

La nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en España

Orlando Cárdenas Perdomo
*Abogado
Especialista en Derecho Administrativo*

SUMARIO

- I. INTRODUCCION
- II. PILARES DE LA REFORMA
- III. CONTENIDO DE LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
 - 1. *Ambito y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa.*
 - 2. *Organos de la jurisdicción contencioso-administrativa.*
 - 3. *Las partes.*
 - 4. *Objeto del recurso.*
 - A. *El recurso contra la inactividad de la Administración.*
 - B. *El recurso contra las actuaciones constitutivas de vía de hecho.*
 - 5. *El procedimiento.*
 - 6. *Medidas cautelares.*

I. INTRODUCCION

El 14 de julio de 1998 con la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 29/98, de 13 de julio, “reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, se puso punto final al proceso de reforma de esta jurisdicción en España. Hasta al momento, la Ley de 27 de diciembre de 1956 había regulado y perfilado las características fundamentales del ámbito contencioso-administrativo, que permitieron por más de cuarenta años controlar la legalidad de la actividad administrativa y garantizar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración. La Ley de 1956, a pesar de haber sido aprobada bajo el régimen franquista, resultó memorable en la historia del Derecho público español en tanto que preconquista del Estado de Derecho antes de su afirmación constitucional. La solidez de los principios que inspiraron la regulación de 1956 así como su calidad técnica permitieron que dicha regulación se insertase sin demasiadas dificultades en la vida democrática española consolidada con la aprobación de su Texto Fundamental en 1978.

No obstante, los cambios acontecidos en el ordenamiento jurídico español, en las estructuras políticas y administrativas del Estado y en la sociedad durante las cuatro décadas transcurridas desde la aprobación de dicha Ley aconsejaron la elaboración de un nuevo texto en el que, sin renunciar a los principios inspiradores de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, se diese una respuesta sistemática a las nuevas circunstancias y a los problemas que éstas suscitan. Al logro del propósito de reforma general de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa se han dirigido varias tentativas. Un primer Anteproyecto de 1986 que no llegaría a convertirse en proyecto de Ley. Por su parte, en 1994-1995 se gestó otro Anteproyecto, tramitado como proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados, que quedó truncado en su iter parlamentario por la disolución de las Cortes Generales a comienzos de 1996, no sin que antes se publicara en el Boletín Oficial del Congreso correspondiente al 3 de enero de 1996 el texto informado por la Ponencia. Finalmente, la reforma realizada por la Ley 29/98, de 13 de julio, tomó como base los trabajos parlamentarios del último proyecto de Ley en el que se alcanzó un alto grado de consenso en muchas de las cuestiones, pero introduciendo algunas cuestiones nuevas y otras diferentes.

Estas líneas versarán precisamente sobre los aspectos -que a nuestro entender- son los más relevantes de la Ley 29/98 como nuevo instrumento rector de la jurisdicción contencioso-administrativa en España. Mediante este artículo no se examinan exhaustivamente todos los aspectos de la Ley, sino que constituye una sumaria aproximación a los pocos meses de su promulgación, con la especial salvedad de que habrá que esperar su desarrollo jurisprudencial, así como su interpretación doctrinaria para poder percibir integralmente el alcance de sus reformas.

II. PILARES DE LA REFORMA

Las razones señaladas por la Ley 29/98 (en su Exposición de Motivos) como esenciales y determinantes para la revisión de la Ley de 1956 son: la preconstitucionalidad de la misma, la cual no fue adaptada al texto constitucional de 1978 sino corregida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo; y el notorio incremento de la litigiosidad en la jurisdicción contencioso-administrativa sin un paralelo aumento de los medios para hacerle frente, lo que ha dado lugar a una congestión de los órganos jurisdiccionales de dicho orden cuyo retraso supone una denegación de justicia. Además -añade que- se ha puesto en evidencia el desfase del instrumental jurídico que tenía a su disposición la jurisdicción, en particular para someter a control jurídico las actividades materiales y la inactividad de la Administración, así como para ejecutar con prontitud las decisiones judiciales y para adoptar medidas cautelares que aseguren la eficacia del proceso.

Conforme a la Exposición de Motivos la reforma pretende completar la adecuación del régimen del recurso contencioso-administrativo a los valores y principios constitucionales, tomando en consideración el aporte de la doctrina y jurisprudencia. De otra parte expresa que la reforma se preocupa por conseguir un equilibrio entre las garantías, tanto de los derechos e intereses públicos y privados en juego como del acierto y calidad de las decisiones judiciales, con la celeridad de los procesos y la efectividad de lo juzgado. A partir de las anteriores premisas la Exposición de Motivos señala que "la reforma es a la vez continuista y profundamente renovadora. Continuista porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido a consolidar definitivamente; porque mantiene asimismo el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tiene y su doble finalidad de garantía individual y control del sometimiento de la Administración al derecho, y porque se ha querido conservar, conscientemente, todo aquello que en la práctica ha funcionado bien, de conformidad con los imperativos constitucionales".

Precisados así los pilares sobre los que descansa la reforma de la regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa que hacen un retrato idílico del nuevo instrumento, no seríamos fieles a la realidad si dejásemos de mencionar que la discusión de dicha Ley no fue -ni mucho menos- pacífica ya que se han originado acaloradas discusiones doctrinales durante su elaboración¹. En efecto, muchas críticas se han hecho a las versiones manejadas por las Cortes Generales. Como ejemplo de una de ellas podemos citar las palabras del Catedrático Jesús González Pérez (quien ha sido el primero en realizar un completo análisis de la Ley 29/98) para quien la "Ley que, tal y como salió del Congreso -y en este aspecto no mejoró las cosas el Senado-, desconoce las más elementales reglas de la técnica legislativa. Ha resultado un texto denso,

¹ Una de las polémicas más interesantes fue protagonizada por Eduardo García de Enterría en relación con el caducado proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre el control jurisdiccional de los actos políticos, *vid. Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid. Civitas, 1997, pp. 266-279 y 303-307

amazacotado, oscuro. Artículos desmesuradamente largos, divididos a su vez en apartados desmesurados, con incisos que hacen difícil a veces llegar a su verdadero sentido”².

III. CONTENIDO DE LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. *Ámbito y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa*

Sobre el ámbito que define la Ley 29/98 para la jurisdicción contencioso-administrativa vamos a hacer hincapié en la superación del carácter revisor de la jurisdicción y en la ratificación del pleno enjuiciamiento de los llamados actos políticos del Gobierno. No obstante, debemos decir que la Ley precisa la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en relación no sólo con los contratos administrativos, sino también con los actos separables de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Además, la nueva Ley unifica la competencia del orden contencioso para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive (excepto aquellas de tipo penal), evitando la dispersión de acciones existente anteriormente, buscando garantizar la uniformidad jurisprudencial.

El artículo 1.1 de la Ley dispone: “Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación”.

Mediante este artículo se realiza una adaptación terminológica al artículo 106.1 de la Constitución Española, ya que la jurisdicción contencioso-administrativa no va a conocer sólo de pretensiones en relación con actos y reglamentos, sino en general con la actividad de la Administración sujeta al Derecho Administrativo. La anterior es una idea central de la nueva Ley, toda vez que la Administración no sólo actúa a través de actos y de reglamentos, sino a través de otras muchas formas de intervención, en las relaciones jurídicas con los particulares, y esas otras formas tienen también que ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa. De esta manera, se supera la tradicional concepción revisora de la jurisdicción, siendo perceptible el tránsito desde el sistema objetivo del contencioso-administrativo francés que pone acento en el “acto” tal y como hacía la Ley de 1956, hacia un sistema subjetivo, propio del Derecho alemán, cuyo centro lo constituye la “pretensión” o la “acción”³.

². Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/98, de 13 de julio)*, Vol. I, Madrid, Editorial Civitas, 1998, p. 17. Debemos acotar que el autor se está refiriendo al proyecto de Ley, ya que el órgano legislativo de España (Cortes Generales) está compuesto por el Congreso de los Diputados (al que se refiere el autor) y por el Senado.

³. La primera y más importante consecuencia del carácter revisor del proceso contencioso consiste en la necesidad de un acto o disposición previamente dictado por una Administración, que constituye el objeto del recurso. Al anterior se le suman cuatro aspectos en los que se expresa la eficacia del carácter revisor del proceso: la limitación del control a la mera legalidad del acto impugnado; la inadmisibilidad y el orden de pronunciamientos; las denominadas cuestiones nuevas; y la limitación en cuanto a las pretensiones ejercitables en vía contenciosa, *vid.* Juan Alfonso Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso (dir), *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Acero, 1992, pp. 793-801. Más recientemente Juan Ramón Fernández Torres realiza un exhaustivo estudio sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, *vid.* *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, Civitas, 1998.

La referencia al control de la "actuación de las Administraciones públicas" encaja con una de las innovaciones más importantes de la Ley que consiste en la doble apertura del objeto del proceso contencioso-administrativo español hacia el control de la inactividad material de la Administración y de las actuaciones constitutivas de vía de hecho. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos dichas actuaciones administrativas -señala la Exposición de Motivos- resulta injustificable tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones.

En los otros apartados del artículo primero se incorpora lo que se entiende por Administración Pública en conexión con lo previsto en otras disposiciones. Asimismo, se incorpora al ámbito contencioso-administrativo las decisiones, disposiciones y actos de una serie de organismos constitucionales como el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas, entre otros.

Por su parte, el artículo 2 de la nueva Ley señala: "el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...) a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos".

Con esta disposición se admite sin reservas el enjuiciamiento de los llamados actos políticos del Gobierno, corrigiendo la inmunidad que otorgaba a dichos actos el artículo 2.b) de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que establecía: "No corresponderá a la Jurisdicción contencioso-administrativa: b) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa". La Exposición de Motivos de la Ley de 1956 justificaba tal exclusión por la diferencia existente entre la función administrativa y la función política, aludiendo a esta última al ejercicio de la potestad administrativa en atención de un móvil o razones políticas, conectando así con la vieja teoría que excluía del control de los Tribunales los actos que los gobernantes dictaren en función de un fin político.

La noción del acto político como área excluida de cualquier control jurisdiccional defendida por la regulación de 1956, no fue sostenible a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, que resuelve el polémico asunto sometiendo a todos los poderes públicos tanto a sus disposiciones como al ordenamiento jurídico, así como por el establecimiento del principio de plenitud del control jurisdiccional⁴. En efecto, el artículo 9 de la Constitución española proclama la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento, por lo que es impensable actos de los poderes públicos no sometidos a Derecho. Además, la incorporación del principio general del artículo 24.1 de la Constitución impide la substracción de cualquier tipo de acto a la plenitud del control jurisdiccional, incluyendo a los actos políticos⁵. Esta interpretación ha sido compartida en reiteradas ocasio-

⁴. En este sentido, *vid.* Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1997, p. 569. Asimismo, Miguel Aparicio Pérez, "¿Hacia una nueva figura de actos políticos del Gobierno?", *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Diputación de Barcelona, 1985, pp. 185-199.

⁵. En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia del 28 de junio de 1994 señaló que: "La Constitución ha aportado un trascendente elemento innovador con respecto al régimen jurídico existente con anterioridad, cual es el precepto contenido en el artículo 24.1, en el que se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho que ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional".

nes por el Tribunal Supremo quien a partir de la aplicación conjunta de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución ha sentado la premisa según la cual surge “una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional”, por lo que se aprecia “la dificultad de principio de negar la tutela judicial, cuando alguna persona legitimada la solicite, alegando una actuación ilegal del poder ejecutivo” (Auto del 18 de enero de 1993).

Expuesto lo anterior, podemos decir que el artículo 2 de la Ley 29/98 no hace sino reafirmar los principios recogidos en la Constitución que están en contradicción con un área inmune al control jurisdiccional, estableciendo en términos positivos los aspectos en los que será controlable la actividad gubernamental, a saber: derechos fundamentales, elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones.

2. *Organos de la jurisdicción contencioso-administrativa*

La novedad más relevante del capítulo referido a los “Organos y competencias” consiste en la regulación de las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Dichos Tribunales fueron creados previamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial y presentan carácter unipersonal⁶. Las competencias que le son otorgadas -según expresa la Exposición de Motivos- son relativamente uniformes y de menor trascendencia económica y social, pero cubren un elevado número de los recursos que cotidianamente se interponen ante los órganos de la jurisdicción. De esta forma, dichos Juzgados resolverán, entre otros asuntos, los recursos que se deduzcan frente algunos actos de las Entidades locales y de las Comunidades Autónomas.

Asimismo, se regulan las competencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, con jurisdicción en toda España, para contribuir a reducir el exceso de trabajo de órganos jurisdiccionales actualmente muy saturados.

Conforme a este nuevo esquema el orden jurisdiccional contencioso-administrativo español se encuentra integrado por los siguientes órganos (artículo 6): Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo; Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia; Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

No todos creen que la nueva organización jurisdiccional resultará beneficiosa, por lo menos en un primer momento, este es el punto de vista de González Pérez quien no se muestra muy optimista al expresar que: “la entrada en vigor de la Ley planteará, no ya las dificultades que siempre plantea una modificación de la organización jurisdiccional, sino una generalizada desorientación, que se traducirá en interminables conflictos de competencia, nulidades de actuaciones y, en definitiva, demora en la tramitación de los procesos”⁷.

3. *Las partes*

En lo que se refiere a las partes, la nueva Ley se limita a recoger las sucesivas modificaciones que se han producido a este respecto por la entrada en vigor de algunos instrumentos jurídicos, incorporando además las innovaciones jurisprudenciales y doctrinales que se

⁶. El hecho de que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo tuviesen carácter unipersonal fue fuertemente criticado por un sector doctrinario que observa a la colegialidad de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa como un principio que debe preservarse. Esta fue una de las conclusiones del Seminario de la Magdalena sobre la Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, celebrado del 9 al 13 de septiembre de 1996 en Santander, bajo la dirección de Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, L. Martín Rebollo y Raúl Bocanegra Sierra.

⁷. Jesús González Pérez, *Comentarios a...*, Vol. 1, op. cit., p. 19.

venían aplicando hasta el momento⁸. Lo que se pretende -explica la Exposición de Motivos- es que nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, pueda verse privado del acceso a la justicia.

Así, la Ley mantiene la posición de la legitimación activa de las partes por la titularidad de derechos subjetivos y de intereses legítimos, este último concepto comprensivo de los derechos subjetivos pero más amplio, tal y como aclara la Exposición de Motivos. El concepto de derecho subjetivo en la jurisprudencia contencioso-administrativa española apenas ha planteado problemas. No obstante, la jurisprudencia relacionada con la noción de interés es bastante abundante marcada de una considerable flexibilidad y generosidad. Así, el concepto de interés -que no precisa hallarse consagrado en un determinado precepto- ha sido interpretado en sentido amplísimo, comprendiendo cualquier suerte de beneficio jurídico, económico o moral que pudiese obtenerse en la hipótesis de que el acto (siguiendo el esquema revisor de la jurisdicción) fuese anulado, o genere cualquier tipo de perjuicio, si se mantuviese.

La Ley establece la legitimación para la defensa de intereses colectivos a las corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos capaces de ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración como personas jurídicas. La jurisprudencia a este respecto también ha sido bastante abundante. Respecto a los Colegios Profesionales la jurisprudencia ha establecido que su función principal es la de velar por la defensa de los intereses generales o corporativos, expresión que incluye la ordenación de las enseñanzas del respectivo título, los derechos económicos de sus miembros, entre otros. Por lo que toca a los sindicatos, la jurisprudencia ha admitido su legitimidad para impugnar un Decreto referido a horas extraordinarias¹⁰.

De otra parte, la Ley para la defensa de los intereses difusos se remite a la acción popular, institución hacia la que la jurisprudencia ha mantenido una actitud recelosa, sometiendo a cuantas cautelas ha podido, en este sentido, ha dicho que la acción popular sólo puede amparar pretensiones de simple anulación (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1978); sin embargo, la nueva Ley no hace distinciones al respecto. Asimismo, la nueva regulación hace referencia a la legitimación de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales para impugnar los actos y disposiciones que vulneren el ámbito de su autonomía.

En lo que concierne a la legitimación pasiva se recogen los criterios jurisprudenciales vigentes, ampliando el concepto de demandado no sólo a los titulares de derechos subjetivos lesionados, sino también a las entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran resultar perjudicados por la estimación de la pretensión del demandante. Asimismo, se introducen algunos retoques técnicos para la identificación de la Administración demandada y los destinatarios de los actos sujetos a fiscalización.

Es de destacar la novedosa regulación que se hace de la legitimación pasiva de la Administración autora de una disposición general cuando la pretensión de nulidad del acto

⁸. Incluso hay quien dijo con relación al Proyecto de 1994-1995, que en esta materia es idéntico a la Ley 29/98, que en lo que a las partes se refiere la regulación que se produce no justificaría la redacción de una nueva Ley para la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que prácticamente todo lo que dispone está incluido en la Ley de 1956, en la jurisprudencia que la ha interpretado y en la legislación posterior. *vid.* la intervención de Entrena Cuesta en la obra colectiva, *La reforma del proceso contencioso-administrativo. Jornadas de Estudio sobre el Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Sevilla, 1995, p. 96.

⁹. Juan Alfonso Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso (dir), *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 827-828.

¹⁰. *IBÍDEM*, p. 829.

particular se fundara en la ilegalidad de aquella, y ello aunque no procediera de dicha Administración el acto administrativo impugnado. Con esta disposición se permitirá a cada Administración defender la legalidad de sus disposiciones y la advertirá respecto de la adecuación a derecho de las mismas¹¹.

4. *Objeto del recurso*

El Título III contiene sin duda las innovaciones más importantes que la Ley introduce, se trata -como ya dijimos- de la superación de la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir la posibilidad de accionar frente a la inactividad de la Administración y hacia sus actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho.

Así, por su razón de su objeto la nueva Ley establece cuatro modalidades de recursos, a saber: el tradicional dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; el recurso contra disposiciones generales, en su doble variedad, directo o indirecto; el recurso contra la inactividad de la Administración y el recurso que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

Del recurso contra los actos administrativos poco se renueva. Se ratifica la inadmisibilidad de los recursos contra actos confirmatorios de otros firmes y consentidos, por razones de seguridad jurídica no sólo para el particular sino para el interés general y de los beneficiados por él.

De los recursos contra disposiciones generales, la nueva Ley ofrece las más amplias posibilidades de someter a control judicial la legalidad de las disposiciones generales, preservando los llamados recursos directo e indirecto. El recurso indirecto frente a las disposiciones generales consiste en la impugnación de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto, no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en la no conformidad a derecho de la disposición general (artículo 26, Ley 29/98).

Respecto al recurso indirecto la Ley introduce una novedad al distinguir entre dos supuestos: *a)* cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta. En este caso, el juez declarará la validez o nulidad de la disposición general y del acto administrativo ya que tiene competencia para anular o no las dos cosas; *b)* cuando el órgano competente en un recurso contra un acto particular sea distinto al que le corresponde el conocimiento del recurso directo contra la disposición general. En este supuesto, si el Juez o el Tribunal determina la nulidad del acto por considerar ilegal el conteni-

¹¹. Respecto a esta disposición el Consejo de Estado en su informe sobre el Anteproyecto de la Ley, expresó que: "se olvida -y ello podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva- la necesidad de extender la legitimación pasiva también a otros sujetos, especialmente en los supuestos de impugnación indirecta de reglamentos y cuestión de ilegalidad. Así, cuando en un proceso contencioso-administrativo se conozca de una prestación dirigida a impugnar un acto concreto y fundada en la ilegalidad de la disposición que aplica el acto, las partes demandadas serán, además de las Administraciones autora de la actuación y de la disposición, los titulares de los derechos derivados del acto. También habrán podido comparecer los que tuvieran interés por el mantenimiento de ese acto concreto, del que han tenido conocimiento por los anuncios a él referidos. En cambio, no podrían ser parte demandada, no habrían podido intervenir -porque no sabían de qué se trataba- aquellas personas o entidades (v.gr. Colegios Profesionales) que tuvieran interés, no ya en el mantenimiento del acto administrativo, sino de la disposición general cuya legitimidad se enjuicia (por ejemplo, si se trata de una reglamentación delimitadora de la competencia entre dos categorías profesionales)". Debemos señalar que la aguda observación del Consejo de Estado no fue incorporada en el texto definitivo de la Ley.

do de la disposición general aplicada, deberá plantear una "cuestión de ilegalidad" ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición general. La cuestión de ilegalidad no será planteada si fuese el Tribunal Supremo quien conociere, en cualquier grado, de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de la disposición general, ya que si estima que ésta es contraria a derecho la anulará sin más.

La cuestión de ilegalidad ha sido creada tomando como referencia la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 de la Constitución española, y según la Exposición de Motivos "no tiene otro significado que el de un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez".

Anteriormente, en los casos de recursos indirectos el juez inaplicaba la disposición general por considerarla ilegal, declarando asimismo la nulidad del acto particular. Esta solución producía desigualdades e inseguridad jurídica, ya que con ocasión de las impugnaciones indirectas se sucedían inaplicaciones de reglamentos por unos jueces y aplicaciones por otros. El objetivo que persigue la nueva Ley es la prevalencia de una decisión judicial clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar innecesarios vacíos normativos y situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas.

Del resto, en el Título III se encuentran disposiciones tendentes a agilizar los procesos, entre las que destaca aquella que permite que el juez suspenda la tramitación de recursos masivos que tengan idéntico objeto y resolver con carácter preferente alguno de ellos. Así, se elude la reiteración de trámites, pues los efectos de la primera o primeras sentencias resultantes podrían aplicarse a los demás casos en vía de ejecución o, eventualmente, podrían inducir al desistimiento de otros recursos.

A. *El recurso contra la inactividad de la Administración*

El análisis y comentario del artículo 29 de la Ley, que es el que introduce tal modalidad de control jurisdiccional, requiere ante todo una consideración sobre la inactividad material de la Administración. Por actividad de la Administración, en un concepto similar o próximo al de actuación administrativa, se hace referencia al ejercicio por la Administración de sus funciones. El concepto de inactividad por su parte es el contrario a actividad, esto es, la carencia de aquella, que cuando se refiere a la Administración es el no ejercicio por la Administración de sus funciones. La inactividad debe definirse pues a partir de la constatación de una omisión por la Administración de una actividad jurídica o material legalmente debida y materialmente posible. En este sentido, Alejandro Nieto indica que la inactividad material es "una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias"¹². Por su parte, Gómez Puente define la inactividad material como "la omisión de actuaciones materiales, físicas o intelectuales, de carácter externo y su naturaleza jurídica que constituye la prestación de un servicio o realizar una función de atención de objetivos o satisfacción de intereses públicos"¹³.

El tema de la inactividad material de la Administración no surge ni mucho menos con la entrada en vigencia de la Ley 29/98, sino que con la Ley de 1956 este asunto era centro de preocupación por parte de la doctrina, la cual tuvo como indiscutible precursor a Alejandro Nieto a través de su artículo "La inactividad de la Administración y el recurso Contencioso-

¹² Alejandro Nieto. "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", *Revista de Administración Pública*, n° 37. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. pp. 121 y ss.

¹³ M. Gómez Puente. *La inactividad de la Administración*, Pamplona, 1997, p. 64.

Administrativo”, en la *Revista de Administración Pública* N° 37, que retomaría tiempo después con otro titulado “La inactividad material de la Administración veinticinco años después”, en *Documentación Administrativa* n° 208, en donde también se publicaron estudios de Morell, Fernández Espinar y Ferrer. A estos estudios se suman otros que tratan el tema de la inactividad material dentro de sectores específicos como el urbanístico, nos referimos a los artículos de Rodríguez Moro, *Revista de Estudios de la Vida Local* N° 174, y de Romero Fernández, publicado en la *Revista de Administración Pública* n° 82. Asimismo, destaca un completo estudio de Gómez Puente titulado *La inactividad de la Administración*.

La pequeña reseña bibliográfica que hemos hecho ofrece una idea sobre la importancia que se le daba al problema de la inactividad material de la Administración durante la vigencia de la Ley de 1956, sobre todo con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y a diferencia de lo que pueda pensarse el administrado no se encontraba desamparado aún cuando no existía un recurso específico contra la inactividad material, en estos casos, el mecanismo de reacción era convertir lo que inicialmente constituía una inactividad material en una inactividad formal, mediante la formulación de la correspondiente solicitud a la Administración, con la consecuente aplicación de la técnica del silencio administrativo en caso de falta de respuesta. En este sentido, Nieto señalaba que “el sistema español de garantías frente a la inactividad material de la Administración, se basa en una técnica complicada de su convertibilidad en actividad formal, privándose de actos positivos, pero armonizando lo tradicional con lo moderno”.

La nueva Ley (artículo 29) al regular el recurso contra la inactividad de la Administración, lo hace de la siguiente forma: “1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración. 2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78”.

El recurso así previsto, según reza la Exposición de Motivos: “se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia condenatoria, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el “quando” de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas.

Del citado artículo 29 se pretende derivar una distinción entre el régimen aplicable a la inactividad formal (silencio negativo) y la inactividad material. Se acota así dentro del campo de inactividades de la Administración una parcela -las inactividades materiales (que contradicen directamente normas generales, actos, contratos o convenios, en virtud de los

cuales se reconoce el derecho a obtener una prestación concreta)-, eximiéndola del régimen general de los actos presuntos. En tales casos, se establece un trámite de reclamación previa a la Administración para que ponga fin a su inactividad y satisfaga la prestación a la que está obligada, de modo que, transcurridos tres meses desde la fecha de la reclamación, y sin necesidad de solicitar certificación de acto presunto, quienes tuvieran derecho a la prestación pueden acudir directamente a los Tribunales contencioso-administrativos. Dicho plazo se reduce a un mes en caso de que existan actos administrativos firmes que no hayan sido ejecutados.

González Pérez indica que la pretendida distinción entre el régimen aplicable a la inactividad formal y la material, no es tal, ya que tanto en los casos de silencio negativo (conforme a lo dispuesto en la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/99 - LRJPA) como en el supuesto de inactividad material (regulados en la Ley 29/98), hay que acudir a la Administración y esperar un período determinado para ver si responde o actúa, según el caso, y de no hacerlo se abre la posibilidad de interponer el recurso contencioso-administrativo que seguirá los trámites del proceso ordinario hasta la sentencia. De ahí que el autor considere que el nuevo sistema no es muy diferente al existente en la Ley de 1956, y precisamente por ello le niega la razón al Consejo de Estado al momento de pronunciarse sobre el Anteproyecto de la que es la actual Ley (que en este aspecto es idéntico al texto definitivo), cuando dicho órgano expresa: "En la realidad práctica actual, ante los casos de inactividad material de la Administración, el mecanismo de reacción es convertir lo que inicialmente es una inactividad material en una inactividad formal, simplemente formulando la correspondiente solicitud a la Administración y, en el caso de que no conteste, aplicando la técnica del silencio administrativo...El régimen del Anteproyecto se aparta sutilmente de ese sistema, prescindiendo del más riguroso procedimiento del silencio administrativo para los casos de inactividad material y limitándose a exigir con carácter previo a la reclamación -pero que no es, stricto sensu, una vía previa a la Administración (el objeto del pleito contencioso sería la inactividad de la Administración y no la desestimación presunta de una solicitud inicial)"¹⁴.

Ahora bien, hechas estas primeras observaciones debemos referir que la Ley no comprende en la inactividad material a todo supuesto de inactividad, ya que lo limita a los supuestos en que la Administración, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de contrato o de un convenio administrativo esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas. No se admite, por tanto, un carácter amplio, tal y como había propugnado la doctrina¹⁵.

Respecto al supuesto de inactividad por el incumplimiento de una disposición general que obligue a una prestación concreta, hay que admitir que esto no es lo frecuente, pues por general (no siempre) la realización de una previsión de carácter general requiere de la intermediación de un acto que concrete la prestación. Precisamente por este hecho González Pérez propone una interpretación amplia de la norma acorde con el principio de tutela judi-

¹⁴ Jesús González Pérez, *Comentarios a...*, Vol. 1, op. cit., pp. 711-715.

¹⁵ Para Alejandro Nieto las diferentes manifestaciones de la inactividad material pueden ordenarse en los siguientes términos: 1) La no producción de un acto administrativo; 2) La omisión en el deber de dictar disposiciones o normas de carácter general; 3) La inactividad de la Administración a la hora de crear órganos o servicios para un cumplimiento de las tareas atribuidas por ley; 4) La inactividad en la prestación de servicios públicos; 5) El no ejercicio por parte de la Administración de las acciones que corresponden para la defensa de los derechos e intereses que tienen encomendados; 6) La inactividad de la Administración producida en la fase de ejecución de las sentencias de los Tribunales. Por su parte Gómez Puente agrupa en dos grandes bloques los supuestos de inactividad a partir de los cuales desarrolla una tipología de la inactividad material, a saber: la injección de los actos administrativos y la inactividad prestacional y funcional.

cial efectiva previsto en el artículo 24.1 de la Constitución¹⁶. Así, el Catedrático admite el recurso, además del supuesto contenido en la Ley (cuando la actividad omitida consista en una prestación concreta a favor de una persona o personas determinadas), en todos aquellos supuestos en que la disposición general imponga directamente a la Administración actuar en un sentido determinado, como por ejemplo: cuando la actividad omitida afecte a una pluralidad de sujetos indeterminados, como el establecimiento de servicios públicos; cuando la pasividad de la Administración consista en no realizar aquella actividad que venía obligada en cumplimiento de sus fines, bien para garantizar la tranquilidad, la salubridad o el orden público, bien para garantizar el uso del dominio público o para la debida prestación de los servicios públicos.

El segundo supuesto que se contempla es cuando la Administración está obligada a realizar la actividad en virtud de un acto obligatorio y ejecutivo. La solución que ofrece la Ley es muy parecida a la existente en la regulación de 1956, ya que necesariamente ha de reclamarse la ejecución ante la Administración, y si la inactividad persiste, proceder a la interposición del recurso para que, luego del proceso abreviado, una sentencia condene a la Administración a ejecutar el acto.

El tercer y último supuesto se refiere a cuando la obligación de la Administración surge de un contrato o convenio administrativo. Aquí debe tenerse en cuenta que conforme a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (artículo 60.1), la Administración disfruta de las prerrogativas de autotutela, por lo que las cuestiones que se planteen en el nacimiento, cumplimiento y extinción de los contratos serán decididas por ésta. Los actos mediante los cuales se pronuncie la Administración podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Hecha esta precisión al exigirse a la Administración el cumplimiento de una obligación contractual consistente en una prestación concreta, debe dirigirse primero la solicitud a ésta, si la respuesta fuese negativa queda abierta la vía jurisdiccional, ahora bien, si la respuesta fuese positiva pero la Administración posteriormente no la ejecutase, entonces también quedaría la opción del recurso por inactividad. En el primer caso, el objeto del proceso sería la existencia de la obligación, en cambio en el segundo, por cuanto la obligación ya fue reconocida mediante un acto (apartado 2, artículo 29), se procedería por el procedimiento abreviado previsto en el artículo 78.

Por último, conforme al artículo 32.1 de la Ley cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración, el demandante podrá solicitar que el órgano jurisdiccional condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas. Esta circunstancia es criticada por González Pérez quien señala que “después de tener que esperar los mismos plazos que ahora para poder incoar el proceso, después de los trámites del proceso, todo esto para obtener una sentencia que decidirá si la Administración viene obligada a hacer aquello que no hizo y establecer un plazo para que lo haga. Y transcurrido este plazo, ¡¡a empezar el nuevo calvario de la ejecución forzosa!!”¹⁷.

B. *El recurso contra las actuaciones constitutivas de vía de hecho*

Otra novedad de la Ley 29/98 es el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho. Para referirnos al fenómeno de las vías de hecho en España debemos partir del artículo 93 de la LRJPA, en el cual se establece el principio de que las actuaciones materiales de ejecución deben estar legitimadas en un acto de cobertura que les sirva de fundamento. En

¹⁶ Jesús González Pérez, *Comentarios a...*, op. cit., pp. 718-721. Del mismo autor, “El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº97, Madrid, Civitas, 1998.

¹⁷ Jesús González Pérez, *Comentarios a...*, op. cit., pp. 27-28.

efecto, conforme al apartado 1 del artículo "las Administraciones públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico". Este precepto aborda uno de los aspectos de la vía de hecho, es decir, cuando la actividad ejecutoria administrativa no se legitima en un acto administrativo previo.

Ahora bien, la noción de vía de hecho no se limita al supuesto anterior sino que conforme a la jurisprudencia y doctrina -que han sido los responsables del desarrollo de esta teoría- dicho fenómeno abarca otras facetas que pueden incluirse en la genérica definición del Tribunal Constitucional (STC 22/1984), según la cual debe entenderse por vía de hecho "los actos de los funcionarios y de los agentes de la Administración faltos de cobertura legal y de cobertura concreta de un título jurídico". Esta general y uniforme noción engloba la diversas propuestas de definición que aportan los más destacados representantes de la doctrina. De una parte, se entiende la vía de hecho como un límite a la potestad de coacción administrativa y de expropiación forzosa (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández)¹⁸; o como desaparición del privilegio de ejecutoriedad de la actuación administrativa por una grave irregularidad de su actuación material o por un atentado a la propiedad y a los derechos fundamentales (Jesús González Pérez)¹⁹; o como una actuación realizada sin competencia o sin ajustarse al procedimiento establecido (Francisco López Menudo)²⁰. De esta

¹⁸. Estos autores plantean el concepto general de vía de hecho como un vicio específico de la coacción administrativa, sin perjuicio de analizar también la aplicación de este concepto en el ámbito de la expropiación forzosa. Indican los autores que "el concepto de vía de hecho comprende todos los casos en que la Administración pública pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirva de fundamento jurídico y aquellos otros en los que en el cumplimiento de una actividad material de ejecución comete una irregularidad grosera en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública". A la vista de esta definición, los supuestos de vía de hecho pueden incluirse en dos grandes grupos: A) inexistencia o irregularidad sustancial del acto de cobertura, y B) irregularidad o exceso en la propia actividad de ejecución, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1989, pp. 771 y ss.

¹⁹. Jesús González Pérez, *Comentarios a...*, op. cit. El autor plantea la cuestión partiendo de los límites de la inatacabilidad del acto administrativo por vía interdictal. "Si cuando existe un acto administrativo se produce la interdicción de toda intervención de los Tribunales civiles frente a la actuación material legitimada por el acto administrativo, al no existir acto o al realizarse la actuación fuera de los límites legitimadores, desaparece el fundamento que obstaculiza la acción del Juez ordinario". "Es el acto administrativo el que determina la interdicción de toda la intervención de la Jurisdicción ordinaria. De aquí que cuando no exista el acto, al desaparecer el fundamento que obstaculizaba la acción del Juez ordinario, estaremos ante un supuesto de vía de hecho". "Pero la vía de hecho llega a más. Si sólo jugara ante la falta de acto administrativo legitimador de la acción material administrativa, nada tendría de original". "Pero es que también juega cuando, existiendo acto administrativo, adolezca de tal grado de ilicitud que se le niegue toda fuerza legitimadora", pp. 727-728. Según González Pérez para que una actuación material de la Administración constituya vía de hecho han de concurrir ciertas circunstancias que son sus requisitos. Estos requisitos pueden referirse al grado de regularidad de la actuación material y a los bienes que afecta: a) "Irregularidad de la actuación material" por concurrir alguna de las siguientes circunstancias: a') que no exista acto administrativo que legitime la acción material (bien porque no exista literalmente tal acto, bien porque, aun existiendo y siendo válido, la ejecución material del acto no guarde relación con los supuestos de hecho del mismo); b') que la irregularidad afecte a la ejecución material en sí misma considerada, y b) Atentando a la propiedad y a los derechos fundamentales, pp. 730-734.

²⁰. Francisco López Menudo, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Madrid, Civitas, 1988, quien construye el concepto de vía de hecho a partir de las notas que recogen los artículos 103 de la Ley de Procedimientos Administrativos de 1958 y 125 de la Ley de Expropiación Forzosa. esto es, la incompetencia y vicio de procedimiento. Las irregularidades en el procedimiento las clasifica en: A) Irregularidades en el iter procedimental: a) Carencia absoluta de procedimiento; b) Procedimiento distinto del legalmente establecido; c) Vicios esenciales del procedimiento; B) Irregularidades de la decisión previa: a) Ausencia de decisión previa; b) Cesación de la eficacia del acto previo; c) Falta de notificación o requerimiento, y C) Irregularidades en la fase de ejecución: a)

forma, indica Sainz Moreno que “la relativa indeterminación del concepto de vía de hecho se debe a que su interpretación exige ponderar la gravedad de la irregular ‘actuación administrativa’ (tanto si hay como si no hay acto administrativo en sentido estricto) y así, frente a casos claros en los que esa actuación debe calificarse de vía de hecho...hay otros en los que puede calificarse esa actuación de nula de pleno derecho o de dañosa sin llegar a constituir una vía de hecho”, por lo que “corresponde a los jueces y tribunales resolver, a la vista de cada caso, si la ilegalidad alcanza el grado de vía de hecho”²¹.

No obstante la indeterminación apuntada por Sainz Moreno, creemos que es posible realizar una aproximación al concepto de vía de hecho basándose en la jurisprudencia y doctrina anteriormente citada, las cuales consideramos resumidas por González-Varas quien explica que la vía de hecho se presenta: “cuando la actividad ejecutoria administrativa no se legitima en un acto administrativo previo, al no haberse dictado o al haber dejado de existir (por haberse anulado o revocado); o, igualmente, si el acto incurre en tan grave defecto que carece de toda fuerza legitimadora, o, si, existiendo acto, la ejecución material no guarda conexión con su supuesto de hecho o es desproporcionada con los fines que se propone. En este contexto, se plantea, asimismo, si en el Derecho español existe vía de hecho en el caso en que, con posterioridad al título de la ejecución (el acto administrativo), no se realizan los actos conminatorios previos a la ejecución, que la doctrina considera requisito *sine qua non* para ésta. Por otra parte, dan lugar a vías de hecho las actuaciones ejecutorias realizadas sin previo procedimiento o sin observar las reglas de competencia; de este modo, los presupuestos que dan lugar a una vía de hecho se corresponden con los requisitos de la nulidad absoluta del acto administrativo”²².

La respuesta procesal que se le ha dado a esta figura pasa por señalar que cuando la Administración incurre en vía de hecho implica la cesación automática de los privilegios que amparan a la Administración, convirtiéndose en un sujeto de Derecho común ante el cual pueden ejercerse todas las acciones y medios de defensa que tienen los particulares frente a cualquier otro particular. De ahí que al producirse la vía de hecho desaparece el obstáculo que impedía la actuación de la jurisdicción ordinaria para enjuiciar la actividad administrativa. La Administración no queda exceptuada de ningún posible proceso que se incoe frente a ella. Todos los procesos podrán utilizarse, hasta el interdictal ante los Tribunales del orden civil del que generalmente se encuentra excluida²³. En efecto, aunque el ordenamiento niega la posibilidad de ejercer un interdicto contra la Administración hace una excepción cuando de vías de hecho se trata. Así, el artículo 101 de la LRJPA señala que no se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, lo que, a *contrario sensu*, significa que el interdicto es procedente cuando la Administración no respeta el procedi-

Discordancia entre la decisión y la ejecución material; b) Inadecuación de los medios de ejecución; c) Falta de proporcionalidad en la ejecución., pp. 131 y ss, pp. 171 y ss.

²¹ Fernando Sainz Moreno, “Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, acción interdictal y amparo”, *Revista de Administración Pública*, nº 123, Madrid, CEC, 1990, p. 320 y 321.

²² Santiago González-Varas, *La vía de hecho administrativa*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 23-25. Añade el autor que “en el Derecho francés, la vía de hecho, institución jurisprudencial por antonomasia, es resultado de un atentado especialmente grave de la Administración, insusceptible de ser imputado a un poder legal de la Administración, en los derechos fundamentales de los ciudadanos (libertades públicas fundamentales y derecho de propiedad); la actuación supone una salida de las atribuciones propias de la autoridad administrativa, al no poderse considerar que es aplicación de un texto legal o reglamentario. En el ordenamiento italiano, aunque no se habla de vías de hecho, está presente este mismo planteamiento cuando se distinguen vicios más o menos graves de la actuación administrativa, dando lugar, igualmente, a diferencias de régimen procesal entre ambas situaciones”, pp. 25-26.

²³ Jesús González Pérez, *Comentarios a...*, op. cit., p. 734.

miento ni los límites de su propia competencia. Asimismo, la Ley de expropiación forzosa admite esta vía, en relación con el derecho de propiedad, siempre que se trate del interdicto de retener o recobrar (artículo 125).

El interdicto civil ha sido el medio más efectivo para reaccionar frente a la vía de hecho administrativa, incluso un reconocido sector de la doctrina, en pos de la plenitud de la tutela judicial efectiva, señalan que es preferible mantener y reforzar en la jurisdicción civil la garantía de la propiedad y de las libertades públicas cuando resultan perturbadas por hechos que se realizan al margen del derecho administrativo²⁴. En todo caso, además del interdicto civil, era posible acudir -incluso antes de la nueva Ley que comentamos- a la jurisdicción contencioso-administrativa para enfrentarse a una vía de hecho. Aunque la Ley de 1956 no establecía la posibilidad de ejercer un recurso contencioso frente a la vía de hecho, la jurisprudencia lo había admitido, pero con la necesidad de provocar un acto administrativo por el que se denegaba la petición del administrado de que cesara la vía de hecho, deduciéndose la pretensión procesal frente al acto. De esta manera, la vía contencioso-administrativa no ofrecía un medio de defensa tan rápido y eficaz como el interdicto civil, ya que la exigencia de un previo acto administrativo creaba una dificultad notable e implicaba un retraso excesivo en la protección, sobre todo cuando dicho acto había que provocarlo por la vía del silencio administrativo.

En este panorama el particular frente a la vía de hecho podía elegir alternativamente entre la vía interdictal ante la jurisdicción civil y la vía contencioso-administrativa (doctrina del Tribunal Supremo, 22/9/90 y Tribunal Constitucional 160/91 del 18/7) y, en su caso, obtener también tutela por vía de amparo. Estas alternativas permanecen inalteradas con la nueva regulación, pero con la diferencia de que se reconoce legalmente el recurso contra la vía de hecho, sin necesidad de provocar un acto previo.

En efecto, la Ley 29/98 incluye expresamente el recurso contra la vía de hecho que será tramitado por el proceso ordinario. La crítica que se le podría hacer a la Ley es que no se encarga de definir qué entiende por vía de hecho, imprecisión que puede generar inconvenientes. Así, el artículo 30 dispone: "*En caso de vía de hecho, el interesado deberá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo*".

El requerimiento a la Administración por parte del particular para que cese la vía de hecho tiene carácter potestativo a diferencia de la obligatoriedad que consagraba el Anteproyecto de Ley, el cual fue modificado por la observación realizada por el Consejo de Estado, según la cual: "al exigir el anteproyecto una intimación para que cese la vía de hecho y el transcurso de un plazo para que se considere no atendido el requerimiento, permite que se mantenga una situación de perturbación de la posesión del particular y coloca al virtual inquietado en su posesión en una situación de despojo que no recibe una inmediata respuesta jurisdiccional".

Conforme a la Exposición de Motivos mediante este requerimiento se le ofrece la oportunidad a la Administración de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial, lo que no convierte al recurso contra la vía de hecho, en recursos contra la desestimación del requerimiento.

²⁴. Vid. Jesús González Pérez. "El juez ordinario, defensor de la legalidad administrativa", *Revista de Derecho Procesal*. 1971 y Fernando Sainz Moreno, "Defensa frente...", op. cit., En sentido contrario, Santiago González-Varas sostiene que la vía de hecho debe residenciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa mediante la implementación de figuras de protección más efectivas, vid. *Problemas procesales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 135 y ss.

Por último, según lo previsto en el artículo 32.2 de la Ley cuando el recurso contencioso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá solicitar que se declare contraria a Derecho y que se ordene el cese de dicha actuación. No obstante, tal y como destaca González Pérez tales pronunciamientos no garantizan una tutela judicial efectiva, a menos que se adopten con la debida diligencia y rapidez las correspondientes medidas cautelares²⁵.

V. EL PROCEDIMIENTO

La nueva Ley acepta básicamente el esquema procedimental de la regulación de 1956, cuyo acierto en lo esencial está contrastado, aunque introduce bastantes modificaciones a fin de agilizar al máximo la tramitación, regulando diversos supuestos en los que el proceso puede abreviarse sin merma de garantía para las partes y arbitrando soluciones que permiten no agotar todos los trámites del procedimiento ni llegar necesariamente en todos los casos a sentencia²⁶.

Entre los supuestos que tienden a agilizar los procesos se encuentra el regulado en el artículo 66, mediante el cual se le otorga preferencia a la tramitación de los recursos contra disposiciones generales, lo que persigue -si la sentencia es desestimatoria- eliminar los posibles recursos indirectos contra los actos de aplicación fundados en la ilegalidad de la disposición. Asimismo, el artículo 57 prevé la posibilidad de que el actor solicite que el recurso se resuelva sin necesidad de pruebas ni conclusiones; es decir, solo con la demanda y la contestación; en caso que el demandado esté de acuerdo, se entra directamente en la etapa de sentencia. Además, siguiendo el objetivo de agilizar al máximo la tramitación de los juicios, el artículo 78 crea un procedimiento abreviado para asuntos de poca cuantía o relevancia. De otra parte, el artículo 77 faculta al Tribunal para que someta a consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de sumas de dinero.

Se ha insistido especialmente en uno de los principales problemas que encuentra el desarrollo del proceso, esto es, la resistencia de la Administración demandada a colaborar con la justicia mediante la remisión del expediente administrativo en los plazos correspondientes, reforzando los medios para su exigencia a través del establecimiento de multas a la autoridad o empleado responsables de la remisión del expediente, y si no fuere posible la determinación individualizada de la autoridad o empleado responsable, la multa se impondrá a la Administración demandada. La multa será reiterada cada veinte días, hasta el cumplimiento de lo requerido. Si no se hubieran satisfecho voluntariamente, las multas se harán efectivas por vía judicial de apremio. Impuestas las tres primeras multas sin haber logrado que se remita el expediente completo, el Juez pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de seguir imponiendo nuevas multas (artículo 48).

En lo que se refiere a la sentencia, la nueva Ley sigue de cerca a la regulación anterior, manteniendo la referencia de la conformidad o disconformidad de la disposición, actuación o acto, genéricamente al derecho. Añadiendo, no obstante, algunas prescripciones sobre

²⁵ Jesús González Pérez, *Comentarios a...*, op. cit., p. 741.

²⁶ Según la Exposición de Motivos: "La regulación del procedimiento contencioso-administrativo ordinario se basa en el esquema de la legislación anterior. Sin embargo, las modificaciones son muy numerosas, pues, por una parte, se han tenido muy en cuenta la experiencia práctica y las aportaciones doctrinales y, por otra, se han establecido normas especiales para diferentes tipos de recursos, que no precisan de un procedimiento especial. Basado en principios comunes y en un mismo esquema procesal, la Ley arbitra un procedimiento dúctil, que ofrece respuestas parcialmente distintas para cada supuesto. En todo momento se ha buscado conciliar las garantías de eficacia y celeridad del proceso con las de defensa de las partes".

el contenido y efectos de algunos fallos estimatorios: los que condenen a la Administración a hacer algo, los que estimen pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, los que anulen disposiciones generales y los que versen sobre actos discrecionales. Así, el artículo 71 dispone: “1. Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo: a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada; b) Si se hubiere pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma; c) Si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo; d) Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia. 2. Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

Como puede apreciarse la Ley se adapta a las nuevas fórmulas procesales (inactividad y vía de hecho), reconciliando los términos en que pueden pronunciarse los tribunales contencioso-administrativos más allá de la simple anulación de los actos administrativos, con lo que se pone nuevamente énfasis en la superación del carácter revisor de la jurisdicción. Respecto a los actos discrecionales, la Ley recuerda la naturaleza de control en derecho que tiene el recurso contencioso-administrativo y de ahí que precise que el Juez no puede determinar el contenido discrecional de los actos que anulen. Esta regla -señala la Exposición de Motivos- no pretende coartar la potestad de control de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde exija el sometimiento de la Administración al derecho, es decir mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad.

Un aspecto a destacar sobre las sentencias es el supuesto regulado en el artículo 72.3 que establece la regla general según la cual las sentencias reconozcan una situación jurídica individualizada únicamente producirán efectos entre las partes. No obstante, y aquí radica la novedad, los efectos de la sentencia podrán extenderse a terceros en dos supuestos casos. El primero de ellos, recogido en el artículo 110.1 que señala: “En materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo; b) que el Juez o Tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada; c) que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de la ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste”.

Los siguientes apartados del artículo (2, 3, 4 y 5) señalan que la solicitud debe dirigirse a la Administración demandada, y en caso de que transcurran tres meses sin que ésta responda o que niegue la solicitud, el interesado puede acudir al Tribunal encargado de la ejecución mediante escrito razonado. Antes de resolver el Tribunal solicitará a la Administración los antecedentes del caso a fin de resolver. El Tribunal no podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate. La solicitud se desestimará

cuando existiere cosa juzgada, o cuando la doctrina establecida en el fallo cuya extensión se solicita fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia (unificada por el Tribunal Supremo a través de la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrinas de dichos Tribunales).

Este precepto contiene una detallada regulación de lo que se ha denominado “ejecución en masa”, en cuya virtud los efectos de una sentencia firme que haya reconocido determinada situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública pueden extenderse a otras siempre que afecten a supuestos de idéntica situación jurídica; que el Tribunal sentenciador sea también el competente para conocer de las correspondientes pretensiones de reconocimiento; y que la solicitud se haga dentro del plazo de un año, contado a partir de la última notificación de la sentencia²⁷. Hay que tener en cuenta que la referencia a la materia tributaria se debió a la tramitación parlamentaria, pues en el Anteproyecto sólo se aludía a la materia de personal. La aplicación de este artículo pretende descongestionar, en atención a criterios de economía procesal, el elevado volumen de asuntos que en materia tributaria y de personal se encuentran pendientes de resolución en los distintos órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos.

El segundo caso en el que se puede extender los efectos de una sentencia está previsto en el artículo 111 de la Ley, según el cual: “*Cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2, los recurrentes afectados por la suspensión podrán interesar del Juez o Tribunal de la ejecución que extiendan a su favor los efectos de la sentencia o sentencias firmes recaídas en los recursos resueltos, con arreglo a lo establecido en los apartados 3, 4, y 5 del artículo anterior en cuanto resulten aplicables*”. Este supuesto se aplica cuando un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto y decide tramitar uno o varios con carácter preferente, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros. La sentencia será notificada a las partes afectadas por la suspensión, quienes podrán solicitar su extensión, la continuación del procedimiento o podrán optar por el desistimiento.

Respecto a la ejecución de las sentencias la Ley incorpora importantes avances que permitirán garantizar la eficacia de la tutela judicial. Conforme a la Exposición de Motivos se “ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de la 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. La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas”.

Se parte en esta materia con el artículo 103, el cual dispone: “1. 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 cono-

²⁷ El Consejo de Estado en el dictamen sobre el Anteproyecto de Ley, indicó sobre este artículo que: “la concesión del plazo de un año para formular la solicitud, podría criticarse por suponer una excepción a los plazos generales de interposición del recurso contencioso, con lo que cabría utilizar este procedimiento como vía para eludir en algunos casos la extemporaneidad. Quizás, para obviar tal objeción, podría exigirse que el interesado en la extensión de efectos de una sentencia haya de manifestar su disconformidad con el acto que le afecta dentro del plazo general de interposición del recurso contencioso, sin que viniese obligado a interponerlo efectivamente”. Esta observación finalmente no fue acogida.

cido del asunto en primera o única instancia; 2. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignent; 3. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto; 4. Serán 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; 5. El órgano jurisdiccional a quién corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

Este artículo proclama con mayor claridad que la Ley de 1956 la función jurisdiccional de hacer ejecutar las sentencias, encomendando el ejercicio de esta potestad al órgano o Tribunal que haya conocido en primera o única instancia. En relación con la Ley anterior, se introduce la cláusula de nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones dictados de manera contraria a los pronunciamientos de la sentencia con el fin de eludir su cumplimiento. De esta forma, se recoge el criterio del Tribunal Constitucional sobre el principio de interpretación finalista del fallo y la prohibición de ejecuciones fraudulentas. El procedimiento para hacer efectiva esta nulidad es un procedimiento incidental regulado en el artículo 109.2 y 3.

El artículo 104 establece un plazo para el cumplimiento voluntario de la sentencia (dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo), de modo que transcurrido éste sin que se haya llevado a efecto, podrá instarse su ejecución forzosa. La concesión de un plazo de cumplimiento voluntario no significa que la Administración disponga de un tiempo de gracia vedado a cualquier intervención de las partes o del órgano jurisdiccional en orden a la ejecución de lo fallado, sino tan solo que no cabe adoptar frente a ella medidas coercitivas o sustitutorias de su actividad.

Por su parte, el artículo 105.1 suprime el privilegio de la Administración establecido en la Ley de 1956 en cuanto que la habilitaba para suspender o inexecutar las sentencias que la condenaban. Así, el apartado 1 expresa: “*No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo*”. No obstante esta categórica premisa, en previsión de que en casos extremos pudieran quedar irremediabilmente dañados otros bienes o intereses protegidos, la Ley regula los supuestos de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia (apartado 2) y los de utilidad pública e interés social para expropiar los derechos reconocidos en sentencia (apartado 3), en términos análogos a los establecidos en la Ley anterior. En los casos de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el Juez apreciará la concurrencia o no de dicha imposibilidad, adoptando las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria y fijando, en su caso, la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. En dichos supuestos el fallo no se cumple íntegramente sino que se establece un sustituto pecuniario u otro tipo de prestación. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que tan constitucional es una ejecución que se cumple el principio de 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 (sentencia 58/1983 y 109/84).

Los artículos siguientes se encargan de precisar las modalidades de ejecución de la sentencia en el proceso contencioso-administrativo. El artículo 106 regula el supuesto cuando la Administración fuere condenada al pago alguna suma de dinero. En este sentido dispone que el órgano administrativo encargado del cumplimiento del fallo acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto, que siempre tendrá la consideración de ampliable. Lo anterior supone la existencia de una partida especialmente destinada para atender las condenas recaídas sobre la Administración, y el hecho de que la partida sea am-

pliable (innovación en relación con la Ley anterior) permite mayor maniobrabilidad fiscal a fin de atender la condena. Además, el artículo señala que si para pagar la cantidad fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, ésta debe realizarse en un período máximo de tres meses siguientes al día de la notificación de la sentencia. La diferencia con relación a la Ley de 1956 es que ésta establecía que si para realizar el pago fuese preciso un crédito o presupuesto extraordinario, la tramitación debía realizarse dentro del mes siguiente al día de la notificación, es decir, sin poner fecha límite, y sin que pudiese interrumpirse por ningún concepto²⁸.

En el mismo precepto se establece que a la cantidad a la que se condena el pago de la Administración deberá sumarse los intereses legales, calculados desde la fecha de notificación de la sentencia, que pueden ser aumentados hasta en dos puntos cuando deba ejecutarse forzosamente el fallo y siempre que se aprecie la falta de diligencia la Administración en el cumplimiento voluntario. Asimismo, la Ley mantiene el supuesto previsto en la Ley de 1956, según el cual si la Administración condenada estimase que el cumplimiento de la sentencia produciría trastorno grave a su Hacienda, será el Tribunal quien decida, con audiencia de las partes, sobre el modo de ejecutar la sentencia de modo que sea menos gravosa para la Hacienda de la Administración condenada.

El artículo 107 se refiere al registro y publicación de las sentencias anulatorias. El primer apartado se refiere a las sentencias que anulen total o parcialmente un acto administrativo de efectos particulares, ordenándose a instancia de parte, la inscripción de la sentencia en aquellos registros públicos en los que hubiere tenido acceso el acto anulado, y ordenando su publicación -si concurriera causa bastante para ello- en un periódico oficial o privado. El segundo apartado alude a la publicación de las sentencias que anulen total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad de personas. La Ley de 1956 sólo establecía la publicación en el Boletín Oficial del Estado al inicio de cada año judicial una relación del cumplimiento de los fallos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Singular importancia reviste el artículo 108 que entra de lleno en la ejecución forzosa de la sentencia y en los medios que dispone el órgano jurisdiccional para hacerlo, expresa el precepto: “1. Si la sentencia condenare a la Administración a realizar determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento: a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto; b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada; 2. Si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento”.

Este precepto viene a reafirmar que la potestad de hacer ejecutar lo juzgado, atribuida de modo pleno y exclusivo a los órganos jurisdiccionales incluye entre sus facultades típicas el poder de sustitución. Esta posibilidad la explica Beltrán de Felipe quien después de realizar un detallado estudio sobre el tema concluye que “los tribunales que controlan la legalidad de la actuación administrativa y que hacen ejecutar lo juzgado disponen de la facultad de

²⁸. Ahora bien, como comenta González Pérez “los procedimientos no se incoaban en un mes -ni en tres meses... ni muchas veces, en un año ni en tres. Como tampoco se cumplía la prohibición de interrupción. Los procedimientos se interrumpían, se paralizaban, se guardaban en el último cajón de la oficina correspondiente...”, *Comentarios a...*, op. cit., pp. 1824-1825.

sustituir a la Administración en ejecución de sentencias. Y ello no sólo no quiebra las reglas constitucionales de la separación de poderes sino que está incluido en ellas. Cuando el órgano jurisdiccional sustituye al órgano administrativo que incumplió la sentencia, haciendo lo que éste debió hacer y no hizo o hizo mal, está desempeñando una función jurisdiccional y no una función administrativa. Por tanto la sustitución no convierte al juez en administrador. Esto acaba definitivamente con la interpretación tradicional de que toda sustitución (...) atenta contra la división o separación de poderes. Lo que la separación de poderes o de funciones prohíbe al juez es administrar, y, vuelvo a repetir, el mandar que se haga -o el hacerlo mandado a costa del obligado cuando el obligado que ha incumplido la sentencia es un órgano administrativo no es administrar sino juzgar (en este caso hacer ejecutar lo juzgado)”²⁹.

Admitido el poder de sustitución del cual dispone el Juez o Tribunal contencioso-administrativo hay que distinguir en el artículo que comentamos, si la actividad administrativa en que consiste el cumplimiento de la sentencia es un hacer jurídico o material. Si la obligación consiste en un hacer jurídico y éste es omitido por la Administración, como puede ser dictar un acto administrativo, la obligación resulta perfectamente sustituible por un acto jurisdiccional. En efecto, como destaca González Pérez “esta norma será plenamente operativa en aquellos casos en que las pretensiones se deduzcan frente a un acto administrativo denegatorio de una autorización, licencia o permiso. Si pese a la sentencia estimatoria el órgano competente no cumple lo dispuesto en el fallo otorgando el acto, el órgano jurisdiccional puede adoptar las medidas necesarias a fin de que el que obtuvo la sentencia favorable pueda realizar la actividad, amparándole frente a cualquier obstáculo que ponga la Administración”³⁰.

La anterior afirmación es válida para aquellos actos administrativos con contenido reglado, ahora bien, en lo que se refiere a los actos discrecionales su sustitución no es posible dada la expresa prohibición que a este respecto contiene el artículo 71 que indica que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar el contenido de dichos actos.

Cuando el cumplimiento de la Administración consiste en un hacer material, la resolución judicial queda físicamente en el vacío, ya que un órgano jurisdiccional puede dictar actos jurídicos pero él mismo no puede realizar operaciones materiales sobre la realidad física. En ejecución de una sentencia un órgano jurisdiccional no puede derribar lo mal construido, ni construir lo que se omitió construir. Ante este hecho existe la posibilidad de dictar medidas indirectas para hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia, tales como el establecimiento de multas coercitivas y el establecimiento de la responsabilidad penal (artículo 112).

No obstante, el artículo 108 contempla la posibilidad de que el Tribunal pida la colaboración de otras Administraciones públicas, en este caso el juez examinará si la actividad material que él mismo no puede realizar es asumible legal y prácticamente por otra Administración pública ajena al pleito, a la que solicitará su colaboración para ejecutar la sentencia. A este respecto indica Beltrán de Felipe “porque ese hacer, que queda obviamente fuera de las posibilidades de la actividad jurisdiccional directa de la ejecución forzosa, entra casi con toda seguridad en la esfera de competencias, por ejemplo, de otras Administraciones públicas. Y si dicho hacer material es realizable por un tercero, existe una vía de ejecución in natura sustitutiva de la sentencia mediante la subrogación de este tercer sujeto en el cumplimiento”³¹. Del mismo modo, existe la posibilidad de que la ejecución se encomiende a una persona privada con cargo a la Administración condenada.

²⁹. Miguel Beltrán de Felipe. *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*. Madrid, Civitas, 1995, pp. 212-213.

³⁰. Jesús González Pérez, *Comentarios a...* op. cit., p. 1842.

³¹. Miguel Beltrán de Felipe, *El poder...*, op. cit., p. 394.

En cualquier caso en que no pueda sustituirse la actividad a que está obligada la Administración por la sentencia, se prevén las medidas indirectas para hacer efectivo el cumplimiento del fallo (artículo 112). La Ley incorpora a la imposición de multas coercitivas a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del órgano jurisdiccional, como nueva medida indirecta; y conserva la exigencia de responsabilidades de orden penal por la desobediencia a la sentencia que estaba prevista en la Ley de 1956.

6. *Medidas cautelares*

Para finalizar la reseña de la Ley 29/98 haremos mención a la importante cuestión de las medidas cautelares, la cual es una manifestación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 del Texto Fundamental español. La justificación que realiza la Exposición de Motivos sobre las reformas realizadas en esta materia es más que suficiente para comprender su razón de ser, según ésta: “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 actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción. Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad del órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario”.

Se inicia el tema con el artículo 129 el cual expresa: “1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia; 2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda”.

Esta disposición destaca que la medida cautelar tiene como principal misión la de evitar la ineffectividad del ulterior pronunciamiento decisorio del recurso promovido. En efecto, es una afirmación generalmente aceptada el que “la tutela jurisdiccional no será efectiva si, al pronunciarse la sentencia, resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de la pretensión. La lentitud de los procesos puede dar lugar a que, cuando llegue la decisión, carezca de sentido”³². El perjuicio derivado de este retraso o demora constituye el *periculum in mora*, presupuesto de toda medida cautelar. Para evitar este perjuicio la Ley admite “la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”, sin limitar la actuación cautelar del órgano jurisdiccional a las típicas medidas cautelares como la suspensión de efectos. Con este precepto se permite que el juez contencioso utilice además de todas las medidas cautelares consagradas en el ordenamiento jurídico, cualesquiera otras medidas atípicas que sean adecuadas para hacer efectiva la sentencia que en su día ponga fin al proceso, lo que sin duda permite la entrada de las medidas cautelares positivas o anticipativas que serán de especial utilidad en los supuestos de inactividad y vía de hecho.

En cuanto al motivo legitimador de la medida el artículo 130 prevé: “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”.

³². Jesús González Pérez, *Comentarios a...*, op. cit., p. 2019.

Por medio del presente artículo se otorgan facultades al órgano jurisdiccional para la valoración circunstanciada de los distintos intereses en conflicto al momento de adoptarse la correspondiente medida cautelar, disponiéndose que sólo podrá acordarse dicha medida -e interesa resaltar este extremo por ser una novedad con respecto a la Ley de 1956- cuando la eventual ejecución del acto o aplicación de la disposición hagan perder su finalidad legítima a la acción promovida. La Ley de 1956 únicamente consagraba como medida cautelar a la suspensión del acto administrativo cuando su ejecución ocasionara daños de difícil o imposible reparación. La jurisprudencia agregó al *fumus boni iuris* (aparición de buen derecho) como otro motivo para acordar la suspensión, que operaba de forma independiente del criterio de irreparabilidad del daño derivado de la ejecución³³.

Aunque en la nueva regulación aparentemente el requisito del *fumus boni iuris* no se requiere para otorgar la protección cautelar, coincidimos con González Pérez en que es un extremo que aunque no se exija expresamente siempre habrá de ponderarse ya que deriva de la naturaleza misma de las instituciones cautelares³⁴. Además, la variación de la fórmula que representa el *periculum in mora*, en cuanto que la medida únicamente podrá acordarse "cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso", se aleja de la exigencia de la amenaza o existencia de daños de imposible o muy difícil reparación, con lo que es posible que se pueda acordar una medida cautelar sin tener que probar un daño irreparable o difícilmente reparable, aunque sin duda habrá casos en donde existan circunstancias que hagan necesario echar mano al argumento del daño. La nueva fórmula sin duda que es mucho más flexible y proactiva que la anterior y -a nuestro entender- se conecta con la idea de que los efectos de la decisión final no sean ilusorios, ya que en definitiva la finalidad del recurso es que la sentencia restablezca el orden jurídico quebrantado y la realidad afectada por la actuación ilegal.

Además de lo anterior, el artículo expresa que la decisión sobre la adopción de una medida cautelar se iniciará con una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, para después verificar la presencia del *periculum in mora*, pudiendo denegar la medida cuando de ella pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Es un hecho contrastado el que en todo proceso contencioso-administrativo se enfrentan los intereses del recurrente y los intereses protegidos por la Administración que no son otros que los intereses generales, aunque en muchas ocasiones intervienen intereses de terceros que son beneficiarios de la actuación administrativa sometida al control del órgano jurisdiccional. Pues bien, el precepto toma en consideración esta circunstancia y antes de acordar la protección cautelar ordena que el juez pondere el conjunto de intereses que interactúan en el caso específico, y si de la medida cautelar surgiera una perturbación grave a los intereses generales o de un tercero está obligado a negarla. Ahora bien, el interés público que se enfrenta al interés del accionante no debe entenderse como aquél general que fundamenta la acción administrativa sino el específico interés que persigue el actuar administrativo en un supuesto concreto. En este aspecto el precepto se asemeja a la previsión de 1956, cuya jurisprudencia creemos perfectamente aplicable bajo el nuevo régimen.

Las disposiciones siguientes (artículos 131 al 134) desarrollan diversos aspectos de las medidas cautelares entre los que se encuentran: el trámite del incidente en pieza separada; la vigencia de las medidas cautelares y su variabilidad; la constitución de caución o garantía para responder a los perjuicios que pudieran ocasionar las medidas cautelares, y los medios de notificación de las medidas.

³³. Vid. Eduardo García de Enterría. *La batalla...*, op. cit.,

³⁴. Jesús González Pérez. *Comentarios a...*, op. cit., pp. 2045-2047.

El artículo 135 establece la posibilidad de que las medidas cautelares puedan acordarse *inaudita alteram parte*, en atención a las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso específico. En este supuesto el Juez o el Tribunal convocará a las partes a un acto en el que se decidirá el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada.

Por último, el artículo 136.1 prevé el otorgamiento de protección cautelar en los casos de inactividad o de vía de hecho, salvo que “*se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasiona una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada*”. La innovación más destacada sobre las medidas cautelares en los supuestos de inactividad o vía de hecho es que pueden ser otorgadas aún antes de que se interponga el recurso (artículo 136.2). En este supuesto las medidas serán otorgadas *inaudita alteram parte*, debiendo el interesado pedir su ratificación al momento de interponer el recurso, lo que no puede exceder a los diez días contados a partir de la notificación de la medida. Una vez solicitada la ratificación de la cautelar, el Juez convocará a las partes dentro de los tres días siguientes a fin de decidir sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la misma. En caso de no interponerse el recurso, las medidas acordadas quedarán automáticamente sin efecto, debiendo el solicitante indemnizar los daños y perjuicios que pudieran haberse ocasionado.

Con la referencia a esta última figura finalizamos nuestra reseña sobre los principales aspectos de la nueva legislación contencioso-administrativa de España, que sin duda es bien representativa de las tendencias actuales en esta polémica y trascendental jurisdicción.