio de 1999, (Sala de lo Contencioso-administrativo) que advirtió en el sentido apuntado que “... la existencia o no de retraso constitutivo de anormalidad en el funcionamiento de la Administración de Justicia ha de valorarse, en aplicación del criterio objetivo que preside el instituto de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, partiendo de una apreciación razonable de los niveles de exigencia que la Administración de Justicia, desde el punto de vista de la eficacia, debe cumplir según las necesidades de la sociedad actual y para alcanzar los cuales los poderes públicos están obligados a procurar los medios necesarios. Por eso, el simple incumplimiento de los plazos procesales meramente aceleratorios constituye una irregularidad procesal que no comporta, por sí misma, una anormalidad funcional que genere responsabilidad. Si constituye anormalidad, en cambio, una tardanza, tomando en cuenta la duración del proceso en sus distintas fases, que sea reconocida por la conciencia jurídica y social como impropia de un Estado que propugna como uno de sus valores superiores la justicia y reconoce el derecho a una tutela judicial eficaz⁸.”

Para seguir avanzando en nuestro discurso, debe señalarse ahora que los supuestos incardinables en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no pueden, sin embargo, quedar reducidos a las referidas dilaciones indebidas, sino que deben ser comprendidas también otras situaciones procesales de las que derivan daños imputables a la Administración de Justicia que los particulares no tienen el deber jurídico de soportar. La STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 21 de diciembre de 1999 es ilustrativa de ello al ofrecer una visión más amplia del concepto de “funcionamiento anormal” de la Administración de Justicia. A juicio del TS “no puede quedar reducido exclusivamente a lo que en la sentencia recurrida se denomina “estructura ju-

⁸ No bastando, pues, limitarse a realizar en el escrito de reclamación o de demanda la solicitud de una indemnización por funcionamiento anormal, a partir de una narración de sucesivas actuaciones judiciales que se habrían producido en el desarrollo del proceso penal de referencia, pero sin entrar en el detalle de aquellos lapsos de inactividad o paralización que hayan podido determinar una dilación indebida, o de aquellas otras actuaciones deficientes que eventualmente hayan coadyuvado al mismo resultado, limitándose la parte a enumerar determinados actos procesales propios del tracto sucesivo del procedimiento penal. Vid. en este sentido, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 16 de junio de 2014.

dicial como servicio público”, por más que las dilaciones indebidas constituyan el supuesto típico de funcionamiento anormal (...), sino que comprende también la omisión de fases o etapas procesales, trámites o requisitos, que impidan el recto enjuiciamiento de los asuntos”.

Pues bien, entre estas situaciones procesales a las que se refiere el TS, no cabe duda que se encuentra también el supuesto de pérdida o extravío de expedientes judiciales. Se trata de un claro y evidente supuesto de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia⁹, más grave aún que los enunciados *supra*, al impedir –no sólo dificultar o retrasar– al interesado la posibilidad de obtener una tutela judicial efectiva –en puridad, imposibilita obtener una resolución judicial sobre el fondo–, vulneración que debe ir acompañada del reconocimiento al perjudicado/interesado del derecho a percibir una indemnización por el perjuicio que para éste supone la pérdida del expediente judicial y que, como se verá, puede llegar a suponer la vulneración de un derecho fundamental.

El Consejo de Estado ha considerado reiteradamente que la pérdida del expediente judicial constituye, sin lugar a dudas, un supuesto incardinable en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en cuanto implica un deficiente cumplimiento de las obligaciones impuestas legalmente a los Secretarios Judiciales¹⁰. Así, el Dictamen del Consejo de Estado, núm. 2763/2002, de 31 de octubre de 2002, admite que se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en estos casos, invocando el art. 473.3 de la LOPJ y el art. 6 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios, afirmando que *forman parte de las obligaciones y responsabilidades de los Secretarios Judiciales, entre otras, asumir la guarda y depósito de la documentación, su archivo y la conservación de los bienes y objetos afectados a los expedientes judiciales; y encargarse de la llevanza de los libros y del archivo y de la conservación de las actuaciones. Por todo, la pérdida de un expediente judicial –como ha ocurrido en el presente caso– ha de considerarse un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Aun cuando la pérdida se hubiera producido por el Servicio de Correos u otro de la Administración, circunstancia que no consta de la documentación que conforma el expediente, ello no exime a los Tribunales Superiores de Justicia implicados de realizar las averiguaciones pertinentes acerca del estado del expediente a tenor del art. 140 de la Ley 30/1992, ni excluiría en el presente supuesto el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, pues dicho precepto establece la responsabilidad solidaria de las Administraciones intervinientes “cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación*

⁹ En parecidos términos se expresa la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 5 de febrero de 1992 y la STS de 19 de enero de 2015.

¹⁰ *Vid.* art. 473.3 de la LOPJ y art. 6.b) y g) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, aprobado por el Real Decreto 429/1988, de 29 de abril. *Vid.* asimismo, los Dictámenes del Consejo de Estado 1350/2004, de 8 de julio y 3126/2001, de 31 de enero, entre otros.

*entre varias Administraciones Públicas, se deriven responsabilidades en los términos previstos en la citada Ley*¹¹.

Sentado lo anterior, veamos a continuación cuál es el daño cuya existencia debe probar el perjudicado y/o interesado para que sea indemnizable la pérdida del expediente judicial de acuerdo con el sistema descrito *supra* y cuál ha sido la jurisprudencia al respecto.

II. LA JUSTIFICACIÓN DEL DAÑO: PÉRDIDA DE EXPEDIENTE VS. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O LUCRO CESANTE Y VULNERACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Ya ha quedado advertido, al dar cuenta de los elementos del sistema de responsabilidad del Poder Judicial por mal funcionamiento de la Administración de Justicia que serán indemnizables los daños causados en cualesquiera bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, que tengan su origen en los supuestos previstos en la LOPJ. En todo caso, el daño alegado ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, condiciones idénticas a las que se exigen para apreciar un daño indemnizable conforme al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Asimismo, deberá existir una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actuación del órgano judicial, esto es, entre el mal funcionamiento y el daño reclamado.

Pero ¿cuál es el daño indemnizable en estos casos de pérdida del expediente judicial, la pérdida de oportunidad o el incierto lucro cesante?

1. Pérdida de oportunidad vs. lucro cesante en supuestos de pérdida de expediente judicial

A. La doctrina de la pérdida de oportunidad y su aplicación a los daños derivados del extravío del expediente judicial

En el ámbito de la responsabilidad, tanto en sede civil como administrativa, la “pérdida de oportunidad” es el daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un perjuicio¹². La denominada doctrina de la pérdida de oportunidad ha venido siendo aplicada por nuestros Tribunales desde la década de los cincuenta a asuntos de responsabilidad civil profesional del abogado, ampliándose desde los ochenta al ámbito de la responsabilidad sanitaria. Dicha

¹¹ Y en el mismo sentido y con idéntica fundamentación, los Dictámenes del Consejo de Estado núm. 1350/2004, de 8 de julio, y 2763/2002, de 31 de octubre de 2002.

¹² MEDINA ALCOZ, L., *La Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2007, p. 55.

doctrina se gestó como respuesta a la necesidad de indemnizar los daños irrogados cuando la relación de causalidad no se podía demostrar; configurándose la posibilidad de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio como un bien jurídico cuya desaparición provocaba un daño que como tal debía ser indemnizado¹³.

Este principio de origen jurisprudencial, también asumido por la doctrina del Consejo de Estado, no ha corrido la suerte de cristalizar, sin embargo, en las normas que regulan los diversos sistemas de responsabilidad en derecho español. Así, debe recurrirse a la jurisprudencia para conocer el alcance de esta doctrina y si resulta o no aplicable a los daños irrogados como consecuencia de la pérdida o extravío de expedientes judiciales.

Desde finales de los años ochenta, el orden jurisdiccional civil aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad para resolver demandas frente a abogados y procuradores. De entre las negligencias profesionales indemnizables, según el TS, unas de las sin duda más frecuentes son aquellas en las que el abogado deja transcurrir el plazo de prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual de su cliente, así como aquellas que dan lugar a que el acto administrativo devenga firme.

Asimismo, como se ha avanzado, son numerosos los pronunciamientos en los que se viene aplicando la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario. Así, y por lo que se refiere a la Jurisdicción contencioso-administrativa, se viene admitiendo la aplicación de esta doctrina para atemperar las rigurosas exigencias de la relación de causalidad cuando no puede asegurarse que la actuación culposa del profesional haya sido causante del daño objeto de reclamación, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano. El cálculo de la indemnización en estos casos se efectúa atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si el interesado hubiera sido tratado correctamente. La doctrina de la “pérdida de oportunidad” deviene entonces aplicable en los supuestos de probabilidad causal incierta, pero no cuando no existe dicha probabilidad. En consecuencia, el primer problema que plantea la causalidad probabilística es determinar qué porcentaje de pérdida de oportunidad es necesario para admitir que concurre el requisito del nexo de casualidad exigible para que se aprecie responsabilidad.

¹³ Como ha puesto de manifiesto ASENSI PALLARÉS, el origen doctrinal de la pérdida de oportunidad se encuentra en los ordenamientos jurídicos francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*), entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, introduciéndose después en EEUU, Canadá e Italia. Especialmente en Derecho norteamericano se ha forjado un sólido cuerpo doctrinal y jurisprudencial en torno a la pérdida de oportunidad, que se aplica básicamente en supuestos de daños personales producidos en el ámbito sanitario. ASENSI PALLARÉS, E., “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista Cesco de derecho de consumo*, núm. 8/2013, p. 229, disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

Nos referimos a continuación a los *presupuestos que necesariamente han de concurrir para su aplicación, que han sido esgrimidos por la jurisprudencia en el ámbito de la responsabilidad sanitaria*¹⁴ y de los *profesionales jurídicos* y que, por extensión, también deberían concurrir para poder apreciar la responsabilidad del Poder Judicial. En primer término, se exige una acción u omisión negligente y una incertidumbre causal entre la acción u omisión negligente y el daño final producido. Así, existiendo una oportunidad fundada, real y seria, frustrada ésta se impide la obtención del beneficio final, pero no se sabe si el resultado habría sido el mismo en otro caso¹⁵. En segundo lugar, esta figura supone configurar la pérdida de expectativas como un daño indemnizable autónomo. Lo que implica, como indica ARCOS VIEIRA, solucionar el problema de la relación de causalidad a costa de complicar el de la determinación y posterior valoración del daño¹⁶. En tercer término, debe repararse en que la pérdida de una oportunidad va a suponer el menoscabo de un bien distinto del que representa la ventaja final¹⁷.

La jurisprudencia se ha ocupado de analizar estos presupuestos. Así, y por lo que se refiere al alcance de la probabilidad, aunque en el ámbito de la responsabilidad sanitaria no encontramos criterios jurisprudenciales uniformes, en cambio, en relación a la responsabilidad civil de abogados y procuradores, el TS sí ha consolidado el criterio de la *razonabilidad de la certidumbre de la probabilidad del resultado o la probabilidad de éxito de la acción frustrada* para la determinación de la relevancia de la pérdida de oportunidad a efectos indemnizatorios. En efecto, cuando el abogado deja transcurrir el plazo de la acción de su cliente, el TS ha considerado que *“el daño por pérdida de oportunidad no puede dar lugar a una indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado”*¹⁸. Mas otras veces ha reconocido que *“la*

¹⁴ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad civil médica”, en REGLERO CAMPOS, L.F. Y BUSTO LAGO, J.M (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. II, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 358-364.

¹⁵ En este sentido, *vid.*, ASENSI PALLARÉS, E. (2013: p. 229) y ARCOS VIEIRA, M.L. “La ‘pérdida de oportunidad’ como daño indemnizable” en *Estudos de direito do consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 7, 2005, p. 169.

¹⁶ ARCOS VIEIRA, M.L. *Responsabilidad civil: nexos causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 55.

¹⁷ Así, en el ámbito sanitario, la STS (Sala de lo Civil) de 2 de enero de 2012 afirma que el retraso en el diagnóstico determinó que no se aplicara el tratamiento correcto, pero ello no supone sin más la indemnización de todo el daño acontecido, pues no se sabe si de haber sido diagnosticado con más rapidez el resultado se hubiera producido igualmente. Sin embargo, sí hubiera tenido más posibilidades de obtener un éxito, por lo que ha existido una privación de expectativas. En el mismo sentido, *vid.* SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27 de noviembre de 2012, de 23 de enero de 2012, de 19 de junio de 2012 y SsTS (Sala de lo Civil) de 22 de abril de 2013 y de 28 de junio de 2012. Asimismo, STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 18 de diciembre de 2014 y STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 505/2015, de 13 de marzo de 2015.

¹⁸ Así, la STS de 24 de abril de 2015 (Sala de lo Civil) sobre responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una “situación fáctica o jurídica idónea

*pretensión de resarcimiento de los recurrentes carecía de posibilidades de éxito, por lo que falta el requisito de la razonable certidumbre sobre la existencia de oportunidades de obtener buen éxito en el ejercicio de la acción, necesario para que pueda apreciarse la existencia de un daño resarcible ligado a la frustración de la acción ejercitada*¹⁹. Se hace, pues, necesario valorar las probabilidades de éxito de la acción frustrada y si era viable, se entenderá que la conducta del abogado ha provocado la pérdida de unas probabilidades de éxito de la acción. Así lo ha entendido el TS en la STS (Sala de lo Civil) de 16 de diciembre de 1996, que entra a examinar las probabilidades de que la acción hubiera prosperado.

En el caso que nos ocupa, esto es, en relación con la pérdida de expedientes judiciales, sin embargo, puede entenderse que la relación de causalidad siempre será clara y cierta, pues es prácticamente seguro que la Administración de Justicia con su actuación ha causado el daño. También estará claro el daño objetivo que supone el impedir un pronunciamiento judicial sobre el fondo. Y, por último, se habrá frustrado una acción legítima que para el perjudicado supone la posibilidad de éxito del derecho a indemnización.

Lo difícil en estos casos será otorgar un valor económico a esa oportunidad perdida. Para la cuantificación del daño la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 4 de junio de 2003 consideró que el perjuicio, como consecuencia de la pérdida de oportunidad derivada de la pérdida del expediente judicial, consiste en privar al perjudicado de la tutela judicial efectiva, lo cual es que es subsumible en la noción de daño moral. Así, más que determinar cuál habría sido el resultado de la controversia objeto del proceso, es más indicado tener en cuenta el daño moral que se ha ocasionado por la pérdida de oportunidad, al no haber podido acceder a la tutela judicial efectiva. Por ello, para la determinación del alcance de la indemnización podría tomarse en consideración el equivalente al interés discutido en el proceso en el que se detecta el mal funcionamiento de la Administración de Justicia o bien ponderar dicho alcance en función de la probabilidad de éxito que habría tenido el proceso cuyo expediente se extravió, como sucede en los dos ámbitos vistos en los que se aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad. Y es que, en el caso de extravío de expedientes judiciales, el alcance de la indemnización que debiera corresponder se encuentra muy próximo e incluso puede ser equivalente al interés patrimonial en

para realizarlas”. De ello se desprende que es necesario que la acción que se iba a ejercitar contase con una razonable certidumbre de que podía prosperar. Esto significa que el perjudicado debía contar con una *posibilidad* seria y fundada de que su pretensión fuera estimada, pues en caso contrario se entiende que no se ha producido ningún perjuicio, ya que no había ninguna oportunidad y, por tanto, ninguna oportunidad se ha perdido

¹⁹ STS (Sala de lo Civil) núm. 967/2008, de 23 de octubre de 2008 y núm. 739/2013, de 19 de noviembre de 2013. *Vid.*, SERRA RODRÍGUEZ, A. *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi Editorial, 2ª ed., Elcano, 2001, p. 245.

juego en el proceso principal del que trae causa la pérdida de oportunidad por pérdida del expediente.

B. El lucro cesante derivado de la frustración de la acción en casos de extravío de expedientes judiciales

Aunque hasta aquí parece claro que el daño producido por la pérdida de un expediente judicial constituye un supuesto de pérdida de oportunidad, resulta conveniente que nos detengamos en la distinción entre pérdida de oportunidad y un concepto muy próximo, el lucro cesante, con el fin de descartar o no la posibilidad de que en los casos de extravío de expedientes judiciales nos encontremos ante un supuesto de lucro cesante.

Como es sabido, el lucro cesante es un daño patrimonial que se concreta en la ganancia que el perjudicado ha dejado de obtener o en la pérdida de ingresos sufrida como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo. La diferencia fundamental entre ambos conceptos —pérdida de oportunidad y lucro cesante— reside en que el lucro cesante implica la *pérdida de unos ingresos que se esperaba obtener*, mientras que la pérdida de oportunidad implica sólo la *desaparición de la expectativa de ganancia*, es decir, lo que se destruye es la probabilidad de que el perjudicado obtuviese una ganancia que era posible, pero no seguro, obtener. El lucro cesante es entonces un daño cierto en cuanto a la pérdida en sí de la probabilidad de ganancia, mientras que la pérdida de oportunidad plantea el problema de determinar la realidad y el alcance de las ganancias dejadas de obtener. En el primer caso, la relación de causalidad no ofrece dudas, mientras que en el segundo caso —pérdida de oportunidad—, puede afirmarse que esta es una ficción y que depende del grado de probabilidad de éxito de la acción.

A pesar de las diferencias apuntadas entre ambos conceptos, su proximidad ha llevado en alguna ocasión al TS a identificarlos, reconociendo indemnizaciones por pérdida de oportunidad por la totalidad del daño sufrido, como si se tratara de supuestos de lucro cesante. Así, la conocida STS (Sala de lo Civil) de 20 de mayo de 2014, que resuelve la reclamación de responsabilidad civil contra un abogado por actuación negligente en la defensa de los intereses de su cliente en orden a la obtención de las indemnizaciones que le hubieran podido corresponder por el fallecimiento de sus respectivos familiares en el siniestro del camping de Biescas en 1996, sostuvo que la acción inicial de reclamación por el siniestro habría prosperado *con toda seguridad* de haberse presentado a tiempo, ya que otros perjudicados que así lo hicieron obtuvieron sentencia estimatoria. De este modo, concedió a los demandantes la indemnización que les hubiera correspondido de haberse formulado a tiempo la reclamación.

A la luz de este pronunciamiento, aun habiéndose aplicado la doctrina de la pérdida de oportunidad, en la medida en que la negligencia del abogado no provocó una disminución de probabilidades de éxito de la acción frustrada, en puridad su

actuación impidió con certeza la llegada de unos ingresos al patrimonio de los perjudicados, lo cual supone la evidencia de un lucro cesante, por lo que puede afirmarse que los perfiles entre ambas instituciones continúan siendo difusos. Puede decirse, pues, que definir el daño como pérdida de oportunidad o como lucro cesante dependerá, en suma, del grado de certeza de obtener las cantidades indemnizatorias según el caso. Si las cantidades iban a llegar con certeza al patrimonio del interesado de no haber mediado la negligencia del abogado o, en nuestro caso, la pérdida del expediente judicial, nos encontraríamos ante un supuesto de lucro cesante, en cuyo caso deberá indemnizarse la totalidad del perjuicio producido y no únicamente la pérdida de unas expectativas de obtenerlo. En cambio, si se trata de una probabilidad, nos encontraríamos ante un supuesto de pérdida de oportunidad, que comprende sólo el daño moral y que no se identifica con la totalidad del daño producido que se corresponde con la cuantía del proceso principal.

C. Los daños indemnizables por pérdida de expediente judicial

La cuestión analizada *supra*, relativa a la dicotomía *pérdida de oportunidad vs. lucro cesante*, enlaza inmediatamente con la relativa a la determinación del daño indemnizable. En efecto, debe determinarse entonces si son indemnizables los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad procesal o los daños derivados del objeto del proceso principal.

Ya ha podido comprobarse que no es en absoluto una tarea fácil determinar la dimensión del perjuicio derivado del mal funcionamiento de la Administración de Justicia²⁰. En principio, nuestros Tribunales entienden que son indemnizables exclusivamente los daños morales que son consecuencia de la frustración del interés legítimo de la víctima en obtener un pronunciamiento judicial, y las eventuales consecuencias respecto del planteamiento de procedimientos posteriores²¹. Asimismo,

²⁰ El Consejo de Estado se ha referido a esta dificultad en su Dictamen 692/2001 de 19 de abril, que aprecia que “Coincide el Consejo de Estado con el Consejo General del Poder Judicial y con el órgano instructor en que en el asunto consultado se ha producido un evidente funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Por un lado, el proceso penal ha tenido una duración extraordinariamente prolongada, que excede ampliamente del plazo razonable; por otro, por una circunstancia imputable al órgano judicial (no proveer la personación de dos de los procesados), la Audiencia Provincial declaró la prescripción de la acción penal, porque, según su interpretación, el tiempo transcurrido desde la omisión viciada de nulidad (marzo de 1986) es considerado plazo de paralización del proceso a efectos de prescripción. Por consiguiente, el reclamante ha tenido que sufrir el perjuicio de una litispendencia indebidamente dilatada durante casi veinte años para al final perder toda acción penal por causa imputable a la Administración de Justicia” ... “No es tarea fácil en este caso precisar la dimensión exacta del perjuicio derivado de ese funcionamiento anormal”.

²¹ Así lo estima la SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 24 octubre 2002, según la cual: “Reconocida la existencia del funcionamiento anormal, la cuestión a enjuiciar queda limitada a determinar la indemnización que deba percibir el perjudicado. Y a este respecto, es obligado advertir que los daños y perjuicios indemnizables han de ser los derivados del funcionamiento anormal, en razón a la necesaria relación de causalidad entre el irregular funcionamiento y el daño sufrido. En este sentido, los conceptos y cantidades indemnizatorios solicitados por el reclamante no son consecuencia directa del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia ya que, para que ello fuera así, deberíamos tener la certeza de que, de

se ha entendido que deben concretarse por el actor los daños materiales que pueden existir como consecuencia del mal funcionamiento de la Administración de Justicia, ya que una referencia a los daños derivados del mal funcionamiento sólo justifica el reconocimiento de daños morales que se suponen²².

También el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre supuestos en los que, tras apreciar la pérdida de oportunidad procesal derivada del mal funcionamiento de la Administración de Justicia, distingue entre los daños derivados de la dilación indebida y los daños derivados del objeto del proceso principal en el que se produce el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, considerando resarcibles únicamente los primeros, esto es, los que son consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos²³. Además, si se entendiera que queda expedita alguna vía jurisdiccional, y sólo en estos casos, cabría sostener la procedencia de una indemnización equivalente al perjuicio que supone promover un nuevo pleito para obtenerla²⁴. A mayor abundamiento, el Alto órgano consultivo ha señalado en

haberse seguido debidamente las actuaciones penales, habrían concluido en un pronunciamiento condenatorio, y que dicho pronunciamiento habría conllevado a su vez una sentencia estimatoria ante la jurisdicción social. Es evidente que no puede partirse de dicho presupuesto como incuestionable. Por dicha razón, en supuestos como el que se examina, han de indemnizarse exclusivamente los daños morales consecuentes a la frustración del interés legítimo de la víctima en obtener un pronunciamiento penal, y las eventuales consecuencias respecto del planteamiento de procedimientos posteriores, conceptos que vienen siendo indemnizados por esta Sección en supuestos como el que se examina con una cantidad de 1.500 Euros, cantidad que ha de considerarse razonable también en el caso de autos”.

²² STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4 de mayo de 2007.

²³ Así, lo entiende el Dictamen del Consejo de Estado 1003/2010, de 23 de septiembre de 2010, que considera que “A estos efectos, es necesario diferenciar entre el daño resarcible como consecuencia del anómalo funcionamiento en los servicios de la Administración de Justicia y el fondo mismo de la cuestión debatida en el proceso judicial. Esto es, una cosa son los perjuicios –en este caso, la pérdida de oportunidad procesal– originados por la indebida dilación del procedimiento y otra cosa son los daños sufridos como consecuencia de la agresión sexual supuestamente padecida por su hija menor. Sólo los primeros, es decir, los que son consecuencia directa del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia son indemnizables en estos casos.

²⁴ En este último sentido, resulta esclarecedor el Dictamen del Consejo de Estado núm. 722/2013, de 13 de septiembre, según el cual, “Se razona en la propuesta que, a consecuencia de la prescripción de la acción penal por dilaciones indebidas, la entidad reclamante ha sufrido un “perjuicio efectivo”, consistente –según doctrina del Consejo de Estado– en la “pérdida del derecho a obtener en sede penal una resolución sobre la responsabilidad civil del acusado” y en el “deber de promover un pleito civil para obtenerla”... La paralización del procedimiento penal determinante de la prescripción de la acción no resulta, por tanto, imputable a las partes personadas sino a la inactividad del órgano jurisdiccional actuante, pues –como se dice en la sentencia de apelación– no se practicó diligencia alguna, ni se dictó resolución, durante un periodo de tiempo superior a seis meses. La prescripción de la acción penal se produjo, pues, a causa de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que ha impedido a la mercantil ahora reclamante recuperar la posesión de la nave en ejecución provisional del pronunciamiento civil en tal sentido contenido en la sentencia n.º 155 del Juzgado de Instrucción n.º 5 de A Coruña, de 25 de junio de 2009, y que le obligará a ejercer la correspondiente acción en vía civil –distinta de la demanda de desahucio en su día ejercitada– dirigida a recobrar dicha posesión, con el consiguiente coste que ello comporta. El perjuicio ocasionado a la mercantil interesada en el presente caso se contrae a la pérdida del derecho a obtener en sede penal la restitución de la posesión de la nave, que no puede cuantificarse, como ésta pretende en su reclamación, al valor de uso de la nave y de los bienes muebles en ella contenidos durante el tiempo de desposesión. En este punto, debe distinguirse entre el daño resarcible a título de funcionamiento

distintas ocasiones que la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado no puede servir como un medio de resarcirse de los perjuicios ocasionados en el seno de un proceso judicial, de carácter alternativo a su exigencia frente a los verdaderos causantes de tales perjuicios (habitualmente, quien aparece como deudor en ese proceso), articulando una especie de responsabilidad subsidiaria (o incluso solidaria) del Estado por vía de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia”²⁵.

Volviendo al asunto que nos ocupa, esto es, en el caso de extravío de expediente judicial, si de no haberse extraviado el mismo, con toda seguridad existe una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado²⁶, o lo que es lo mismo, una relación de certeza objetiva entre el mal funcionamiento de la Administración de Justicia y la frustración de las pretensiones del perjudicado, como señalábamos *supra*, deberá entonces indemnizarse la totalidad del perjuicio producido y no únicamente la pérdida de unas expectativas de obtenerlo, en aplicación de la doctrina del lucro cesante.

A mayor abundamiento, en el concreto caso de pérdida de expediente judicial sobre atentado terrorista, la frustración de la acción judicial como consecuencia de dicho extravío implica sin lugar a dudas la causación de un daño patrimonial, porque el objetivo de la acción frustrada consiste precisamente en la obtención de una ventaja de contenido económico. Ello lleva a la necesidad de llevar a cabo un cálculo

anormal de la Administración de Justicia, que es la pérdida de oportunidad procesal resultante de la prescripción de la acción penal, de aquellos otros que le hayan sido ocasionados a ..., por la pérdida de posesión del referido inmueble y de los objetos existentes en su interior, que serán únicamente reclamables al propietario, como autor del despojo posesorio, en el supuesto de que la jurisdicción civil considere que éste ha actuado ilícitamente. Por esta razón, no puede indemnizarse con un importe equivalente al valor de uso de la nave y de los bienes muebles en ella radicados durante el tiempo de desposesión, máxime cuando la restitución de la finca ordenada en sentencia n° 155 del Juzgado de Instrucción n° 5 de A Coruña, de 25 de junio de 2009, constituía un pronunciamiento que, aun siendo ejecutable provisionalmente, no había ganado firmeza. El único concepto indemnizable a título de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia debe ser, en el presente caso, en el coste del proceso civil que la entidad reclamante deberá promover en orden a recuperar la posesión de la nave y de los bienes muebles que en ella se encuentran. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos así lo viene entendiendo, en el marco normativo del artículo 50 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y tal criterio ha sido recogido por la doctrina del Consejo de Estado en anteriores ocasiones (dictamen n° 879/2006, de 29 de junio)”.

²⁵ Vid. Dictámenes del Consejo de Estado núm. 692/2005 y 1108/2006. Entiende el Alto órgano consultivo que el Consejo General del Poder Judicial ha apreciado un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en razón del extravío de actuaciones judiciales, del plazo excesivamente largo para resolver un proceso (quince años desde que se interpone la demanda hasta que se resuelve el procedimiento ejecutivo), de los retrasos en la notificación de actuaciones judiciales y de la consiguiente pendencia durante once años de un proceso penal contra el reclamante, que había sido sobreseído y de cuyo auto de sobreseimiento se demoró la notificación del Juzgado al querellante durante un plazo de tres años. Pues bien, considera el Consejo de Estado que “*la evidencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no determina, por sí, la procedencia de indemnizar al reclamante, sino que para ello resulta necesario constatar que dicho funcionamiento anormal le ha producido un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado*”.

²⁶ Vid. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27 de julio de 2006.

prospectivo de la indemnización a la que se tuvo derecho, incrementada por el interés legal del dinero, además de los correspondientes daños morales. En efecto, la pérdida del expediente a cuyo contenido no se puede acceder genera una pérdida de oportunidad cierta o lucro cesante como daño indemnizable que constituye un claro supuesto de funcionamiento anormal del Poder Judicial. Y es que, en el sentido apuntado, el TS ha considerado oportuno entrar a valorar la verosimilitud de la oportunidad perdida, cuando fuera claro o evidente que cualquier otro juzgador habría llegado a la misma conclusión de que si se hubiera podido ejercer la parte sus derechos eficazmente, el fallo en el pleito hubiera sido ese (estimatorio o desestimatorio de la pretensión del perjudicado). Advirtiendo que, si bien no se debe establecer un rígido mimetismo entre la pretensión planteada en el procedimiento en que se dio la actuación culposa y los daños y perjuicios a indemnizar, como si se tratara de una especie reflejo mecánico de la pretensión que en su día no pudo ejercitarse conforme al derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el triunfo del pleito pasa de ser una posibilidad a un hecho cierto, entonces debe reconocerse la plena satisfacción de la pretensión²⁷.

Y en el concreto caso que nos ocupa, da la casualidad de que la pérdida de oportunidad procesal genera una responsabilidad patrimonial del Poder Judicial respecto de un derecho subjetivo ejercitable frente al propio Estado, pues este responde de los daños derivados de atentado terrorista²⁸. Así, en virtud de dicho mal funciona-

²⁷ Vid. STS (Sala de lo civil) n° 303/2009, 12 de mayo de 2009 (f. j. 5). Advierte el TS que “*La segunda postura jurisprudencial tampoco es atendible. No se puede tener como base para determinar la existencia del daño o su valoración económica la prosperabilidad o no de las pretensiones de la actora. Si así se hiciera se entraría en el ámbito de las conjeturas y expectativas de derechos, las cuales, obviamente, no pueden ser valoradas y mucho menos objeto de debate en una resolución judicial, ni siquiera como mera hipótesis. La existencia de una responsabilidad civil dependería de una revisión “a posteriori” de un proceso judicial ya finalizado en firme y que por efecto del principio de la cosa juzgada no es posible revivir, siendo evidente que esta labor no tendría amparo en un cauce jurídico válido. Y ni siquiera para valorar el “quantum” indemnizatorio pues, si en los daños morales no se parte para su valoración de unas pautas objetivas y determinadas, como se verá más adelante, sino de un criterio subjetivo del juzgador atendiendo a las circunstancias concurrentes, si el punto de partida de este análisis subjetivo fuera a su vez el estudio de la prosperabilidad de las pretensiones del actor en un pleito en el que la decisión no depende de este juzgador, no pudiéndose “prejuzgar” el mismo, en puridad para ver esa probabilidad de éxito debería ponerse en lugar del juez de aquel pleito, con la visión particular que pueda tener este de las cosas tanto a nivel jurídico como personal, cosa que se antoja imposible y que, en todo caso, nos situaría al calcular el daño moral en por llamarlo de alguna manera, la “subjetividad de la subjetividad”*”. Por tanto, se entiende que solo se podría acudir a este criterio en supuestos excepcionales cuando fuera tan claro o evidente, llevando a la certeza a este juzgador, que cualquier otro habría llegado a la misma conclusión de que si se hubiera podido ejercer la parte sus derechos eficazmente, el fallo en el pleito hubiera sido ese (estimatorio o desestimatorio de la pretensión del perjudicado), no pudiendo hablarse de más o menos probabilidades en un sentido u otro.

²⁸ Por lo que se refiere al marco normativo del deber estatal de resarcir los daños causados por grupos o bandas armadas, el primer antecedente que encontramos, relativo al establecimiento de obligaciones a cargo del Estado para la atención de las víctimas del terrorismo, se encuentra en el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, derogado por el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, de Seguridad Ciudadana. En tal texto legal se partía de un supuesto restrictivo para el otorgamiento

miento del Poder Judicial se produce un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, que se corresponde con la indemnización a que ha lugar en virtud del proceso principal, por lo que el perjuicio a resarcir, como sucede al aplicar la doctrina del lucro cesante, debe ser en estos casos la cuantía a la que asciendan los daños causados por el propio hecho que dio lugar a la incoación del proceso cuyo expediente se ha extraviado. El Estado, pues, por determinación legal sí que debe hacerse cargo de la indemnización que correspondería satisfacer al verdadero deudor, por lo que sí procedería articular una suerte de responsabilidad subsidiaria del Estado en supuestos de pérdida de expedientes judiciales sobre atentados terroristas.

En conclusión, la pérdida del expediente judicial debe considerarse como un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Y de la pérdida del expediente debe nacer el derecho a la indemnización pues concurren el resto de presupuestos exigidos legalmente, en concreto, la producción de un daño efectivo que el particular no tiene el deber jurídico de soportar y el nexo causal entre el perjuicio sufrido y la actuación de la Administración²⁹. En efecto, no habrá sido posible el consiguiente reconocimiento judicial del derecho a percibir una indemnización en concepto de responsabilidad civil derivada de delito, más los intereses legales correspondientes como consecuencia del extravío del expediente. Asimismo dicha pérdida del expediente, además de este daño patrimonial, genera daños morales que también deben ser resarcidos³⁰. Y ello porque, como es sabido, de conformidad con los arts.

de tales indemnizaciones, toda vez que sólo estaban encaminadas a la reparación de aquellos daños que se causaran especialmente a funcionarios y particulares con ocasión de su actividad o colaboración para la prevención o represión de los hechos delictivos referidos en la misma norma, que no eran otros que los actos de terrorismo. Posteriormente, se sucedieron una serie de normas que fueron avanzando en las garantías indemnizatorias, concretamente el Real Decreto Ley 3/1978 por los Acuerdos del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 1979 y 25 de marzo de 1983, Real Decreto Ley 3/1979, de 26 de enero, de Seguridad Ciudadana: el Real Decreto 484/1982, de 5 de marzo, La Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y el Real Decreto 336/1986, de 24 de enero, sobre indemnizaciones a las víctimas de las bandas armadas y elementos terroristas, las Leyes 33/1987, de 23 de diciembre, 4/1990, de 29 de julio y 31/1991, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado, Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, hasta llegar a la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo y los Reales Decretos 1912/1999, de 17 de diciembre y 288/2003, de 7 de marzo.

²⁹ *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado núm. 3126/2001, de 31 de enero de 2002.

³⁰ Deben tenerse en cuenta las dificultades que entraña, además de su definición, la prueba de los daños morales, aunque es cierto que la jurisprudencia relaja considerablemente su exigencia cuando de los hechos que constan se infiere claramente la concurrencia del daño. *Vid.*, en este sentido, Dictamen del Consejo de Estado núm. 93/2007, de 1 de marzo de 2007. También la cuantificación del daño moral resulta ser una cuestión problemática, por el marcado carácter subjetivo de los derechos vulnerados, por lo que la jurisprudencia tiene en cuenta la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos, y por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones (STS de 12 de mayo de 2000, de 29 de mayo de 2000, de 29 de junio de 2001 y de 3 de enero de 2003).

109 y siguientes, y en especial el art. 116 CP, “*toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivan daños o perjuicios*”, “*viniendo obligado a reparar en los términos previstos en las Leyes aquéllos por él causados*”. Y dada la naturaleza de la acción delictiva que nos ocupa, la indemnización no puede obedecer a otra causa que a los daños morales producidos a las víctimas³¹.

2. Vulneración de la tutela judicial efectiva por extravío de expediente judicial

A la vista de todo lo expuesto, y en la medida en que la pérdida del expediente judicial supone a todas luces la frustración de la acción, debemos preguntarnos entonces si en estos casos la actuación del Poder Judicial –por acción u omisión– vulnera el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, lo cual, en caso afirmativo, permitiría invocar en el procedimiento de responsabilidad patrimonial que se suscitara la vulneración de los derechos fundamentales.

Debe señalarse que, en relación con las dilaciones indebidas, que es uno de los casos más frecuentes de responsabilidad del Poder judicial, pero también predicable en relación con el extravío de expedientes judiciales, el TC en STC 5/1985, de 23 de enero ha invocado la aplicación del art. 6 de la CEDH, que establece el derecho a que la causa sea vista en un “plazo razonable” o, como advierte el art. 24.2 CE “sin dilaciones indebidas”. La jurisprudencia del TEDH ha ido perfilando una serie de criterios interpretativos sobre el referido “plazo razonable” al que se refiere el art. 6 del CEDH, como la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes, las consecuencias que pueden derivar de la demora para las partes y los márgenes ordinarios en los tipos de procesos de que se trata³². Asimismo, el TC ha entendido que el retraso causado por el extravío del expediente o la inactividad de la Sala para suplirlo, ha de considerarse excesivo respecto al tiempo razonable en que debe desarrollarse un proceso³³ y, trayendo a colación la STEDH, de 23 de abril de 1977 (asunto *König*), manifiesta que esto afecta al derecho del recurrente a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales dentro de unos límites temporales adecuados³⁴.

³¹ Vid. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 376/2004, de 17 de marzo y SAN (Sala de lo Penal) núm. 60/2006, de 8 de noviembre.

³² En este sentido, *vid.* STEDH de 6 de mayo de 1981 (caso *Buchholz*). En parecidos términos se expresa la STEDH de 13 de julio de 1983 (caso *Zimmermann y Steiner*), asumiendo la doctrina de los asuntos *König, Guzzardi, Buchholz, Foti, Corigliano y Mineli*.

³³ STC 18/1993, de 14 de marzo.

³⁴ A pesar de lo anterior, debe tenerse presente que el derecho a ser indemnizado por dilaciones indebidas no es en sí mismo un derecho invocable en la vía de amparo. Como ya señaló la STC 36/1984, de 14 de marzo, el pronunciamiento del TC ha de limitarse a declarar la existencia de la lesión del derecho constitucionalmente garantizado y la conexión entre tal lesión y el supuesto contemplado en el art. 121 CE,

En consonancia con lo anterior, el daño objetivo que implica impedir ejercer una acción legítima y la privación que para el perjudicado supone la posibilidad de éxito del derecho a indemnización derivado de la responsabilidad por acto terrorista, genera una vulneración en su derecho a la tutela judicial efectiva, en sus legítimas expectativas en el proceso y en la satisfacción del derecho a la verdad. De este modo, en caso de estimarse, debería tenerse en cuenta, además del daño moral genérico, y la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Porque los poderes públicos tienen la obligación de respetar, proteger y materializar el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos, como es el caso de un atentado terrorista, a interponer recursos efectivos frente a tales vulneraciones³⁵.

En este sentido se ha pronunciado el TEDH al reconocer que en casos en los que cabe apreciar una violación grave de los derechos humanos, *“la respuesta adecuada de las autoridades es esencial para preservar la confianza del público en el respeto del principio de legalidad y evitar cualquier apariencia de complicidad o tolerancia en relación con los actos ilícitos”*³⁶.

sin perjuicio de que, a partir de ello, el lesionado procure, a través de otras vías, el resarcimiento. Para ello, pues, sería necesario agotar todas las vías ordinarias.

³⁵ Así queda reconocido en el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otros tratados internacionales. En el caso de extravío de expedientes relativos a atentados terroristas, el comportamiento de la Administración de Justicia conculca, pues, derechos de los recurrentes como el derecho a la verdad, a la tutela judicial efectiva y a la reparación. Las Resoluciones 9/11 y 12/12 Derecho a la Verdad, aprobadas el 24 de septiembre de 2008 y el 12 de octubre de 2009 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, advierten que *El Comité de Derechos Humanos ha reconocido que las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y sus familiares tienen derecho a conocer la verdad sobre los hechos ocurridos, incluido el conocimiento de la identidad de los autores de los hechos que dieron origen a estas violaciones (...)*. En el mismo sentido, deben consultarse las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la erradicación de la Impunidad de las Violaciones Graves de los Derechos Humanos, 30 de marzo de 2011, según las cuales *“la impunidad de los responsables de actos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos, añade dolor a las víctimas». En esta línea, el que un recurso y una indemnización adecuados implican que las víctimas de presuntas violaciones de los artículos 3 y 5 del Convenio sean reconocidas como tales y gocen del debido respeto, para que ellas mismas, sus familias y el conjunto de la sociedad puedan conocer la verdad sobre las violaciones sufridas. Si bien, además de la indemnización, habría que procurar otros elementos fundamentales para la función de reparación a largo plazo que desempeña la indemnización, concretamente el reconocimiento público de la verdad y el hecho de actuar adecuadamente, mediante una forma u otra de reparación, del calvario que ha atravesado la víctima, constituye un paso esencial en la curación del superviviente. Si la verdad permanece oculta y los autores quedan impunes, se exacerba el sentimiento de impotencia del superviviente y su dificultad para dar sentido a lo que ha vivido y pasar página”*.

³⁶ *Vid.*, STEDH de 24 de mayo de 2011. En el mismo sentido, según las Directrices de 30 de marzo de 2011 del Consejo de Europa, *“Los Estados tienen el deber de luchar contra la impunidad, al objeto de hacer justicia a las víctimas, disuadir de la comisión ulterior de violaciones de los derechos humanos y preservar el Estado de Derecho y la confianza de la opinión pública en el sistema judicial”*.

III. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA DE EXPEDIENTE JUDICIAL. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO*

Volviendo al sistema de responsabilidad del Poder Judicial diseñado por la LOPJ, y en relación ahora al plazo de reclamación, el *dies a quo* se inicia en el momento en que puede ejercitarse la acción, es decir, cuando concurren ya todos los requisitos que hacen viable la acción (art. 293.2 LOPJ).

En principio, en un caso como el que nos ocupa, en el que el ejercicio de la acción indemnizatoria se efectúa sobre la base de la existencia de un funcionamiento anormal en el proceso penal -del que ha derivado la pérdida del expediente judicial-, dicho plazo ha de comenzar a computarse a partir del día en que la parte tuviera conocimiento de tal funcionamiento anormal y de las dimensiones fácticas y jurídicas del alcance de los perjuicios producidos.

Sobre el *dies a quo* en estos casos es constante la jurisprudencia al otorgar relevancia al momento en que se comprueba la ilicitud del daño³⁷, situando el mismo en el momento en que se comprueba la ilicitud del daño³⁸. Del mismo modo la juris-

³⁷ Sobre un asunto sobre responsabilidad del Estado, Juez, y en apoyatura de este entendimiento de la prescripción de la acción de responsabilidad por pérdida de expediente, debe traerse a colación el Dictamen del Consejo de Estado, núm. 2542/2006, de 1 de marzo de 2007, según el cual “... la conclusión que se alcanza en este informe debe ser favorable a dicha pretensión, toda vez que el hecho del extravío queda perfectamente acreditado en los autos, así como su incidencia directa en la demora de tramitación sufrida por la actividad procesal penal (...). El retraso no puede entenderse imputable, desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, al comportamiento de la reclamante, pues ni fue ella la responsable del extravío del expediente, ni es ella la responsable, por la naturaleza indisponible de los derechos que se sustancian en el proceso penal -incluido el de faltas- de dicho retraso: ni la ley le exige que sea ella quien incoe el procedimiento penal por faltas en supuestos como el analizado, ni tampoco que se constituya como parte del procedimiento (...), por lo que no es de recibo entender que debió ser la ahora reclamante quien asumiera una carga de impulso procedimental que la ley no le atribuye. La reclamante no fue, en resumen, la responsable del hecho causal del retraso y, por esa razón, no la pueden perjudicar las consecuencias de un hecho que no se debió a su comportamiento sino, como queda acreditado, al funcionamiento anormal de un órgano jurisdiccional”.

³⁸ Así, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 11 noviembre 2010, advierte que “Fue precisamente la resolución del Tribunal Supremo la que marcó el día a quo del cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción en vía administrativa de acuerdo con la propia jurisprudencia de esta Sala, al implicar la citada sentencia el momento en que se comprueba la ilicitud del daño padecido. Si bien es cierto que el recurso de casación en interés de ley fue interpuesto, como así lo exige el ordenamiento jurídico, por el Ministerio Fiscal y no por el demandante, que carecía de legitimación para su interposición, éste compareció en dicho proceso, como también pone de relieve el Tribunal de instancia, en calidad de parte recurrida, demostrando así una presencia que impide hablar de desinterés, pasividad, inactividad o silencio de dicha parte; si bien es cierto que la citada sentencia no altera la situación jurídica creada por el fallo que se enjuicia, si hace evidente y palmaria la ilicitud de la situación creada y, consiguientemente, del daño producido por la misma, marcando así el hito temporal a tener en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de prescripción. Lo anterior queda ratificado, como constató el Tribunal de instancia, por la aplicación al caso del principio *in dubio pro actione* como parte consustancial del derecho a la tutela judicial efectiva, y por el carácter restrictivo que ha de predicarse del instituto de la prescripción”. Y, por su parte, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 19 enero 2015, según la cual “El artículo 293.2 de la LOPJ establece, para ambos supuestos de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que el derecho a reclamar la

prudencia de la Audiencia Nacional considera que el plazo del año de prescripción para el ejercicio de la acción de reclamación debe computarse a partir de la fecha en que concluyeron las actuaciones judiciales que ocasionaron el presunto daño al recurrente³⁹.

En casos de pérdida de expediente judicial sobre atentado terrorista, en ningún caso puede entenderse superado el plazo prescriptivo, pues sólo a resultas del análisis del expediente judicial sobre el que se requiriera copia y no se obtuviera por encontrarse extraviado sería posible comprobar o constatar el funcionamiento que reputamos anormal y el daño antijurídico que ocasiona.

indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse, y la sentencia recurrida sitúa el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción en la fecha de notificación de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 29 de julio de 1998, que era firme y no admitía recurso alguno, con la consecuencia de considerar que, en la fecha de presentación de la reclamación de responsabilidad ante el Ministerio de Justicia, el 16 de abril de 2009, se había completado el plazo de prescripción". La STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 1290/2016, de 2 junio, para la que *"El día inicial del plazo anual de prescripción se rige por el principio de la actio nata, siendo así que en el caso el dictamen del Consejo de Estado reconoce que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife interrumpió el meritado plazo de prescripción..."*.

³⁹ *Vid.* SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 19 noviembre 2002, que aplica la jurisprudencia del TS en el cómputo del plazo de prescripción del año a partir del día en que pudo ejercitarse, de conformidad con el art. 293.2 LOPJ, esto es, a partir del día de la firmeza, que la sentencia de la Audiencia Nacional computa desde la notificación al procurador; SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 23 mayo 2002 *"el procedimiento penal que fundamenta la reclamación del recurrente, concluyó respecto del mismo por auto del Juzgado de Instrucción n.º 8 de L'Hospitalet de fecha 18 de febrero de 1998, resolución judicial que acordó el sobreseimiento libre de la causa. El referido auto judicial fue notificado al Procurador del actor el día 23 de febrero siguiente... Consecuentemente, a partir de dicha fecha empezó a computarse el plazo para el ejercicio de la reclamación por el funcionamiento de la Administración de Justicia"*; SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 31 mayo 2002, según la cual, *"En el presente caso la sentencia absolutoria es de 12 de Diciembre de 1997, notificada a la recurrente ese mismo día, en que fue puesta en libertad; por lo tanto sería a partir de esta fecha, en que ya el daño estaba perfectamente concretado ... ésta no puede ejercitarse sino desde el momento en que resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos. Esta doctrina tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de «actio nata» (nacimiento de la acción), según el cual el plazo de prescripción de la acción comienza en el momento en que ésta puede ejercitarse, y esta coyuntura sólo se perfecciona cuando concurren los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad"*; SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 7 diciembre 2005 *"En todo caso, y cualquiera que sea el fundamento de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, de conformidad con el art.293.2 LOPJ, el derecho a reclamar prescribe en el plazo de un año, a partir del día en que pudo ejercitarse. ... el plazo del año de prescripción para el ejercicio de la acción de reclamación debe computarse a partir de la fecha en que concluyeron las actuaciones judiciales que ocasionaron el presunto daño al recurrente, es decir, desde la fecha de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 1999 que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo formalizado por el recurrente"*; y, entre, otras la SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 febrero 2007, según la cual *"Cuestión distinta es que todas estas actuaciones tendentes a la localización de las Diligencias Previas o a su reconstrucción se hubieran iniciado dentro del año siguiente al conocimiento de tal funcionamiento anormal y de las dimensiones fácticas y jurídicas del alcance de los perjuicios producidos, pues en este caso, en la medida que las referidas peticiones eran idóneas para reponer los daños sufridos, por manifestar inequívocamente una voluntad en tal sentido y ser dirigida a un órgano adecuado, entendiéndose ésta en sentido amplio, entenderíamos interrumpido el plazo de prescripción"*.

Cuestión distinta, en cambio, sería que las eventuales actuaciones tendentes a la localización de las diligencias o a su reconstrucción, en su caso, se hubieran iniciado dentro del año siguiente al conocimiento de tal funcionamiento anormal y de las dimensiones fácticas y jurídicas del alcance de los perjuicios producidos pues, en este caso, en la medida que las referidas peticiones eran idóneas para reponer los daños sufridos, por manifestar inequívocamente una voluntad en tal sentido y ser dirigidas a un órgano adecuado, entenderíamos entonces interrumpido el plazo de prescripción.

IV. LA EVENTUAL PERVIVENCIA DE LAS ACCIONES CIVILES DERIVADAS DEL ATENTADO EN SUPUESTOS DE EXTRAVÍO DEL EXPEDIENTE JUDICIAL

1. Pervivencia de la acción en casos de sobreseimiento provisional no notificado al ofendido

Como se ha tenido ocasión de argumentar, procede reclamar al Estado los daños por pérdida de oportunidad o por lucro cesante derivados de la pérdida de expedientes judiciales por atentados terroristas que se encuentran extraviados. Ahora bien, nos preguntamos ahora si es posible el ejercicio de la acción civil derivada de la causa principal, esto es de aquella que fue objeto de pérdida o extravío. Veamos a continuación cuál es la situación procesal de estas acciones.

En casos de atentado terrorista el plazo para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados no empieza a computarse hasta la finalización del proceso penal seguido por el atentado o, dicho de otro modo, las actuaciones judiciales penales interrumpen el plazo de prescripción de la acción civil derivada del delito, ya se trate de actuaciones sumariales, ya se trate de diligencias de averiguación. Cuando nos encontramos ante expedientes judiciales por atentados terroristas extraviados pueden constar o no las diligencias de ofrecimiento de acciones que, como es sabido, abren una vía a la personación del ofendido como acusador particular en un proceso ya iniciado por otro acusador, en este caso por el Ministerio Fiscal (arts. 109 y 761 LECr). Sobre este extremo, la STS(Sala de lo Penal) de 22 de septiembre de 2006 ha entendido que, si el ofrecimiento de acciones no se hizo, nos encontraríamos ante un incumplimiento por parte del juez competente, del que se derivaría, a su vez, responsabilidad del Poder judicial, cuestión, ésta, que pasaría a discutirse en el caso de que apareciera el expediente. Ahora bien, en el caso de que, a pesar de haberse omitido dicho ofrecimiento de acciones, se hubiera personado el ofendido, se habría subsanado dicho defecto por la personación.

Pero es cierto que precisamente como consecuencia del extravío del expediente, no suele constar si tuvo lugar o no el ofrecimiento de acciones. Más aún en el caso de haberse producido dicho ofrecimiento, se limitaba de ordinario a recabar la firma del ofendido los días posteriores al atentado, sin que fuera consciente el mismo del alcance para sus derechos de dicho ofrecimiento, circunstancia que, dicho sea de paso, no debe afectar a la pervivencia de las acciones civiles. Pues bien, la falta de personación en el proceso penal por omisión del ofrecimiento de acciones implica la falta de notificación de actuación procesal alguna en el seno del proceso penal cuyo expediente se ha extraviado, incluido el eventual auto de sobreseimiento que pudiera haberse dictado si es que fuera esta la forma de terminación del proceso penal controvertido. Debe tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico no contemplaba, a diferencia de lo que sucede a día de hoy, la notificación al ofendido de las diversas actuaciones procesales, incluidos los autos de sobreseimiento o la eventual sentencia (arts. 789.4 y 792.4 LECr) y que, en consecuencia, no existiendo notificación no cabe la reanudación del cómputo del plazo de prescripción de la acción civil derivada del delito terrorista.

En relación con lo anterior, y en el caso de personación del ofendido, éste pudo reservarse el ejercicio de las acciones civiles para entablar un procedimiento ante dicha jurisdicción, ventilándose entonces ante la Jurisdicción penal únicamente la acción para la persecución del delito, quedando expedita la vía civil resarcitoria. El procedimiento civil independiente no podría iniciarse hasta que recayera sentencia firme en la causa penal (arts. 111 y 112 LECr), teniendo en cuenta, además, que el ofendido o perjudicado puede renunciar al ejercicio de la acción civil. Y no podría darse eficacia a una presunta renuncia tácita, o a manifestaciones de voluntad de los perjudicados que no resultaran terminantes, si es que la Administración de Justicia opusiera estas circunstancias, de aparecer el expediente judicial extraviado (art. 112 LECr)⁴⁰.

Sentado lo anterior, interesa analizar ahora la eventual pervivencia de las acciones civiles derivadas del atentado en el caso de haberse producido un archivo de la causa mediante auto de sobreseimiento provisional no notificado a los ofendidos, y en tanto en cuanto se desconocieran los motivos de dicho sobreseimiento, que suele

⁴⁰ En este sentido se pronuncia de forma reiterada la Jurisprudencia, especialmente la STS (Sala de lo Penal) de 27 de abril de 2006, al sostener que *“En cuanto a lo alegado por Sergio en su motivo 2, en el que se dice que debió aplicarse el artículo 106 Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque tenía que haberse entendido que D. Alonso había renunciado a su derecho a ser indemnizado por no haber comparecido en el juicio oral, pese a estar citado, y por no haber reclamado nada al respecto en ningún momento del procedimiento en el cual ni siquiera se personó como parte, entendemos que en este punto tiene razón el Ministerio Fiscal, pues el artículo 108 obliga a tal ministerio a ejercitar la correspondiente acción civil respecto de cada uno de los ofendidos, salvo renuncia expresa, que desde luego nunca se produjo por parte de D. Alonso ni de ninguna de las otras dos personas perjudicadas”*.

ser la situación en la que se encuentran un importante número de los expedientes extraviados⁴¹.

Debe partirse de que los autos que acuerdan el sobreseimiento provisional o el sobreseimiento libre o definitivo vienen a manifestar la terminación del proceso penal. No obstante, la diferencia entre ambos sobreseimientos radica en la extinción o no del proceso, puesto que en el caso de sobreseimiento provisional, ésta no es definitiva y sí lo es en el libre⁴². Así, una vez acordado el sobreseimiento provisional es posible reiniciarlo cuando el juez o el fiscal lo consideren conveniente y siempre que aparezcan nuevos elementos fácticos que así lo justifiquen⁴³. Aunque el sobreseimiento reviste la forma de auto (arts 245.1.b LOPJ y 141 LECr) y no de sentencia, el órgano jurisdiccional ha de plasmar los elementos de convicción en base a los cuales infiere la conclusión en torno a la ausencia del o de los presupuestos que impiden la apertura del juicio oral⁴⁴.

Por lo que hace al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ésta queda perfectamente salvaguardada cuando el proceso finaliza por auto de sobreseimiento, tal y como ha sido visto por el TC⁴⁵. Y desde que el sobreseimiento deviene firme,

⁴¹ Téngase en cuenta que, a día de hoy, en cambio, el sobreseimiento debe ser comunicado a la víctima del delito, aun cuando no se hubiera personado en la causa (art. 636 LECrim).

⁴² Vid., CACHÓN CADENAS, M., “Efectos del sobreseimiento”, *Revista de Derecho procesal*, núm., 3-4, 2008, p. 117.

⁴³ Vid., SEGRELLES DE ARENAZA, “Sobreseimiento provisional, reapertura del proceso y derechos fundamentales”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 54, Madrid, 1994, p. 1060. Ahora bien, si bien es cierto que tras los autos de sobreseimiento provisional los órganos judiciales pueden volver a conocer “sobre lo mismo”, puesto que no se ha dado una respuesta definitiva sobre la acción penal, sí que opera una limitación de naturaleza similar al *non bis in idem* en el seno del proceso, que determina que éste pueda reabrirse únicamente sobre la base de “algo distinto”. A esta eficacia parece referirse el Tribunal Supremo en su STS de 30 de junio de 1997 cuando, reaccionando ante una injustificada reapertura de la causa por parte del Tribunal, afirma que con esta actitud se “desconoce el efecto de cosa juzgada que tiene el auto de sobreseimiento provisional en lo que concierne a la suficiencia de los elementos de comprobación obrantes en la causa para continuar con el proceso”. Así pues, puede afirmarse que el efecto de la cosa juzgada formal determina los presupuestos que hacen posible la reapertura de las causas, garantizando de este modo que el estado en que permanezca el proceso tras estas resoluciones goce de cierta estabilidad, mientras no haya una razón suficiente que la enerve.

⁴⁴ Sobre la necesidad de fundamentación de los autos de sobreseimiento, vid. las SsTC 173/1987, de 3 de noviembre, 171/1988, de 30 de septiembre, 36/1989, de 14 de febrero, y STS, de 12 de noviembre de 1991, entre otras).

⁴⁵ SsTC 46/1982, de 12 de julio, 34/1983, de 6 de mayo y 62/1984, de 21 mayo. La STC 62/1984 advirtió que “*tampoco se puede impugnar constitucionalmente la resolución judicial por el hecho de que en actuaciones de naturaleza penal se produzca una resolución de sobreseimiento, siempre que se hayan respetado las garantías procesales que incluye el agotar los medios de investigación procedentes*”. No obstante, debe señalarse que el TC exige que el sobreseimiento se base en alguna de las causas previstas en la Ley para que no se vulnere el derecho de tutela judicial efectiva (STC 171/1988, de 30 septiembre y 138/1986, de 7 de noviembre, en cuanto al archivo de diligencias del art. 789 LECr). En este sentido, ha puntualizado que “*si bien la forma prioritaria de satisfacción del derecho a la tutela judicial es la sentencia de fondo, que se pronuncie y decida sobre las pretensiones de las partes del proceso,*

deja expedito el ejercicio de la acción civil que estuvieren pendiente de una respuesta en el orden penal.

Dicho lo anterior, y en relación con la pervivencia o prescripción de las acciones civiles, como ha reconocido la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 7 de octubre de 2013, una vez acordado el sobreseimiento provisional, *el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse*. En el caso resuelto por esta Sentencia, tras haberse dictado el auto de sobreseimiento de la causa penal, no hubo actividad judicial alguna, sin que la falta de notificación del mismo en forma sea impedimento para que el plazo de prescripción discurra, siempre que quede constancia que el interesado conoció por otras vías el contenido de la resolución judicial de archivo. La clave, pues, para la pervivencia de las acciones civiles es la constancia del conocimiento del contenido de la resolución judicial de archivo. También la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 16 de junio de 2010, dictada en relación a la notificación de una resolución penal, declaró que lo relativo a la incorrección o irregularidad en que puede haberse incurrido por el Juzgado de Instrucción al notificar la resolución pertenece al ámbito procesal y resulta ajena a la infracción del art. 1969 CC, siendo lo decisivo para la aplicación de dicho precepto que el Tribunal alcance la convicción de que el perjudicado pudo conocer que la vía penal, hasta entonces óbice para ventilar la acción civil, había concluido. En esta misma línea, la STS 19 de octubre de 2009, declara que la ausencia de notificación en forma no constituye óbice para que el plazo de prescripción discurra siempre que quede constancia en autos de que el interesado conoció por otras vías el contenido de la resolución judicial de archivo, a contar, desde luego, desde el día que se justifique que se tuvo el referido conocimiento.

Puede concluirse, entonces, a la luz de todo lo expuesto, que si no existió notificación, el plazo para ejercer la acción civil derivada del delito de terrorismo continúa abierto. Y es que, como consecuencia de lo anterior, en ningún momento pudo conocer el ofendido a partir de cuándo quedaba expedita la vía civil para reclamar una indemnización por responsabilidad civil derivada del delito terrorista. En el sentido apuntado puede invocarse el Dictamen del Consejo de Estado núm. 52.231, de 28 de julio de 1988, que resulta contundente al afirmar que, no constando notificación

nada obsta a que el proceso pueda concluir mediante otro tipo de resolución judicial configurada legalmente al efecto” (STC 120/1997, de 1 de julio). Lo que exige el TC, pues, es que se hayan respetado las garantías procesales y que la resolución judicial obtenida sea razonada y fundada en derecho, basándose en alguna de las causas previstas en la Ley (STC 46/1982, de 12 de julio).

alguna, el efecto interruptivo se mantiene pues *“la falta de conocimiento de la ordenación de la actuación penal no impide el mantenimiento de la interrupción de la prescripción”*⁴⁶.

Resta por referirnos en esta sede a la vía excepcional contemplada por el Real Decreto 673/1992, de 19 de junio, por el que se regulan los resarcimientos por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, aunque no se trata de la acción civil derivada de delito, que es la que nos ocupa y sobre cuya pervivencia tratamos. Dicha norma estableció que *“La incoación de actuaciones judiciales por razón de los hechos delictivos a que se refiere el presente Real Decreto no impedirá la iniciación y tramitación del expediente administrativo”* (art. 3.1. *in fine*). En efecto, a partir de este Real Decreto, la incoación y tramitación de un procedimiento penal no imposibilitó que se diera curso a la solicitud de indemnización en vía administrativa, frente a lo dispuesto, como es sabido, por el art. 114 de la LECr. En puridad el art. 114 LECr no contempla propiamente una prejudicialidad penal⁴⁷, sino que imposibilita, eso sí, el ejercicio de la acción civil nacida de delito o falta, pero no la que trae causa de la legislación tuitiva de protección a las víctimas del terrorismo, pues no tiene como soporte elementos subjetivos de dolo o culpa, sino una acción que se incardina en la amplia noción de asistencia y protección social, la cual no está necesariamente impedida por la pendencia de la causa penal.

⁴⁶ Señala el Dictamen del Consejo de Estado núm. 52.231, de 28 de julio de 1988 que *“No hay constancia en el expediente de cuándo el auto de sobreseimiento adquirió formalmente el carácter de firme, pues no consta notificación alguna. La cuestión, sin embargo, se sitúa en un plano de mayor generalidad, en inmediata relación con la previsión del artículo 109 de la LECr. y con las consecuencias que el perjudicado por el delito ha de soportar por el no ejercicio de la acción penal (o de la civil) en el proceso incoado. Conviene adelantar que el artículo 109 tiene un carácter meramente instrumental, informativo que no atribuye por sí, ni condiciona derecho alguno. Es el ejercicio de la acción el que determina el que, el ejerciente, asuma el conjunto de derechos y deberes, o de cargas, que resultan de la posición general de parte”*. *“Ciertamente, por regla general, no absoluta, son las partes personadas las destinatarias de los actos de notificación, instrumentos integrados en el derecho complejo a la tutela judicial efectiva. Y si la parte procesal es debidamente instruida a través de las notificaciones oportunas, no podrán oponerse a la eficacia extintiva de la prescripción conductas en oposición al conocimiento que tiene de la causa.”* ... *“No éste el si bien la señora PC. fue instruida de la causa (la seguida ante el Juzgado de BaracaIdo, una vez que conoció dela misma el Juzgado Central), se desnaturalizaría el significado y alcance del artículo 109 (carácter meramente instruccional) si se anudara a la no constitución procesal como parte, la privación de su derecho, pues es lo que viene a significar la prescripción. También padecería si se exigiera una suerte de seguimiento -de imposible ejercicio legal y razonablemente- para obtener extraprocesalmente conocimiento de la conclusión de la causa. La causa penal puede ser en casos como el actual -no siempre necesariamente- un impedimento o un obstáculo a la pretensión indemnizatoria, no porque esta pretensión se ejercite en el proceso (obviamente, la acción indemnizatoria frente a la Administración con fundamento en la legislación resarcitoria citada no se hace valer en el proceso). Mientras el beneficiado por la indemnización especial no tenga conocimiento de la conclusión de la causa, el efecto interruptivo se mantiene. No puede mantenerse al mismo una “carga” (mostrarse parte): si acaso la carga podría predicarse de los órganos públicos, para que el designio dela legislación (protección económica de las víctimas del terrorismo) se cumpla. Considera pues el Consejo que la indemnización no debe denegarse”*. En otros términos, la falta de conocimiento de ordenación de la actuación penal no impide el mantenimiento de la interrupción de la prescripción.

⁴⁷ El Consejo de Estado, llevado por un afán tuitivo, había afirmado con anterioridad al dictado de este Real Decreto 673/1992 que la tramitación de este tipo de expedientes no quedaba vedada por aplicación lo dispuesto en los arts. 111 y 114 de la LECr.

2. Pervivencia de acciones en el caso de que se pudiera probar la aplicación de la amnistía al responsable del atentado

Cuando tiene lugar un extravío de expediente judicial por atentado terrorista se desconocerá cuál fue el curso del proceso penal incoado, por lo que hemos sostenido que debe ser posible imputar al Estado no sólo el daño moral derivado de la pérdida de oportunidad procesal o lucro cesante que genera la pérdida del expediente judicial, sino también el daño derivado de la imposibilidad de accionar la responsabilidad civil derivada del delito, en tanto aparezcan dichos autos y si es que aparecen. Nos planteamos ahora qué efectos sobre la acción civil que consideramos se derivarían de haberse aplicado alguna de las amnistías que contempló nuestro ordenamiento jurídico en la etapa preconstitucional.

Remontándonos al Real Decreto-Ley 16/1976, de 30 de julio sobre Amnistía, aplicable a los delitos y faltas cometidos con anterioridad al 30 de julio de 1976, en su art.2.1 estableció que *“la amnistía otorgada dejará siempre a salvo la responsabilidad civil frente a los particulares”*. Esta amnistía, como es sabido, afectó, entre otros ilícitos penales, a *los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el CP o en leyes penales especiales, en tanto no hayan puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas* (art. 1).

Poco después, la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía dispuso que quedaban amnistiados: *a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis. b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España. c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas* (en su art. 1).

Sin perjuicio del sentido que pudiera tener aplicar la amnistía a actos terroristas, pues no se trata del lugar oportuno para el planteamiento de dicha discusión, debemos profundizar en la determinación de los efectos de la eventual amnistía, como decíamos, sobre la acción de responsabilidad civil derivada del delito⁴⁸. La

⁴⁸ Debe traerse a colación en este punto la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de noviembre de 1986, que excluye del ámbito de aplicación de la Ley de amnistía de 1977 los móviles independentistas, diferenciándolos de los móviles autonomistas, considerando que el propósito de secesión o de independencia de Cataluña por la fuerza de las armas y mediante un ejército revolucionario no se encuentra en el ámbito de la citada Ley de Amnistía, a no ser mediante una interpretación extensiva que repugna a toda medida de gracia. Por su parte, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 de diciembre de

doctrina ha entendido que los efectos genéricos de la amnistía se extienden no sólo a la extinción de la pena, sino que también afectan a la acción penal, de modo que los procesos penales pendientes por delitos comprendidos en la Ley de Amnistía tendrán que ser sobreesidos⁴⁹. Y, en relación a la responsabilidad civil, también la mayor parte de la doctrina ha considerado que la responsabilidad civil derivada de los delitos amnistiados no queda afectada por la amnistía⁵⁰. La razón fundamental de esta pervivencia es que la responsabilidad civil no se extingue a menos que se declare expresamente en la misma norma reguladora de la amnistía. De este modo, habría que estar a lo dispuesto en cada Ley de Amnistía para comprobar si se contemplan o no estos efectos extintivos. Por lo que hace a la referida Ley 46/1977, esta estableció que “*la amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que se pudieran imponer con carácter principal o accesorio*” (art. 6, párrafo primero). En ningún momento aludió, pues, a la extinción de la responsabilidad civil derivada de los delitos amnistiados. Y tampoco puede entenderse que la responsabilidad civil pueda ser tenida como una pena accesoria⁵¹. También el TC convino en que “*la amnistía extingue la punibilidad y los efectos penales que el delito o infracción produce como hecho penal o sancionable, pero no los efectos que el delito o infracción produce como hecho simple*” (STC 122/1984, de 14 de diciembre). Puede concluirse, en suma, que la eventual aplicación de la Ley de amnistía de 1977 no genera la extinción de la responsabilidad civil derivada de los actos amnistiados, ni para los causantes directos ni para el Estado español.

1980 señala que “*cuando la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977 habla del “móvil de restablecimiento de las libertades públicas”, debe entenderse que tales libertades se refieren al respeto a los derechos humanos, a la participación del pueblo en tareas públicas, al pluralismo y pluripartidismo, a la libertad de asociación y de actuación política, a la libertad sindical y al establecimiento de un régimen democrático asentado en los tres poderes clásicos y presidido por unas Cortes representativas -uni o bicameralmente- cuyos Diputados o representantes sean elegidos por sufragio universal, directo y secreto*”.

⁴⁹ ARROYO DE LAS HERAS, A.; MUÑOZ CUESTA, J.; *Manual de Derecho Penal. Introducción-La ley penal-La pena*, Aranzadi, 1989, p. 315.

⁵⁰ ARROYO DE LAS HERAS, A.; MUÑOZ CUESTA, J. (1989: 315.) LINDE PANIAGUA, E., “Amnistía, control de constitucionalidad y responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 16 enero-marzo 1978, p. 107. ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal*; Akal; 2ª Edición, 1986, p. 610. LOZANO CUTANDA, B., “El indulto y la amnistía ante la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991. PÉREZ DEL VALLE, C., “Amnistía, Constitución y justicia material”; *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril, 2001. REGLERO CAMPOS, L. F., El plazo de prescripción de la acción de daños por hechos por los que se han seguido actuaciones penales; Aranzadi Civil, Vol. II, Parte Estudio, p. 2423, 1993 (Referencia Westlaw: BIB 1993\110)

⁵¹ ANTÓN ONECA, J. (1986: 610) y SAÍNZ MORENO, F. “Efectos materiales y procesales de la amnistía”; *Revista de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre, p. 361 y ss.

3. Prescripción de los atentados terroristas y de la responsabilidad civil derivada del delito

Aunque a día de hoy los delitos de terrorismo son imprescriptibles *ex art.* 131.4 CP si hubiesen causado la muerte de una persona, es posible que pudiera sostenerse la prescripción de los delitos que consideramos, al haber estado paralizado el proceso penal durante años y sin constar su finalización, ya fuera de forma provisional, mediante auto de sobreseimiento, o definitiva, mediante la aplicación de la correspondiente Ley de Amnistía. Debemos preguntarnos entonces qué suerte correría entonces la responsabilidad civil derivada del atentado terrorista.

Debe partirse de que la extinción de la acción penal no determina la extinción de la acción de responsabilidad civil derivada del mismo. El Consejo de Estado se ha referido a esta cuestión en su Dictamen 692/2001, de 19 de abril, señalando que “*la extinción de la acción penal no determina en modo alguno lo propio en la acción de responsabilidad civil. Distinto sería que, como consecuencia del tiempo transcurrido, la acción civil fuera declarada ella también prescrita o, ya en el terreno de los hechos, resultara completamente ineficaz*”.

Debe entenderse, en consecuencia, que el cómputo del plazo de prescripción de la acción quedó interrumpido desde que se iniciaron las actuaciones judiciales cuyo expediente se encuentra extraviado, por lo que en la medida en que no ha existido notificación de la resolución finalizadora del proceso penal en ninguno de los posibles sentidos comentados, en ningún caso puede entenderse que la acción civil ha expirado, sino que, muy al contrario, se encontraría expedita a día de hoy, hasta que, de aparecer el expediente, y ser esta circunstancia notificada al perjudicado, pudiera iniciarse el correspondiente proceso para su ejercicio, en cuyo caso podría conocerse el estado en que se encontraban las actuaciones cuando desapareció el expediente, esto es, si se suspendió su tramitación antes de ser objeto de finalización siquiera provisional, si fue objeto de sobreseimiento provisional, si finalizó mediante sentencia condenatoria y/o si, además, fue objeto o no de aplicación de las medidas de gracia contempladas en la Ley de Amnistía, cualquiera que fuera el estado de tramitación del proceso penal. En este sentido, y como se ha señalado *supra*, el Real Decreto 673/1992, estableció que “*La acción para reclamar prescribe por el transcurso del plazo de un año computado a partir de la fecha del hecho que lo originó ... el plazo de prescripción quedará interrumpido desde que se inicien las actuaciones judiciales por razón de los hechos delictivos a que se refiere el presente Real Decreto, volviendo a correr desde que se terminen (art. 8)*⁵²”.

Como fundamento de nuestra postura, el Consejo de Estado, en su reciente Dictamen 481/2016, de 20 de octubre de 2016, emitido en relación las solicitudes de

⁵² Tampoco los Acuerdos del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 1979 y 25 de marzo de 1983 establecieron plazo alguno al respecto.

indemnización formuladas por los familiares de los militares españoles fallecidos en el accidente aéreo ocurrido el día 26 de mayo de 2003 en Trabzon (Turquía) cuando regresaban a territorio nacional procedentes de Afganistán, donde habían participado en una misión internacional, ha entendido que, a pesar de haberse presentado una de las reclamaciones fuera del plazo del año, y a pesar de la dicción del art. 142.5 de la hoy derogada LRJPAC, “no cabe apreciar un ejercicio extemporáneo de la acción resarcitoria, considerando que, con posterioridad al siniestro, se tramitó un expediente de fallecimiento en el que se declaró como acaecida en acto de servicio la muerte del mencionado militar y, sobre todo, fueron tramitados diversos procedimientos en sede judicial que han resultado determinantes para el esclarecimiento de los hechos y a los que debe atribuirse, por ende, virtualidad interruptiva de la prescripción”.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*; Ak al; 2ª Edición, 1986.
- ARCOS VIEIRA, M.L., “La ‘pérdida de oportunidad’ como daño indemnizable” en *Estudos de direito do consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 7, 2005.
- Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- ARROYO DE LAS HERAS, A.; MUÑOZ CUESTA, J., *Manual de Derecho Penal. Introducción-La ley penal-La pena*, Aranzadi, 1989.
- ASENSI PALLARÉS, E., “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista Cesco de derecho de consumo*, núm. 8/2013.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad civil médica” en REGLERO CAMPOS, L.F. Y BUSTO LAGO, J.M (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. II, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- BONET FRIGOLA, J., Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del poder judicial, *Revista española de derecho administrativo*, N° 67, 1990.
- CACHÓN CADENAS, M., “*Efectos del sobreseimiento*”, *Revista de Derecho procesal*, Ed., Bosch, núm., 3-4, Barcelona, 2008.
- CRESPO MORA, M.C., *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “La responsabilidad civil del abogado” en *Indret*, núm. 1, 2008.
- DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-constitucional de la responsabilidad judicial”, *Revista del poder judicial*, núm. 61, 2001.
- Poder judicial y responsabilidad. La responsabilidad del Estado juez*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- DÍEZ PICAZO, L., *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.
- EMIL JALIL, J., Responsabilidad del Estado en la esfera jurisdiccional ante la pérdida de instrumentos consignados en un expediente judicial, *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, núm. 9, 2013.

ESCUSOL BARRA, E., *Estudio sobre la Ley orgánica del poder judicial: la responsabilidad en la función judicial, jueces, tribunales y estado : posición del Ministerio Fiscal*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 1989.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., “El derecho al acceso a la Justicia y a una respuesta efectiva en el marco del sistema regional europeo de protección de los Derechos Humanos” , *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 27, 2013.

GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, A., “Aspectos problemáticos de la pérdida de oportunidad”, *Revista española de la función consultiva*, núm. 16, 2011.

LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Marcial Pons, 2007.

LINDE PANIAGUA, E., “Amnistía, control de constitucionalidad y responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 16, enero-marzo 1978.

LLAMAS POMBO, E., “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad” en *Practica de Derecho de Daños*, núm. 110, 2012.

LOZANO CUTANDA, B., “El indulto y la amnistía ante la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

MANTECA VALDELANDE, V., “Reclamación de responsabilidad a las Administraciones Públicas (VIII) (Responsabilidad derivada de actuaciones judiciales)”, *Actualidad Administrativa*, núm. 6, Sección Práctica Profesional, Quincena del 16 al 31 Marzo, tomo 1, Editorial LA LEY, 2011.

MARTÍN DEL PESO, R., “El daño moral: determinación y cuantía. Algunos aspectos de su problemática jurisprudencial”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (director), *Derecho de daños*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, en LLAMAS POMBO, E. (dir.), *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, 2014.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración: de las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, núm. 19, 1987.

MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de justicia en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Gobierno y administración en la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.

MONTERO AROCA, J., *Responsabilidad civil del juez y del estado por la actuación del poder judicial*, Tecnos, 1988.

PARRA LUCÁN, M. A. Y REGLERO CAMPOS, L.F., “La responsabilidad civil de los profesionales del derecho” en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. II, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

PÉREZ DEL VALLE, C., “Amnistía, Constitución y justicia material”; *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril, 2001.

REGLERO CAMPOS, L. F., “El plazo de prescripción de la acción de daños por hechos por los que se han seguido actuaciones penales” *Aranzadi Civil*, Vol. II, Parte Estudio, 1993 (ReferenciaWestlaw: BIB 1993\110).

REGLERO CAMPOS, L.F. Y MEDINA ALCOZ, L., “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord), *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. I, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

SÁINZ MORENO, F., “Efectos materiales y procesales de la Amnistía”; *Revista de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre.

SÁNCHEZ CARO, J., “La teoría de la pérdida de oportunidad, *Revista española de la función consultiva*”, núm. 16, 2011.

SANZ ACOSTA, L., “La responsabilidad civil judicial”, *Estudios de derecho judicial* (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad personal del juez), núm. 153, 2008.

SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Sobreseimiento provisional, reapertura del proceso y derechos fundamentales”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 54, Madrid, 1994.

SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi Editorial, 2ª ed., Elcano, 2001.

TORNOS MÁZ, J., “La responsabilidad patrimonial del estado por el funcionamiento de la administración de justicia. Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1985.

XIOL RÍOS, J. A., El daño moral y la pérdida de oportunidad, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 109, N° 1, 2010.

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

Rafael Toledano Cantero

Magistrado del Tribunal Supremo

Sala de lo Contencioso-administrativo

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA CAUSADA POR TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS. 1. Introducción. 2. La construcción jurisprudencial del principio de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea. 3. Características del sistema de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea. 4. La sentencia *Köbler*. 5. Un nuevo paso después de *Köbler*: la incompatibilidad con el principio de responsabilidad patrimonial de algunos requisitos en los sistemas de responsabilidad establecidos en las leyes nacionales. Responsabilidad patrimonial y cosa juzgada. Los casos *Traghetti del Mediterráneo* y *Comisión contra Italia*. 6. La sentencia del TJUE en el asunto *Ferreira da Silva y otros v/ Estado portugués*: incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la exigencia de revisión de la decisión judicial como requisito para exigir la responsabilidad patrimonial. 7. La responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea como remedio fundado en el Derecho de la Unión y otros remedios nacionales. 8. La regulación de la responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español. II. CONCLUSIONES. III. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo es analizar el estado actual del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho del Unión Europea, especialmente en el ámbito de aplicación judicial del Derecho de la Unión, examinando el impacto de los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta cuestión. Por otra parte, se analizan los aspectos más controvertidos del nuevo marco legislativo introducido por la Ley 39/2015, de

1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), y la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), que ha introducido la regulación legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por infracción del Derecho de la Unión Europea. Por primera vez, nuestro ordenamiento jurídico se ocupa de forma explícita de esta cuestión que, hasta la regulación introducida en el capítulo IV del Título Preliminar de la LRJSP, estaba basada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación, a su vez, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial del Estado. Cosa juzgada. Revisión. Derecho de la Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Köbler. Traghetti del Mediterráneo. Ferreira da Silva.

ABSTRACT: The objective of this paper is to examine the current status of the State liability regime for breach of European Union Law, especially in the field of judicial application of Community Law, examining the impact of the latest rulings of the Court of Justice of the European Union on this issue. On the other hand, the most controversial aspects of the new legislative framework introduced by Law 39/2015, of 1 October, of the Common Administrative Procedure of Public Administrations (hereinafter LPAC), and Law 40/2015 of 1 October, Legal Regime of the Public Sector (hereinafter LRJSP), which has introduced the legal regulation of the State liability of the Public Administration for infringement of European Union Law. For the first time, our legal system deals explicitly with this issue, which, until the regulation introduced in Chapter IV of the Preliminary Title of the LRJSP, was based on the case-law of the Supreme Court in application, in turn, of the case-law of the Court of Justice of the European Union.

KEY WORDS: State liability. Res iudicata. Retrial. European Union law. Court of Justice of the European Union. Köbler. Traghetti del Mediterráneo. Ferreira da Silva.

I. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA CAUSADA POR TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

1. Introducción

Los principios que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea responden a una creación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se formuló de manera explícita por primera

vez en 1991, en la Sentencia *Francovich* y otros¹, y, posteriormente, con referencia a las infracciones producidas como consecuencia de la actuación de un tribunal de un estado miembro, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2003, asunto *Köbler*². La sentencia del TJUE de 13 de junio de 2006³ (*Traghetti del Mediterraneo*), ratificó esta doctrina, y abordó la existencia de los obstáculos existentes en el sistema de responsabilidad de un Estado miembro para hacer efectivo el principio de responsabilidad, cuestión que luego ha sido objeto de nuevos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo, entre los que cabe destacar la sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto *Ferreira da Silva e Brito y otros*⁴. Otros aspectos relacionados con este principio, tanto en cuanto a sus requisitos fundamentales como los efectos que puede producir sobre el principio de cosa juzgada, han sido objeto de análisis en la Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016, asunto *Milena Tomásová*⁵. Por último, en cuanto a la relación entre los plazos fijados en las legislaciones nacionales sobre prescripción de acciones y la efectividad del principio de responsabilidad patrimonial, se ha ocupado la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto *Carterpillar Financial Services*⁶. Es interesante contrastar la nueva regulación establecida por el ordenamiento jurídico español y su compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad, a que viene obligado el ordenamiento jurídico ya que, ante la carencia de normas específicas en el Derecho de la Unión Europea, corresponde a los estados miembros arbitrar las normas y los procedimientos para la plena realización de este principio de responsabilidad patrimonial, según ha sido construido por la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

2. La construcción jurisprudencial del principio de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea

La extensión del principio de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por tribunales nacionales no es más que un nuevo paso, aunque muy importante, en la construcción del principio general de responsabilidad de los Estados miembros por la infracción del Derecho de la Unión. Aunque se ha señalado, con todo acierto, la importancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2003, dictada en el asunto *Köbler*, no cabe olvidar que las bases del reconocimiento de este principio radican, sin

¹ Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (asuntos acumulados C-6/190 y C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428).

² Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513).

³ (Sentencia de 13 de junio de 2006 (C- 173/03 ECLI:EU:C: 2006:391).

⁴ Sentencia de 9 de septiembre de 2015 (C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565).

⁵ Sentencia de 28 de julio de 2016 (C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602).

⁶ Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (C-500/16, ECLI:EU:C:2017:996).

duda, en la construcción jurisprudencial establecida años atrás⁷, concretamente en 1991 con la sentencia *Franovich*, y mas adelante, en 1996, en la sentencia *Brasserie de Pêcheur y Factortame*, entre otros pronunciamientos. Pero en realidad esta construcción responde también en una necesidad funcional del sistema de los Tratados⁸. Ciertamente *Köbler* supuso un paso definitivo en la consolidación de la doctrina de la responsabilidad de los Estados nacionales cuando la infracción del Derecho de la Unión Europea haya sido causada por la actuación de un tribunal nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea, cuya decisión se produzca en última instancia.

La doctrina fijada en *Köbler* fue seguida de otros pronunciamientos muy importantes, entre los que cabe destacar los asuntos *Traghetti y Ferreira da Silva*, así como en el ámbito de los recursos por incumplimiento los asuntos Comisión contra Italia (Sentencia del TJUE, Sala Tercera, de 24 de noviembre de 2011, C-379/10) y Comisión contra España (Sentencia del TJUE, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 2009, asunto C-154/08). Seguramente el desconocimiento general del alcance de estas dos últimas sentencias dictadas en sendos recursos por incumplimiento, obedece al hecho de que no hayan sido publicadas en su integridad más que en francés y en la lengua de los procedimientos (italiano y español respectivamente). Pese a su escasa difusión, son una muestra evidente de lo que en definitiva significa un cambio de actitud de la Comisión respecto a los incumplimientos de los Estados miembros en materia de infracción del Derecho de la Unión Europea por parte de los órganos judiciales. Mas recientemente cabe destacar otros pronunciamientos que bien han ratificado la doctrina establecida en *Köbler* y *Traghetti del Mediterráneo y Ferreira da Silva*, abordan otros aspectos relacionados con los remedios disponibles ante las situaciones de incumplimiento del DUE, como pueden ser los que afectan a la cosa juzgada de la sentencia, a través de procedimientos de revisión (asunto *Constantin Draços*⁹).

El principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho de la Unión Europea es un principio propio del Derecho de la Unión Europea, y por tanto, indisponible para los Estados. Su declaración es obra del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como un principio esencial para la materialización del principio de primacía, consustancial al sistema de los Tratados. Aunque no sea su objetivo principal, y prueba de ello son las limitaciones y requisitos que se exigen para reconocer la existencia de responsabilidad, resulta sin embargo indispensable para

⁷ En esta línea, puede verse la monografía de COBREROS MENDAZONA, E. *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Editorial Iustel, 2015.

⁸ Así lo pone de manifiesto MARTÍN RODRÍGUEZ, P. en «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 19, 2004, pág.833, afirmando que «[...] el régimen que diseña el Tratado no es conceptual sino funcional».

⁹ Sentencia de 6 de octubre de 2015, asunto *Draços Constantin Târșia* (C-69/14 ECLI:EU:C:2015:662).

la plena eficacia del sistema del Tratado. Así lo afirmará el propio TJUE al calificar el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables como un principio inherente al sistema del Tratado¹⁰, que, como también declara la sentencia *Franovich*, se basa en la interpretación del entonces art. 5 del Tratado (hoy art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea) en virtud del cual, lo estados miembros deben adoptar las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión Europea¹¹. Entre esas obligaciones se comprende la de eliminar las consecuencias de una violación del Derecho comunitario (apartado 36 *Franovich*). Posteriormente se ratificó y perfiló en otras sentencias, la más destacada de las cuales es *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (sentencia del Pleno de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93).

3. Características del sistema de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea

Las características principales del principio de responsabilidad de los estados miembros surgen de su propia naturaleza, como principio inherente al derecho de la Unión Europea, que, consiguientemente, no puede ser excluido, debilitado o ignorado por la ley de los estados miembros, aunque estos podrán ir más lejos que lo exigido por el Derecho de la Unión Europea en su reconocimiento.

Ahora bien, no toda infracción del Derecho de la Unión Europea será susceptible de generar responsabilidad sino que deberán concurrir una serie de requisitos que fijó de forma explícita la sentencia *Brasserie* en su apartado 51¹². Para ello es preciso que la infracción lo sea de una norma que tenga por objeto atribuir derecho a los particulares. Los incumplimientos formales o de normas que no cumplan este requisito no dan lugar a responsabilidad, aunque si pueden ser objeto de recurso de incumplimiento. La infracción puede ser tanto por acción como por omisión, de

¹⁰ Parágrafo 35 de la sentencia *Franovich*: «De todo ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado».

¹¹ Parágrafo 36 de la Sentencia *Franovich*: «La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario».

¹² Parágrafo 51 de *Brasserie*: «En tales circunstancias, el Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas».

normas de efecto directo o no, y de derecho originario o derivado, pero en cualquier caso tiene que ser de normas que atribuyan derechos a los particulares. De ello se sigue que los perjuicios habrán de ser acreditados debidamente.

Además, esta infracción ha de ser suficientemente caracterizada, es decir, no basta cualquier infracción. La jurisprudencia del TJUE ha proporcionado una serie de pautas interpretativas para determinar cuando concurre la infracción suficientemente caracterizada. Este requisito ha sido objeto de una exhaustiva jurisprudencia posterior en particular cuando se produce en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por un tribunal nacional resolviendo en última instancia, determinando una serie de supuestos en los que se puede entender que la infracción ha sido suficientemente caracterizada. Así, en el párrafo 56 de *Brasserie*, el TJUE apunta a una serie de criterios que no siendo enumerados exhaustivamente, sí que proporcionan una panorámica bastante completo de los indicios que han de ser tomados en consideración. Así, afirma el TJUE que entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario. Y, añade finalmente, en cualquier caso se debe considerar que una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado en el tiempo a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido¹³.

Por último es imprescindible la relación de causalidad entre el incumplimiento del Estado miembro y el daño sufrido, que lo ha de ser precisamente por el no disfrute del derecho atribuido en la norma del Derecho de la Unión Europea infringido.

Sin embargo, no existe un procedimiento específico en el Derecho de la Unión ni un cauce ante sus Tribunales para satisfacer este derecho a la reparación. Deben seguirse los procedimientos internos y corresponde a las autoridades del propio Estado satisfacer este Derecho, en igualdad de condiciones con las reclamaciones por responsabilidad por infracción del derecho interno, y en cualquier caso por un procedi-

¹³ Apartados 56 y 57 de *Brasserie*.

miento suficientemente efectivo¹⁴. Las condiciones de responsabilidad establecidas en *Köbler* y en la jurisprudencia posterior en materia de responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por un tribunal nacional no presentan significativas diferencias de las que se fijaron por la doctrina general de TJUE sobre responsabilidad patrimonial del DUE, concretamente en la sentencia dictada el 19 de noviembre de 1991 en *Francoovich y otros*¹⁵, y posteriormente en *Brasserie de Pecheur y Factortame*, en fecha 5 de junio de 1996¹⁶, ya citadas.

En *Köbler* se reiteran estas condiciones que ya nos son bien conocidas, esto es, que la norma del Derecho de la Unión Europea infringida esté dirigida a conferir derechos individuales; en segundo lugar, que la infracción de la misma sea suficientemente caracterizada; finalmente, que exista una relación de causalidad bien establecida entre el daño producido y la infracción del derecho comunitario. A estas condiciones, que son las generales en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, el TJUE añadió, ya en *Köbler*, la necesidad de que, dada la especial naturaleza de la función judicial y el principio de independencia, la responsabilidad solo concurriría cuando la infracción sea “manifiesta”¹⁷. Cabe observar que, con ello, el TJUE parece endurecer significativamente los requisitos para la exigencia de responsabilidad de los Estados cuando se trata de una infracción al DUE con causa en la actuación de

¹⁴ Apartado 42 y 43 de *Francoovich*: «42 [...] El Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario (véanse las sentencias de 22 de enero de 1976, Russo, 60/75, Rec. p. 45; de 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec. p. 1989, y de 7 de julio de 1981, Rewe, 158/80, Rec. p. 1805). 43 Debe señalarse, además, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (véase, en lo que respecta a la materia análoga del reembolso de gravámenes percibidos en contra de lo dispuesto por el Derecho comunitario, especialmente la sentencia de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio, 199/82, Rec. p. 3595)».

¹⁵ Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 1991 (asuntos acumulados *Francoovich y otros* C-6/90 y C-9/90 EU:C:1991:428).

¹⁶ Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 1996 (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93).

¹⁷ En *Köbler* se afirma por el TJUE: «Por lo que se refiere en particular al segundo requisito y a su aplicación con el fin de declarar una posible responsabilidad del Estado debida a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, se han de tener en cuenta la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica, como también han alegado los Estados miembros que han presentado observaciones en este asunto. La responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario debida a una resolución de ese tipo solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable» (*Köbler*, par. 53).

los Tribunales nacionales. Aquí el TJUE actuó en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses que representan la esencia del Derecho la Unión Europea, es decir, su relación de primacía con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y por consiguiente, la necesidad de que su implantación sea efectiva, frente a las actuaciones de los Tribunales nacionales que pudieran infringir el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y la voluntad de mantener una relación esencialmente colaborativa con los Tribunales nacionales¹⁸. Sin embargo, aunque el sentido del fallo no llegó a estimar la existencia de responsabilidad patrimonial del estado, como proponía en sus conclusiones del Abogado General Legger, que se mostró favorable a la declaración de responsabilidad¹⁹, sin embargo, no dejó por ello de asentar las bases de la responsabilidad del estado por la infracción del DUE por un órgano judicial resolviendo en última instancia. Sin embargo, las diferencias con el régimen general de responsabilidad son más aparentes que reales, ya que la exigencia que la infracción sea suficientemente caracterizada, también el ámbito general de la responsabilidad del Estado, no se diferencia tanto del requisito de que esta infracción sea, en el caso de la cometida por un órgano jurisdiccional, manifiesta.

En la relación de equilibrio, colaboración y diálogo entre el TJUE y los Tribunales nacionales destaca especialmente la posición de los órganos que resuelven en última instancia, calificación en la que, dada la autonomía conceptual de esta noción en el Derecho Europeo, y dependiendo de los sistemas procesales de cada estado miembro, podrían entenderse incluidos los Tribunales o Cortes de Garantías Constitucionales. Ahora bien, resulta obvio que dada la función de unificación de la interpretación de las normas jurídicas que desempeñan los órganos que resuelven en última instancia, en tanto están llamados a asegurar la uniformidad y correcta aplicación del Derecho, también el de la Unión Europea, en este nivel deviene en obligatoria la potestad de recabar del TJUE la cuestión prejudicial para establecer la correcta interpretación del DUE, conforme al art. 267 del TFUE. Por ello el incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial opera como un elemento relevante para determinar la calificación de infracción grave y manifiesta ante un eventual supuesto de vulneración del Derecho de la Unión Europea. Ello no quiere decir que ante interpretaciones contradictorias de tribunales inferiores, e incluso ante el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por un tribunal inferior,

¹⁸ Ver en este sentido SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. "Responsabilidad de los tribunales nacionales y Derecho Comunitario. La responsabilidad de los Estados Miembros por infracción del Derecho comunitario en vía judicial, a partir de la Sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia". *Revista del Poder Judicial*, 71, tercer trimestre 2003.

¹⁹ «5) Debe interpretarse que el artículo 39 CE tiene por objeto conferir derechos a los particulares. En circunstancias como las del litigio principal, puede estimarse que el error cometido por el Verwaltungsgerichtshof sobre el sentido y alcance de dicho artículo del Tratado es inexcusable y, por tal motivo, puede generar la responsabilidad del Estado» (Conclusiones del Abogado General Léger al asunto *Köbler*).

compela en todo caso al Tribunal Supremo del correspondiente Estado a esperar a la resolución de tal cuestión prejudicial o a plantear a su vez cuestión prejudicial. Ello va a depender del grado de claridad de la disposición del Derecho de Unión que esté en cuestión, permaneciendo como responsabilidad última del órgano judicial supremo adoptar la posición que considere pertinente. Así lo ha declarado el TJUE en su sentencia de 9 de septiembre de 2015, asuntos acumulados C-72/14 y 197/14 sobre encuadramiento nacional en el régimen de Seguridad Social de bateleros del Rin²⁰.

4. La sentencia Köbler

En *Köbler*, se vuelve a poner de manifiesto la importación de la obligación de plantear la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE, si bien en el asunto originario suscitado por el Sr. Köbler sobre la compatibilidad de la Ley Austriaca de retribuciones del profesorado universitario, el Tribunal nacional planteó en principio una cuestión prejudicial sobre la interpretación del derecho de la unión²¹, sin embargo la retiró antes de su resolución por el TJUE, en aplicación de la doctrina *CILFIT* o doctrina del acto claro, y aunque sea cierto que lo hizo a instancia o por iniciativa del propio Secretario del TJUE, al resolver sobre el fondo evidenció que no se atuvo a la doctrina que resultaba de la jurisprudencia del TJUE sobre la cuestión de fondo planteada, con lo que cual incurrió en uno de los supuestos que en principio son constitutivos de infracción manifiesta del derecho de la UE. Para el Abogado General Léger, tal y como expone en sus conclusiones, concurre un claro supuesto de infracción manifiesta, y por eso propuso dar lugar a la declaración de infracción manifiesta y grave por el tribunal austriaco. El TJUE no llegó a este extremo, pero si aprovecho para sentar la doctrina que luego sería consolidada en *Traghetti* y más tarde en *Ferreira da Silva*.

Conviene explicar con algún detalle el curso de los acontecimientos en *Köbler* para comprender cómo, en las circunstancias peculiares de este caso cristalizó la doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del

²⁰ Sentencia de 9 de septiembre de 2015, asuntos acumulados C-72/14 y 197/14 [*X v/ Inspecteur van Rijksbelastingdienst* (C72/14) y *T.A. van Dijk v/ Staatssecretaris van Financiën* (asunto C-197/14)] ECLI:EU:C:2015:564, párrafo 63: «[...] El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, como es el caso del órgano jurisdiccional remitente, no está obligado, por un lado, a plantear cuestión alguna al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el mero hecho de que un órgano jurisdiccional nacional inferior, en un asunto similar al que debe dirimir dicho órgano jurisdiccional remitente y que versa exactamente sobre la misma clase de controversia, haya planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, y, por otro lado, tampoco está obligado a esperar la respuesta a dicha cuestión prejudicial».

²¹ La petición de decisión prejudicial que se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia con el número C-382/97 y fue posteriormente retirada, a la luz de la sentencia de 15 de enero de 1998, *Schöningh-Kougebetopoulou* (C-15/96).

Derecho de la Unión Europea para el caso singular de que ésta fuera cometida por un tribunal nacional resolviendo en última instancia.

Desde el 1 de marzo de 1986, el Sr. Köbler mantenía con el Estado austriaco una relación laboral de Derecho público como catedrático de universidad en Innsbruck (Austria). En el momento de su nombramiento se le atribuyó la retribución correspondiente a los catedráticos universitarios situados en el escalón décimo, más el complemento normal por antigüedad. Mediante escrito de 28 de febrero de 1996, el Sr. Köbler solicitó el complemento especial por antigüedad de los profesores universitarios al amparo del artículo 50 bis de la *Gehaltsgesetz 1956* (Ley de retribuciones de 1956, BGBl. 1956/54; en lo sucesivo, «GG»)²². Alegó que, aunque no podía acreditar quince años de antigüedad como profesor en universidades austriacas, sí cumplía el requisito de antigüedad si se tenía en cuenta la duración de sus servicios en las universidades de otros Estados miembros de la Comunidad. Afirmó que la exigencia de quince años de antigüedad únicamente en universidades austriacas -sin tomar en consideración la adquirida en las universidades de otros Estados miembros- constituía, desde el momento en que la República de Austria se adhirió a la Comunidad, una discriminación indirecta no justificada por el Derecho comunitario.

En el litigio al que dio lugar esta pretensión del Sr. Köbler, el *Verwaltungsgerichtshof* (Austria) dirigió al Tribunal de Justicia, mediante resolución de 22 de octubre de 1997, una petición de decisión prejudicial que se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia con el número C-382/97. Mediante escrito de 11 de marzo de 1998, el Secretario del Tribunal de Justicia preguntó al *Verwaltungsgerichtshof* si juzgaba necesario mantener su petición de decisión prejudicial a la luz de la sentencia de 15 de enero de 1998, *Schöning-Kougebetopoulou* (C-15/96)²³.

²² El artículo 50 bis, apartado 1, de la GG en su versión modificada en 1997 (BGBl. I, 1997/109) tiene el siguiente tenor: «Un profesor universitario (artículo 21 de la UOG 1993) o un catedrático de universidad o de un centro de enseñanza superior que acredite quince años de servicios en esa categoría en universidades o centros de enseñanza superior austriacos, que haya tenido derecho durante cuatro años al complemento por antigüedad previsto en el artículo 50, apartado 4, podrá solicitar, a partir del momento en que concurran ambos requisitos, un complemento especial por antigüedad que computará a efectos de la pensión de jubilación y cuyo importe ascenderá al del complemento por antigüedad establecido en el artículo 50, apartado 4».

²³ La sentencia de 15 de enero de 1998, asunto C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, ECLI:EU:C:1998:3 había declarado que una cláusula similar a la establecida en la CG puede violar el principio de no discriminación y libertad de circulación de trabajadores consagrado en el art. 48 del Tratado y los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento n° 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, al actuar los requisitos de ascenso por antigüedad en perjuicio de los trabajadores migrantes que hayan desarrollado una parte de su carrera en la Administración Pública de otro Estado miembro. No puede verse justificada, tratándose de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, ni mediante alegaciones relativas a las especiales características del empleo en la Administración Pública ni, habida cuenta de la pluralidad de empleadores, por el interés en recompensar

El Verwaltungsgerichtshof instó a las partes del litigio del que conocía a pronunciarse sobre la pregunta del Secretario del Tribunal de Justicia, e hizo observar con carácter provisional que la cuestión jurídica objeto del procedimiento prejudicial de que se trataba había sido resuelta en favor del Sr. Köbler. A continuación el Verwaltungsgerichtshof retiró su petición de decisión prejudicial. Pero, mediante sentencia del mismo día en que retiró la cuestión prejudicial (sentencia de 24 de junio de 1998) el Verwaltungsgerichtshof desestimó el recurso del Sr. Köbler por considerar que el complemento especial por antigüedad constituía una prima de fidelidad que justificaba objetivamente una excepción a las normas del Derecho comunitario relativas a la libre circulación de los trabajadores.

En esta sentencia de 24 de junio de 1998 expone en particular que no podía mantener el criterio que había expresado al plantear la cuestión prejudicial, y más tarde a retirar la cuestión prejudicial por entenderla resuelta favorablemente al Sr. Köbler, esto es que el “complemento especial por antigüedad para catedráticos universitarios” no constituye una prima de fidelidad ni una gratificación, sino más bien parte integrante de la retribución en el marco del sistema de promoción.

Para justificar este cambio de apreciación tan relevante, el Verwaltungsgerichtshof se limitó a exponer que « [e]ste criterio jurídico, formulado de modo que no vincula al tribunal respecto a las partes del procedimiento contencioso-administrativo, no puede mantenerse. [...] dado que el presunto derecho del [Sr. Köbler] a percibir un complemento especial por antigüedad al amparo del artículo 50 bis de la Gehaltsgesetz de 1956, controvertido en el presente asunto, constituye una prima de fidelidad regulada legalmente y el Tribunal de Justicia ha reconocido que una normativa de ese tipo puede justificar, por los motivos señalados, una medida que diverja en cierto modo de la prohibición de discriminación, el recurso basado en la violación de dicha prohibición de discriminación resulta infundado; por consiguiente debe ser desestimado [...]».

El Sr. Köbler interpuso una demanda de indemnización contra la República de Austria ante el órgano jurisdiccional competente, el Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, que planteó, con arreglo al artículo 234 CE, cinco cuestiones prejudiciales sobre la interpretación, por una parte, del artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) y, por otra, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se desprende en particular de las sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93) y de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult* (C-54/96)²⁴.

la fidelidad de los empleados (sentencia de 15 de enero de 1998, *Schöning-Kougebetopoulou* (C-15/96, Rec. p. I-47).

²⁴ Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413).

Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de una acción de responsabilidad ejercitada por el Sr. Köbler contra la República de Austria por vulneración de una disposición del Derecho comunitario mediante la ya citada sentencia del Verwaltungsgerichtshof, el órgano jurisdiccional supremo en materia contencioso-administrativa. En su demanda, el Sr. Köbler sostendrá que la República de Austria debería repararle el perjuicio supuestamente sufrido al no habersele abonado el complemento especial por antigüedad. Sostiene que la sentencia del Verwaltungsgerichtshof de 24 de junio de 1998 vulneró normas de Derecho comunitario directamente aplicables, tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia en las sentencias en las que declaró que un complemento especial por antigüedad no constituye una prima de fidelidad.

La República de Austria sostendrá que la sentencia del Verwaltungsgerichtshof de 24 de junio de 1998 no vulnera el Derecho comunitario directamente aplicable, y lo que es más importante, a los efectos que nos ocupan, que a su juicio la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, como el Verwaltungsgerichtshof, no puede hacer nacer una obligación de reparación a cargo del Estado.

En su sentencia *Köbler*, el TJUE, reiterara la doctrina antes establecida en *Francovich*, *Brasserie* y otras, declarando explícitamente que el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se deba a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, y reitera el principio de autonomía procedimental de los estados miembros, declarando que corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a dicha reparación.

En cuanto a los requisitos, declarará que a tal efecto deberán concurrir los mismos requisitos que se aplican a la responsabilidad del Estado por los daños causados por la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia cuando dicha resolución viole una norma del Derecho comunitario. Tan sólo precisará que – y este es un matiz importante – por lo que se refiere en particular al requisito de que la infracción sea suficientemente caracterizada, se han de tener en cuenta la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica, como habían alegado los Estados miembros que presentaron observaciones en el asunto *Köbler*, por lo que matizará que la responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario debida a una resolución de ese

tipo solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable²⁵.

El TJUE declarará de forma explícita que el proceder del tribunal austriaco (Verwaltungsgerichtshof) incurrió en infracción suficientemente caracterizada, ya que este órgano jurisdiccional no podía considerar que la solución de la cuestión jurídica controvertida se desprendía de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia o no dejaba lugar a ninguna duda razonable, y, por lo tanto, tenía la obligación, con arreglo al artículo 177, párrafo tercero, del Tratado, de mantener su petición de decisión prejudicial. Sin embargo, separándose en este punto de las conclusiones del Abogado General Legger, el TJUE sostendrá que la decisión del Verwaltungsgerichtshof de retirar la petición de decisión prejudicial por estimar que la respuesta a la cuestión de Derecho comunitario que había de resolverse ya la daba la sentencia *Schöning-Kougebetopoulou*, antes citada, estuvo basada en una lectura errónea de la mencionada sentencia que, sin embargo, no constituyó una infracción manifiesta y grave del Derecho comunitario, ya que éste no regula de manera expresa la cuestión de si una medida por la que se intenta obtener la fidelidad de un trabajador hacia su empresario, como una prima de fidelidad, aun cuando en principio pudiera implicar un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores, puede estar justificada en razones imperiosas de interés general y, por tanto, ajustarse al Derecho comunitario que acepta esta excepción. Para el TJUE se trata de una cuestión que no tenía una respuesta evidente ni en el Derecho comunitario, ni tampoco encontraba respuesta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Se puede concluir que en *Köbler* el TJUE hace un pronunciamiento severo en cuanto a la doctrina que establece, pero finalmente no declaró la existencia de responsabilidad del tribunal nacional. Sin embargo las bases del principio de responsabilidad del estado por la vulneración del DUE por un tribunal que resuelve en última instancia quedaron firmemente establecidas.

Se puso de manifiesto así que la voluntad del TJUE es recabar la colaboración de los órganos judiciales de última instancia en la aplicación del derecho de la Unión,

²⁵ Concluye el TJUE que «De todo lo que antecede resulta que procede responder a las cuestiones primera y segunda que el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se deba a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, si la norma de Derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, si la violación está suficientemente caracterizada y si existe una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas. Para determinar si la violación está suficientemente caracterizada cuando se derive de una resolución de ese tipo, el juez nacional competente debe examinar, habida cuenta de la especificidad de la función jurisdiccional, si dicha violación presenta un carácter manifiesto [...]» (*Köbler*, 59).

ya que tienen atribuida una función nomofilática, en muchos casos a través de instrumentos procesales como el recurso de casación, que precisamente se orientan a este resultado más que a la revisión en su totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia. Los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia están llamados, tanto por su posición jerárquica como funcional, a garantizar la correcta y uniforme aplicación del Derecho de la Unión Europea. Precisamente por esta posición estratégica es por lo que el art. 267 del TFUE, apartado 3, remarca la obligación de estos órganos de plantear la cuestión prejudicial de interpretación cuando se cumplan las condiciones necesarias para ella, y la eventual responsabilidad en que incurren cuando no procedan así y de ello resulta una infracción del Derecho de la Unión Europea que haya originado un perjuicio al particular. La competencia exclusiva del TJUE de garantizar la interpretación unificada del Derecho de la Unión Europea, y pronunciarse sobre su validez requiere de la leal colaboración de los órganos judiciales nacionales, y en especial de los órganos supremos.

En *Köbler* el TJUE hubo de examinar las razones opuestas por los estados miembros para reconocer un principio de responsabilidad del estado por las resoluciones judiciales que, en muchos ordenamientos nacionales era rigurosamente desconocido y hasta excluido explícitamente. Aunque tanto el Abogado General Legger en sus conclusiones (puntos 77 a 82) como la sentencia afirman que este principios encuentra respaldo en la mayoría de los estados miembros, admiten que ello es así bajo condiciones restrictivas y heterogéneas (Sentencia *Köbler*, párrafo 48). Lo cierto es que no pocos de los ordenamientos nacionales excluyen directamente esta posibilidad, lo cual, sin perjuicio de que pueda requerir ciertas matizaciones, demuestra las dificultades para implantar un sistema que, sin embargo, al nacer directamente del Derecho de la Unión Europea no puede ser excluido ni ignorado por el estado miembro. Así ocurriría, según VARGA²⁶, en al menos cinco sistemas legales nacionales, que excluyen explícitamente la responsabilidad por actuación judicial en los casos estrictamente nacionales: Bulgaria, Grecia, Irlanda, Holanda y el Reino Unido de Gran Bretaña. Siguiendo las conclusiones expuestas por VARGA²⁷, y en la misma línea pueden consultarse los trabajos de SCHERR²⁸, el principio de cosa

²⁶ VARGA, Z. «National remedies in the case of violation of EU law by Member State courts» (2017) 54 *Common Market Law Review*, Issue 1, pp. 51–80.

²⁷ VARGA, Z. «Why is the Köbler principle not applied in practice?», *Maastrich Journal* 6, 2016, págs. 989 a 991.

²⁸ SCHERR, K. M. «Comparative aspects of the application of the principle of State liability for judicial breaches» *ERA Forum* (2012) 12: 565. <https://doi.org/10.1007/s12027-011-0242-8>; SCHERR, K. M. «The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Case Gerhard Köbler v. Austria under European Community Law and from a Comparative National Law Perspective», Florence, European University Institute, 2008, EUI PhD theses; Department of Law; URI: hdl.handle.net/1814/13165; DOI: 10.2870/22523.

juzgada constituye un impedimento considerable para la responsabilidad judicial en otros estados miembros entre los que menciona Croacia, Francia, Hungría, Italia y Luxemburgo; por otra parte, la necesidad de proceder previamente a la revisión (*prior reversal*) de la decisión a la que se atribuye la infracción del Derecho de la Unión Europea constituiría en no pocos Estados miembros un prerequisite para exigir la responsabilidad patrimonial en al menos siete ordenamientos jurídicos nacionales. Finalmente la declaración de error judicial de la decisión objeto de reclamación de responsabilidad patrimonial es un requisito previo en varios estados miembros, entre los que se cuenta España, siendo de reseñar que, como es bien conocido en España, los criterios para calificar de error judicial una decisión judicial son extraordinariamente estrictos. Así ocurre también en Dinamarca. En otros estados miembros el obstáculo principal es que se exige la declaración de responsabilidad criminal del juez que adoptó la decisión a la que se atribuye el error por el que se demanda la indemnización por responsabilidad. Finalmente, algunos estados miembros excluyen la responsabilidad respecto a las decisiones adoptadas por su corte suprema²⁹.

Aun a pesar de las restricciones legales expuestas, la doctrina *Köbler* ha encontrado un alto grado de aceptación en los Tribunales de los Estados miembros, que, sobre la base del efecto de primacía del derecho europeo, reconocen la posibilidad de la responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por un tribunal nacional resolviendo en última instancia. Los tribunales supremos de los estados miembros que han aplicado el principio de responsabilidad patrimonial por infracción judicial del Derecho de la Unión Europea han debido dejar inaplicadas en no pocos casos las reglas legislativas nacionales que restringen, en el ámbito del derecho nacional, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial. En algunos casos, los más conocidos, esta inaplicación ha estado precedida del correspondiente planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE, que en varias sentencias ha declarado la incompatibilidad de distintas normas nacionales con los principios de equivalencia y efectividad. Así por ejemplo en el caso de Portugal, como consecuencia de la sentencia dictada por el TJUE en *Ferreira da Silva*, y en Italia, como consecuencia de la sentencia del TJUE en *Traghetti del Mediterraneo*. En otros casos, se han producido reformas legislativas bien para adecuar el sistema de responsabilidad a los requisitos exigidos por el principio de efectividad, como es el caso de Italia con la reforma de 2015 de la Ley Vasalli, bien para adecuar otros sistemas de restitución alternativos, como es el caso de Rumanía, que ha introducido la posibilidad de revisión en las sentencias dictadas en vía contencioso-administrativa

²⁹ VARGA, Z (2016): 989 y 990, notas 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36.

cuando se haya apreciado que incurren en infracción la infracción del Derecho de la Unión Europea ³⁰.

5. Un nuevo paso después de Köbler: la incompatibilidad con el principio de responsabilidad patrimonial de algunos requisitos en los sistemas de responsabilidad establecidos en las leyes nacionales. Responsabilidad patrimonial y cosa juzgada. Los casos Traghetti del Mediterráneo y Comisión contra Italia

En la sentencia dictada en el asunto *Köbler* el TJUE estableció de manera inductiva el principio de responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por un tribunal nacional resolviendo en última instancia. Aunque allí quedaron ya apuntados los principales problemas para asentar en la práctica este principio, a saber, intangibilidad de la cosa juzgada, protección de la independencia judicial, así como los problemas de naturaleza de procedimental, lo cierto es que todos fueron rechazados por el TJUE en el plano teórico, pero, al no declarar la existencia de infracción suficientemente grave y manifiesta, no llegó a suscitarse la compatibilidad efectiva del sistema austriaco.

Estas cuestiones, como decimos, estuvieron ya presentes en el debate de *Köbler*, si bien en aquel momento no se planteó la disconformidad del régimen de responsabilidad patrimonial nacional que, por el principio de autonomía procedimental, debería servir para hacer efectivo el derecho a la indemnización. Desde entonces, no son pocas las ocasiones en que el TJUE se ha enfrentado de nuevo a las tradicionales objeciones planteadas por los estados miembros, con base en su propia legislación, para oponerse a la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones judiciales. Por una parte la existencia de sentencias o resoluciones firmes en las que se hubiera cometida la pretendida infracción del y el debido respeto al principio de cosa juzgada. Por otra la independencia de los tribunales de justicia y la existencia de sistemas nacionales que establecen un régimen de responsabilidad muy restrictivo. Finalmente, los problemas de orden procedimental como la ausencia de un órgano específico para juzgar estas pretensiones cuando se dirijan contra el Tribunal Supremo.

El caso más relevante ha sido el de la Ley de la República Italiana vigente al tiempo de la cuestión resuelta en el asunto *Traghetti del Mediterráneo*, la denominada Ley Vasalli, que en la redacción vigente hasta su reforma por Ley de febrero de 2015,

³⁰ El art. 21 de la Ley 554/2004, de Procedimiento contencioso-administrativo (Leggea contenciosului administrativ nr. 554/2004) de 2 de diciembre de 2004, en su versión de 2004, permite el recurso de revisión de sentencias firmes e irrevocables dictadas por los órganos de lo contencioso-administrativo, además de en los casos establecidos en el Código de Enjuiciamiento Civil, en los casos de existencia de sentencias firmes e irrevocables que violan el principio de primacía del Derecho de la Unión. Ver parágrafo 3 de la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2015 (C-69/14).

dificultaba extraordinariamente, hasta hacerlo inviable en la práctica, el principio de responsabilidad patrimonial del estado por infracción del Derecho de la Unión Europea.

En el caso *Traghetti del Mediterraneo* la cuestión se plantea con toda crudeza habida cuenta, no sólo de las especiales características de la legislación italiana que por entonces regulaba la responsabilidad de los magistrados³¹, sino también de la jurisprudencia que había ido configurando una interpretación extraordinariamente restrictiva de la citada Ley Vasalli. El TJUE examinó la legislación vigente entonces y determinó su incompatibilidad con el DUE al establecer unas condiciones para la exigencia de la responsabilidad del Estado extraordinariamente restrictivas, a tenor de los términos en que explicó tal régimen por el órgano judicial requirente. Así, declaró el TJUE que « el Derecho comunitario se opone a una legislación nacional que excluye, con carácter general, la responsabilidad del Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia debido a que tal violación resulta de una interpretación de las normas jurídicas o de una apreciación de los hechos y de las pruebas efectuadas por dicho órgano jurisdiccional. El Derecho comunitario se opone asimismo a una legislación nacional que limita la exigencia de esta responsabilidad únicamente a los casos de dolo o de culpa grave del juez, si dicha limitación llevara a excluir la exigencia de la responsabilidad del Estado miembro afectado en otros casos en los que se haya cometido una infracción manifiesta del Derecho aplicable, tal como se precisa en los apartados 53 a 56 de la sentencia Köbler»³².

El pronunciamiento del TJUE no se tradujo, sin embargo, en ninguna modificación. La persistencia del mencionado régimen legislativo en Italia, años después de la sentencia *Traghetti del Mediterraneo*, llevó a la Comisión Europea a plantear en 10 de febrero de 2009 un requerimiento en que cuestionaba la compatibilidad de la Ley Italiana, según la interpretación ya formulada por el TJUE en *Traghetti*, con el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros. Ni esta carta, ni la posterior de 22 de marzo de 2010, con el mismo objeto, obtendrán respuesta³³ por lo que se planteó por la Comisión un recurso por incumplimiento que se sustanció en el asunto C-379/10, en el que el TJUE, por sentencia de Sala de 24 de noviembre de 2011 (Sala Tercera) volvió a declarar que «[...] la República Italiana ha incumplido

³¹ Ley de 13 de abril de 1988 n° 117, sobre la reparación de los daños causados en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y la responsabilidad civil de los magistrados (Legge Vasalli).

³² *Traghetti del Mediterraneo*, pár. 46.

³³ En este sentido, DI COMITÉ, V. «El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debido a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el derecho italiano», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 47, 2014, pág. 49 a 88.

las obligaciones que le incumben en virtud del principio general de responsabilidad de los Estados miembros por infringir el Derecho de la Unión uno de sus órganos jurisdiccionales que resuelve en última instancia al:

— excluir por completo la responsabilidad del Estado italiano por los daños causados a los particulares como consecuencia de infracciones del Derecho de la Unión cometidas por un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia, cuando esa infracción se deriva de la interpretación de las normas jurídicas o de la valoración de hechos o pruebas realizadas por dicho órgano jurisdiccional, y

— limitar esa responsabilidad a los supuestos en que exista dolo o culpa grave, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartados 1 y 2, de la Ley no 117 sobre la indemnización de los daños ocasionados en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y la responsabilidad civil de los magistrados [legge n. 117- 181] (sul) risarcimento dei danni cagionati nell' esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati], de 13 de abril de 1988, en las condiciones allí establecidas.

Conviene precisar que esta legislación ha sido posteriormente modificada³⁴ para adecuarla a las exigencias del DUE.

Ahora bien, lo que se pone de manifiesto tanto en *Traghetti del Mediterraneo*, y más adelante, en *Comisión contra Italia* es que, en no pocas ocasiones, la incompatibilidad del sistema de responsabilidad patrimonial con el principio de efectividad viene dada, tanto por la redacción literal de la Ley, como por su aplicación judicial, y en el caso de la Ley Vasalli, era evidente que a una redacción muy restrictiva, se añadía una interpretación sistemática de sus preceptos aún más restrictiva que la convertía, en la práctica, en un sistema de exclusión de la responsabilidad.

6. La sentencia del TJUE en el asunto Ferreira da Silva y otros v/ Estado portugués: incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la exigencia de revisión de la decisión judicial como requisito para exigir la responsabilidad patrimonial

En el asunto *Ferreira da Silva*, el TJUE se enfrentará de nuevo a la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por un tribunal nacional resolviendo en última instancia, a propósito de la falta de planteamiento de cuestión prejudicial del art. 267 del TFUE en relación con un asunto relativo al concepto de “transmisión de centro de activi-

³⁴ Legge 27 febbraio 2015, n° 18 (Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana de 4-3-2015, n° 52) que modifica, entre otros, varios artículos relativos a esta cuestión. Sobre la polémica suscitada en Italia a propósito de la modificación del sistema de responsabilidad de los magistrados, véase DI COMITÉ, V. (2014): págs. 49 a 88.

dad“, a la luz de la Directiva 2001/23, en relación a la sucesión en la actividad de vuelos chárter operados por la compañía Air Atlantis (AIA), por la compañía TAP.

El asunto responde a una cuestión prejudicial planteada en el seno de la tramitación de una demanda interpuesta por el Sr. Ferreira de Silva y otros trabajadores de la antigua compañía de vuelos chárter AIA contra el Estado de Portugal, ante un tribunal civil portugués, las Varas Cíveis de Lisboa (Portugal), en ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual contra el Estado portugués solicitando que se condenara a éste a abonar determinados daños patrimoniales sufridos por los demandantes. Se alegó por los demandantes que se había producido la infracción del derecho de la Unión Europea que invocaron ante el Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, relativo a la interpretación de la Directiva 2001/23, al incurrir en una interpretación a su juicio, manifiestamente ilegal y errónea del concepto de «transmisión de centro de actividad» en el sentido de la Directiva 2001/23, y en la medida en que dicho órgano jurisdiccional incumplió su obligación de plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho de la Unión, que había sido solicitada por los recurrentes Sr. Ferreira da Silva y otros. Aquella cuestión no se planteó, por cuanto el Supremo Tribunal de Justiça de Portugal aplicó la doctrina del acto claro (CILFIT) y desestimó en definitiva la acción de impugnación del despido colectivo que interpuso el Sr. Ferreira da Silva y otros, rechazando así de manera definitiva su solicitud de readmisión y el pago de indemnizaciones.

En la cuestión prejudicial que planteo la Varas Cíveis de Lisboa, el TJUE declaró en definitiva que la interpretación de la Directiva 2001/23 incluye en el concepto de «transmisión de un centro de actividad»³⁵abarca una situación, como la planteada por la sucesión entre AIA y TAP, objeto del litigio en que se incumplió la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

A la segunda cuestión prejudicial, el TJUE resuelve que el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno debe remitir al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del concepto de «transmisión de un centro de actividad» a efectos

³⁵ Declara el TJUE que «[...] procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el concepto transmisión de un centro de actividad» abarca una situación en la que se disuelve una empresa activa en el mercado de los vuelos chárter por parte de su accionista mayoritario, que es a su vez una empresa de transporte aéreo, y en la que, posteriormente, esta última asume la posición de la sociedad disuelta en los contratos de arrendamiento de aviones y en los contratos vigentes de vuelos chárter, desarrolla la actividad antes efectuada por la sociedad disuelta, readmite a algunos de los trabajadores hasta entonces afectados a esa sociedad y los coloca en funciones idénticas a las ejercidas anteriormente, y recibe pequeños equipamientos de esa sociedad.» Parágrafo 35 *Ferreira*.

del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23³⁶. El valor de esta doctrina se pone más de relieve si advertimos que en otra sentencia dictada en la misma fecha, de 9 de septiembre de 2015, dictada en los asuntos acumulados C-72/14 y 197/14, el TJUE recordará la plena vigencia de la doctrina CILFIT si bien bajo la propia responsabilidad del órgano supremo³⁷. No es fácil señalar el elemento diferenciador entre ambas sentencias, pues lo que en *Ferreira da Silva* constituye una infracción del deber de plantear la cuestión prejudicial, en el otro caso (*Van Dijk*) queda de nuevo remitido a la responsabilidad del tribunal nacional. Sin duda la principal diferencia se encuentra en la referencia a las discordancias interpretativas tanto internas como entre los tribunales de distintos Estados miembros en la interpretación de la Directiva 2001/23, ya que en palabras del propio TJUE existen importantes diferencias tanto entre los tribunales portugueses, de las que dan cuenta los antecedentes del caso, ya que el órgano de primera instancia estimó la demanda y el de apelación revocó su pronunciamiento, como entre los distintos tribunales nacionales de varios estados miembros. Sin duda, en el caso *X y Van Dijk*, analizado en la otra sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 9 de septiembre de 2015, la perspectiva es distinta, ya que el tribunal de última instancia holandés, el Hoge Raad der Nederlanden, plantea la cuestión de si debe esperar a la resolución de la cuestión prejudicial planteada por un órgano inferior (Gerechtshof te 's-Hertogenbosch) o plantear a su vez una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la misma norma, a lo que el TJUE reitera la doctrina CILFIT y la exclusiva responsabilidad del tribunal supremo, que es realmente el único obligado a plantear la cuestión prejudicial, y por tanto dispone del margen de apreciación necesario para decidir si el asunto cumple los requisitos de esta doctrina del acto claro, siempre bajo su exclusiva responsabilidad.

³⁶ Para el TJUE resultará decisivo la discordancia no sólo entre tribunales inferiores portugueses, sino también entre los diferentes tribunales nacionales. Así, declara que «El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno debe remitir al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del concepto de «transmisión de un centro de actividad» a efectos del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23, en circunstancias como las del litigio principal, caracterizadas tanto por resoluciones contradictorias de tribunales inferiores acerca de la interpretación de este concepto como por dificultades de interpretación recurrentes de éste en los distintos Estados miembros», *Ferreira da Silva*, parágrafo 45.

³⁷ En la sentencia de 9 de septiembre de 2015, en los citados asuntos acumulados C-72/14 y C-197/14 [*X v/ Inspecteur van Rijksbelastingdienst (C72/14)* y *T.A. van Dijk v/ Staatssecretaris van Financiën* (asunto C-197/14)], el TJUE declara que «[...] la circunstancia de que un órgano jurisdiccional inferior haya planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial del mismo objeto que la suscitada en el litigio que debe dirimir el órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia no implica, por sí sola, que no se cumplen los requisitos de la sentencia Cilfit y otros (283/81, EU:C:1982:335), de manera que este último órgano jurisdiccional podría decidir no someter cuestión alguna al Tribunal de Justicia y resolver bajo su responsabilidad».

Por último, y ya en relación con el aspecto que nos ocupa, el régimen de responsabilidad civil, el órgano jurisdiccional remitente solicitaba que se dilucidase esencialmente si el Derecho de la Unión, y en especial los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares en virtud de la vulneración del Derecho de la Unión, cometida por un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que exige como requisito previo la revocación de la resolución lesiva dictada por ese órgano jurisdiccional, cuando en la práctica dicha revocación no es posible. El TJUE admite y ratifica la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa juzgada, precisando que, a falta de normativa de la Unión en la materia, el sistema de aplicación de este principio se rige por el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de éstos³⁸ Recuerda que el objeto de la acción de responsabilidad y el pleito en que recayó resolución con fuerza de cosa juzgada son distintos, y precisa que el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico de la Unión exige tal reparación, pero no impone la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño, como ya había declarado en la sentencia *Köbler*, y reiterará posteriormente en la sentencia de 6 de octubre de 2015 (Gran Sala) en el asunto C -69/14³⁹, *Dragos Constantin Târșia*. En consecuencia, el TJUE responderá a esta tercera cuestión prejudicial que « [...] el Derecho de la Unión y, en especial, los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares en virtud de la vulneración del Derecho de la Unión cometida por un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que exige como requisito previo la revocación de la resolución lesiva dictada por ese órgano jurisdiccional, cuando en la práctica dicha revocación no es posible»⁴⁰. El pronunciamiento del

³⁸ En este sentido puede verse la sentencia *Fallimento Olimpiclub* C-2/08 (ECLI:EU:C:2009:506) apartados 23 y 24, así como la sentencia de 6 de octubre de 2015 (Gran Sala) en el asunto C-69/14, *Dragos Constantin Târșia v/ Estado Rumano* (ECLI:EU:C:2015:662).

³⁹ En la sentencia de 9 de octubre de 2015, asunto *Târșia* se reitera que «[...] el Tribunal de Justicia ha recordado en numerosas ocasiones la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada (véase también, en este sentido, la sentencia *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, apartado 388). De este modo, se ha declarado que el Derecho de la Unión no exige que, para tener en cuenta la interpretación de un precepto aplicable de ese Derecho adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la resolución de un órgano jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada, éste deba, por regla general, reconsiderar dicha resolución (sentencia *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 60)» parágrafo 38.

⁴⁰ El TJUE afirma que «En efecto, de los documentos obrantes en autos y de los debates que tuvieron lugar en la vista se desprende que los supuestos en los que las resoluciones del Supremo Tribunal

TJUE en *Ferreira* debe determinar, en buena lógica, la inaplicación por los Tribunales nacionales portugueses del requisito de la previa revisión, requisito que sin embargo, seguirá vigente en tanto no se modifique la ley interna, para las reclamaciones por responsabilidad patrimonial por infracción del derecho nacional. Con ello se pone de manifiesto un problema que existe en no pocos Estados miembros, con una marcada tendencia, bien a una dualidad de regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por infracciones del derecho cometidas por los Tribunales, y ello dependiendo de si se trata de infracciones del Derecho interno o del Derecho de la Unión Europea. O, en otros casos, a introducir requisitos en la regulación nacional para el caso de infracción del derecho de la Unión Europea, en un intento de igualar por abajo, es decir, a aplicar regímenes de reclamaciones de responsabilidad patrimonial para infracciones del derecho interno, más estrictos y limitados que los que resultaría del régimen de la jurisprudencia del TJUE, pero que pudieran ser aceptables en virtud del principio de autonomía procedimental y equivalencia. Aquí podría mencionarse, acaso, la tendencia de la reforma introducida en España a través del régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, a través de la LRJSP.

Un ejemplo de esta situación de dualidad de regímenes aparece en Portugal. Mientras se tramitaba el procedimiento *Ferreira* ante el TJUE, han recaído sendos pronunciamientos del Supremo Tribunal de Justicia como del Tribunal Constitucional de Portugal que han descartado la inconstitucionalidad del sistema que exige la revisión previa de la decisión judicial respecto a la que se reclame la compensación por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado⁴¹.

7. La responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea como remedio fundado en el Derecho de la Unión y otros remedios nacionales

Como hemos adelantado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea garantiza a los particulares beneficiarios de derechos atribuidos por normas integrantes del Derecho de la Unión Europea, que cuando sufran un daño como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión Europea atribuible a una decisión de un tribunal de un estado miembro que resuelva en última instancia, puedan ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial dirigida al Estado, a fin de ser indemnizados de los daños sufridos.

de Justicia pueden ser objeto de reexamen son sumamente limitados» parágrafo 52 *Ferreira*.

⁴¹ En este sentido y con mayor detalle, SILVEIRA, A. y PEREZ FERNANDES, S., «Preliminary references, effective judicial protection and State liability. What if the Ferreira da Silva Judgment had not been delivered?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 4, 631-666.

Ahora bien, en ausencia de procedimientos y normas específicas en el Derecho de la Unión Europea, esta acción habrá de ejercitarse ante los tribunales de los Estados miembros y según sus requisitos y reglas de procedimiento. A partir de aquí la diversidad de situaciones entre los distintos estados miembros es notable, y no sólo por el distinto grado de reconocimiento del mencionado principio a nivel legislativo y de práctica judicial, sino también porque, no siendo ésta la única forma de garantizar la restitución de la situación de infracción del Derecho de la Unión Europea, cabe observar que en este ámbito de remedios alternativos se puede apreciar una diversidad de situaciones notable.

Como punto de partida, es obvio que por su origen en el Derecho de la Unión Europea, el derecho a la acción de responsabilidad patrimonial no puede ser excluido, ignorado o menoscabado por los Estados miembros. Sin embargo los Estados miembros pueden disponer de otros remedios que pueden ofrecer un efecto de restitución semejante al principio de responsabilidad, como puede ser la revisión de la decisión judicial que produjo la infracción, con el consiguiente debilitamiento del principio de cosa juzgada, o el recurso ante un tribunal de garantías constitucionales para garantizar derechos fundamentales concernidos en los casos en que la infracción pudiera haber afectado algún derecho fundamental, señaladamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Un sector de la doctrina ha expresado su frustración con el grado de seguimiento y aplicación efectiva de la doctrina *Köbler* por los tribunales nacionales, especialmente por los Tribunales Supremos. Pero hay varios factores que pueden explicar ese efecto, que en todo caso está lejos de haber sido demostrado. Ante todo debe tenerse en cuenta el frecuente solapamiento de procedimientos de responsabilidad contra el Estado legislador para reclamar perjuicios originados en situaciones donde esa legislación contraria al DUE ha sido objeto de aplicación judicial⁴², y por tanto no cabría excluir que la acción se hubiera dirigido bajo la fórmula de responsabilidad del estado juez, de no ser porque las condiciones para exigir la responsabilidad del Estado legislador resultan, al menos en principio, algo menos restrictivas, ya que basta con acreditar la existencia de una infracción suficientemente caracterizada, que en el caso de la responsabilidad del Estado Juez exige además que se trate de una

⁴² Como ejemplo puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo de 6 de mayo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 199/20214, ECLI:ES:TS:2016:1887) donde hubo una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que devino firme en parte de las liquidaciones tributarias, al no alcanzar su importe el límite mínimo para acceder al recurso de casación, que dejó sin efecto por su oposición al Derecho de la Unión Europea, el resto de liquidaciones tributarias. La sentencia de 6 de mayo de 2016 resuelve el supuesto otorgando indemnización por la infracción del Derecho de la Unión Europea atribuido al legislador, si bien el asunto había obtenido sentencia firme en que se aplicó aquella norma opuesta al Derecho de la Unión Europea.

infracción manifiesta y grave. Por ello, no son pocos los autores que muestran serias reservas sobre la efectividad del sistema de responsabilidad patrimonial judicial por infracción del Derecho de la Unión Europea, y señalan la conveniencia de no descartar otros remedios posibles⁴³.

Pero también es preciso señalar que los ordenamientos nacionales ofrecen otros remedios que pueden sustituir ventajosamente a la reclamación de responsabilidad patrimonial, por lo que las eventuales infracciones del Derecho de la Unión Europea podrían ser solucionadas por otras vías. Al menos podrían señalarse las vías de la eventual revisión, en aquellos ordenamientos jurídicos que lo permitan⁴⁴, además de la posibilidad de invocar, a través de los correspondientes procedimientos de garantía de derechos fundamentales, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la denegación del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE carezca de motivación razonable.

8. La regulación de la responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español

El nuevo marco legislativo introducido por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), y la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) ha incorporado algunas innovaciones significativas en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por infracción del Derecho de la Unión Europea. Por primera vez, nuestro ordenamiento jurídico se ocupa de forma explícita de esta cuestión que, hasta la regulación introducida en el capítulo IV del Título Preliminar de la LRJSP, no contaba con más regulación que los principios generales establecidos en la doctrina del TJUE y proclamados reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ante todo conviene tener presente que esta regulación se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración, así como a la aplicación de normas jurídicas bien con rango de ley y declaradas inconstitucionales, bien de normas que hayan sido declaradas incompatibles con el Derecho de la Unión Europea (art. 32.4 y 5 de LRJSP). Pero la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la

⁴³ En este sentido apuntan las conclusiones de AALTO, P. en *Public Liability in EU Law*, Hart Publishing Ltd., 2011, pág. 214.

⁴⁴ Limitémonos a señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no está admitida la revisión de los pronunciamientos judiciales firmes como consecuencia de una sentencia posterior del TJUE que declare la infracción del Derecho de la Unión Europea en que hubiera podido incurrir el tribunal, a diferencia de lo que ocurre en otros estados miembros (por ejemplo Rumanía).

Administración de Justicia se continúa rigiendo específicamente por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

No es posible ahora profundizar en el estudio del régimen de la LRJSP, pero si conviene señalar que existe el riesgo de que, al hacer uso de la potestad de autonomía procedimental que corresponde a los Estados miembros en cuanto al régimen y procedimientos para exigir la responsabilidad patrimonial, se introduzcan situaciones aparentemente incompatibles con los principios de equivalencia y efectividad. Así lo ha puesto de manifiesto la propia Comisión Europea según consta en la carta de emplazamiento dirigida al Reino de España⁴⁵.

No obstante, y sin pretender examinar más que algunos de los aspectos más novedosos, conviene destacar la incorporación del requisito de que el perjudicado haya accionado, mediante el oportuno procedimiento judicial, contra la actuación administrativa, invocando de manera explícita la vulneración del Derecho de la Unión Europea (art. 32.5 de la LRJSP). El requisito de que se haya producido un pronunciamiento judicial en aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea no ha sido, al menos en nuestra práctica jurisprudencial previa a la aplicación de la LRJSP, un obstáculo para la reclamación de los perjuicios causados.

Así lo establece el art 32.5 de la LRJSP al disponer que cuando la lesión sea 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 hubiere alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada [...]». Esta exigencia de que la incompatibilidad de la norma con el Derecho Europeo haya sido alegada precisamente por quien solicita la indemnización ha suscitado dudas en cuanto al respeto de principio de efectividad, teniendo en cuenta que hasta la introducción de este requisito en la LRJSP, la ausencia de reclamación previa no impedía al particular reclamar la indemnización.

Por otra parte, se ha introducido una previsión también novedosa al limitar los daños cuya indemnización puede ser objeto de reclamación a los causados en los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare el carácter de la norma contraria al Derecho de la Unión Europea (art. 34.1 párrafo segundo de la LRJSP) salvo que la sentencia disponga otra cosa. La introducción de alguna limitación temporal no parece irrazonable, y en ese sentido se ha pronunciado el TJUE, afirmando que el principio de responsabilidad patrimonial no se opone a que una ley nacional limite el periodo de devolución de los impuestos soportados por una

⁴⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1577_es.htm

norma del derecho nacional a un determinado periodo de tiempo configurado como de prescripción de la acción tributaria con carácter general, y así lo ha declarado en su sentencia de 20 de diciembre de 2017, asunto C-500/2016 *Carterpillar Financial Services*, en el que constató la compatibilidad con el Derecho de la Unión del plazo de cinco años que establecía la normativa tributaria en Polonia⁴⁶ para obtener la devolución de impuestos pagados conforme a una norma tributaria declarada contraria al Derecho de la Unión Europea posteriormente.

Las previsiones del art. 34.2 de la LRJSP, respecto a la existencia de una sentencia que declare la inconstitucionalidad o la vulneración del Derecho de la Unión Europea, no ofrecen dudas en cuanto se pueda referir a la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, que obviamente debe ser dictada por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, resulta más confusa en cuanto a que se debe entender por una sentencia que declare la infracción del Derecho de la Unión Europea. Sin duda, podrá cumplirse esta condición en una sentencia del TJUE que pueda hacer apreciaciones sobre la compatibilidad de la norma interna española, ya al resolver una cuestión prejudicial o bien conociendo de un recurso de incumplimiento. También podrá ser idónea a estos efectos una sentencia de un tribunal nacional en los casos en que conozca de un recurso directo contra una norma de rango inferior a ley, o bien en procedimiento de cuestión de ilegalidad. En el caso de normas con rango inferior a Ley, el juego de recurso indirecto basados en la disconformidad de la norma reglamentaria con el Derecho Europeo, y la cuestión de ilegalidad que puede plantearse en caso de que el asunto no puede llegar en vía de recurso ante el órgano judicial competente para la impugnación directa, tal y como establece el art. 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁴⁷. Estos procedimientos deben permitir que se produzca una sentencia que pueda declarar la ilegalidad de la norma en virtud del principio de eficacia directa y prevalencia de las normas del Derecho Europeo. En última instancia, el juez nacional tiene siempre a su disposición la facultad de elevar la cuestión de prejudicialidad, así como en su caso inaplicar la norma que entienda contraria al Derecho de la Unión Europea.

En este sentido conviene recordar que el efecto de primacía del Derecho de la Unión Europea vincula a todos los tribunales nacionales, por lo que el abanico de pronunciamientos en los que pueden producirse una apreciación de vulneración del Derecho de la Unión Europea es extraordinariamente amplio, y en la mayoría de los casos será mediante una inaplicación de la norma nacional, lo cual no conlleva ni

⁴⁶ En este sentido se pronuncia la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-500/16, ECLI:EU:C:2017:996).

⁴⁷ Véase el art. 27 de la Ley 29/11/78, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el Capítulo II del Título V, art. 123 a 126 de la LJCA, que regula el procedimiento de cuestión de ilegalidad.

la anulación de la misma, ni por tanto, la publicidad del fallo mediante publicación en Boletín Oficial del Estado, como exige el art. 32.6 de la LRJSP, fecha que a su vez adquiere mayor relevancia al determinar el plazo de cinco años anteriores a que se limitan los perjuicios que son susceptibles de indemnizar (art. 34.1 de la LRJSP). En este sentido conviene recordar que la obligación del órgano judicial nacional se extiende a cualquier tribunal, y no está limitada ni excluida por la posibilidad de que los eventuales perjuicios derivados de la ley contraria al derecho europeo puedan ser objeto de reclamación, tal y como ha afirmado la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2016, asunto *Dansk Industri* (DI), C-441/14⁴⁸.

Ahora bien, conviene reseñar que el requisito de que se produzca una previa reclamación contra la actuación administrativa que se juzgue contraria al Derecho de la Unión Europea es un requisito que hasta su introducción en la LRJSP no ha sido nunca exigible. En tal sentido, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy consolidada⁴⁹. Conviene puntualizar que lo que difícilmente puede resultar aplicable como sentencia que determina el inicio del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción sea una sentencia que, aún dictada por el TJUE, se refiera a una norma similar a la española, dictada por otro Estado miembro⁵⁰.

No obstante recordemos nuevamente aquí que la antes citada Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto *Carterpillar Financial Services* valora, como elemento para limitar el plazo de prescripción de la devolución de ingresos indebidos por las cuotas de IVA soportadas en exceso, la actuación del sujeto pasivo que no impugnó ni ejerció acción alguna al tiempo de la aplicación de la norma contraria al Derecho de la Unión Europea⁵¹. Así, señala el parágrafo 45 de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, citada., que «*es preciso recordar que, según el Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión sólo se opone a que una autoridad nacional alegue el transcurso de un plazo de prescripción razonable en aquellos casos en los que la conducta de las autoridades*

⁴⁸ «Incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su Derecho nacional, interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad. Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación». Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2016, asunto *Dansk*, C-441/14).

⁴⁹ Por todas y como una muestra de la más reciente, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008, 550/2018 - ECLI: ES:TS:2018:550. Se trata de un asunto en que el Tribunal Supremo declara la infracción del Derecho de la Unión Europea por la regulación legal de las reducciones en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

⁵⁰ En este sentido la STS de 19 de febrero de 2008, cit., FD segundo.

⁵¹ Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-500/16, parágrafo 52).

nacionales, junto con la existencia de un plazo de caducidad, llevan a privar a una persona de la posibilidad de hacer valer sus derechos ante los tribunales nacionales (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Q-Beef y Bosschaert*, C-89/10 y C-96/10, EU:C:2011:555, apartado 51 y jurisprudencia citada)», así como que «49 [...] la convicción subjetiva de no poder actuar sino pagando el IVA relativo a los costes del seguro correspondiente a los contratos de leasing no puede asimilarse a una imposibilidad objetiva de actuar de otro modo, añadiendo que «50. En el caso de autos, Caterpillar podía negarse a pagar las cuotas atrasadas del impuesto, puesto que había considerado inicialmente que esos costes del seguro estaban exentos del IVA, e impugnar cualquier requerimiento de pago mediante una acción judicial, o pagar las cuotas atrasadas del impuesto y acudir a un tribunal nacional para obtener la devolución de las cantidades indebidamente pagadas respetando el referido plazo de prescripción, sin esperar a una eventual interpretación por el Tribunal de Justicia de las disposiciones de la Directiva IVA. Pues bien, es necesario señalar que Caterpillar no hizo uso de ninguna de estas posibilidades»⁵².

Este pronunciamiento del TJUE parece avalar la introducción de determinados límites temporales en los perjuicios que pueden ser objeto de reclamación por vía de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea, en línea con el requisito exigido por el art. 34.1 de la LRJSP. Pero en cuanto a la fecha que determina el periodo de generación del daño resarcible, esto es la publicación de la sentencia que declare la infracción del Derecho de la Unión Europea, son muchas las dudas de la aplicación y viabilidad de este requisito.

En resumen, la nueva regulación del régimen de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea ha supuesto una importante restricción de las condiciones procedimentales y sustantivas para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados por este tipo de incumplimientos.

CONCLUSIONES

La exigencia de la responsabilidad del Estado por infracciones cometidas por los órganos jurisdiccionales en la aplicación del Derecho Europeo ha recibido un fuerte impulso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Su recepción por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido plena, en buena medida debido a la ausencia de toda previsión normativa respecto a este régimen de responsabilidad. Ello ha tenido consecuencias patrimoniales especialmente extendidas en el caso de los numerosos procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por determinadas normas tributarias que han sido declaradas contrarias

⁵² Parágrafos 49 y 50 de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-500/16, cit.

al Derecho de la Unión Europea, como es el caso de la responsabilidad patrimonial formulada por los daños y perjuicios derivados de la aplicación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos creado por la Ley 24/2001, y más recientemente respecto a las diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste, en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Con la nueva regulación que introduce la LRJSP, el Reino de España se sitúa en la línea de varios estados miembros, que han hecho uso de principio de autonomía procedimental para implementar las reglas y criterios para hacer efectivo un derecho configurado por el propio Derecho de la Unión. Sin embargo, existe la posibilidad de que algunas de las previsiones introducidas en la LRJSP establezcan limitaciones significativas al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

III. BIBLIOGRAFÍA:

AALTO, P., *Public Liability in EU Law*, Hart Publishing Ltd. 2011.

COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Editorial Iustel, 2015.

DI COMITÉ, V., “El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debido a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el derecho italiano”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 47, 2014.

MARTÍN RODRÍGUEZ, P., “La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 19. Año 2004.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., “Responsabilidad de los tribunales nacionales y Derecho Comunitario. La responsabilidad de los Estados Miembros por infracción del Derecho comunitario en vía judicial, a partir de la Sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia”, *Revista del Poder Judicial*, 71, tercer trimestre 2003.

SCHERR, K. M., *The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Case Gerhard Köbler v. Austria under European Community Law and from a Comparative National Law Perspective*, Florence, European University Institute, 2008, *EUI PhD theses*; Department of Law; URI: hdl.handle.net/1814/13165; DOI: 10.2870/22523.

SCHERR, K. M., “Comparative aspects of the application of the principle of State liability for judicial breaches”, *ERA Forum* (2012).

SILVEIRA, A., y PÉREZ FERNANDES, S., “Preliminary references, effective judicial protection and State liability. What if the Ferreira da Silva Judgment had not been delivered?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 4.

VARGA, Z., “Why is the Köbler principle not applied in practice?”, *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 6, 2016.

VARGA, Z., “National remedies in the case of violation of EU law by Member State courts”, *Common Market Law Review*, 54 Issue 1, 2017.

Artículos

La alteración de términos municipales en la reforma local de 2013: crónica de un fracaso anunciado <i>The alteration of municipal terms in the local reform of 2013: chronicle of an announced failure</i>	
ELOÍSA CARBONELL PORRAS	5-21
El municipio turístico de Andalucía: claves sustantivas de su nueva regulación <i>The tourist municipality of Andalucía: substantive keys of its new regulation</i>	
MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO	22-40
Análisis sobre la implantación del singular modelo de Cartas de Servicios en Cataluña <i>Analysis on the implementation of the unique model of Services Cards in Catalonia</i>	
MARÍA DEL MAR CARAZA CRISTÍN	41-59
Límites del principio de estabilidad presupuestaria respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas españolas <i>Limits of the principle of budgetary stability with respect to the financial autonomy of the Spanish Autonomous Communities</i>	
CARLO ALBERTO CIARALLI	60-83

Estudios breves

Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano <i>Economic crisis and protection of social right in Europe. Reflections from the Italian perspective</i>	
GIANLUCA GARDINI	84-98
La potestad autonormativa en relación con los estatutos del personal de los parlamentos autonómicos <i>Autonomous authority in relation to the staff regulations of autonomous parliaments</i>	
RAFAEL CANO SILVA	99-109

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 151/2017, de 21 de diciembre) <i>Again on non-attached members of local government (the ruling of the constitutional court 151/2017, december 21)</i>	
LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ	110-127
El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa <i>Vehicle rental with driver (VTC) and its legal implications. Uber, Cabify and the collaborative economy</i>	
NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO	128-147
La inaudita STC 108/2017, de 21 de septiembre, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà <i>The unprecedented Constitutional Court's Judgment no. 108/2017, of September 21, about Law of the Parliament of Catalonia 8/2015, of June 10, of creation of the municipality of Medinyà</i>	
MIQUEL PONS PORTELLA	148-164



I A A P