

# Algunos alcances sobre la Ejecución de Sentencias en materia previsional

Patricia Lazarte Villanueva\*

## SUMILLA

La ejecución de la sentencia es uno de los problemas más importantes de la jurisdicción Contencioso Administrativa, por ello al revisar la jurisprudencia sobre materia pensionaria, encontraremos que al declararse fundada una demanda, el juez no solo procede a declarar la nulidad o la ineficacia del acto administrativo, sino que además con la entrada en vigencia de la Ley N° 27584, el juez también declara el reconocimiento del derecho vulnerado (como es el reconocimiento de años de aportación, el otorgamiento de la pensión, el pago de los devengados y los respectivos intereses), ordenando a la Administración Pública que proceda a realizar la liquidación respectiva y efectúe el pago (obligación de dar).

Reiteradamente se ha señalado que la ejecución de la sentencia es uno de los problemas más importantes de la jurisdicción Contencioso Administrativa, por ello al revisar la jurisprudencia sobre materia pensionaria, encontraremos que al declararse fundada una demanda, el Juez no solo procede a declarar la nulidad o la ineficacia del acto administrativo (que antes regulaba el Decreto Supremo N° 02-94-JUS), sino que además con la entrada en vigencia de la Ley N° 27584, el Juez también declara el reconocimiento del derecho vulnerado (como es el reconocimiento de años de aportación, el otorgamiento de la pensión, el pago de los devengados y los respectivos intereses), ordenando a la Administración Pública que proceda a realizar la liquidación respectiva y efectúe el pago (obligación de dar). Siendo así la divergencia entre las partes, se presenta mayormente en la ejecución de obligaciones de dar suma de dinero por parte del Estado, lo cual se hace notorio debido al tiempo que emplea la Administración para cumplir con el mandato judicial y a las observaciones formuladas por el demandante a las liquidaciones de los devengados, pero sobretodo en el cálculo de los intereses, que conlleva en muchos casos a la realización de una pericia.

Esbozados los alcances de lo que se refiere a una sentencia estimatoria sobre materia previsional, primero mencionaré algunos artículos del

Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (en adelante el T.U.O de la Ley N° 27584, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS) respecto a la ejecución de sentencias estimatorias, con la finalidad de establecer el marco normativo bajo el cual se desarrolla la ejecución de una sentencia contencioso administrativa. Así también, señalaré algunos artículos del Código Procesal Civil cuya aplicación supletoria se da en los casos no previstos por la Ley N° 27584; para posteriormente describir cómo se viene ejecutando el pago de los intereses legales.

## I. La ejecución de un proceso Contencioso Administrativo

El artículo 45° del T.U.O de la Ley N° 27584, establece que el Juez que conoció el proceso en primera instancia es quién ejecuta la sentencia.

Por ello, será éste juez quien procederá a requerir a la entidad demandada el cumplimiento de lo mandado (entendiéndose como "entidad" a todas aquellas que contempla el artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444).

El juez que ejecuta procederá a requerir a la entidad demandada el cumplimiento de la

\* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Jueza Supernumeraria de la especialidad Contencioso Administrativo.

sentencia previsional (en la mayoría de los casos a la Oficina de Normalización Previsional) y en otros casos (como los del Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 20530) procederá a identificar al órgano administrativo de la entidad o funcionario responsable de la ejecución. En la práctica judicial, se aprecia que en el caso de los ministerios o entidades cuya representación y defensa se encuentra a cargo de la Procuraduría Pública; algún Juzgado aplicando el artículo 46°, numeral 46.2, in fine, del T.U.O. de la Ley N° 27584 ha procedido a requerir al Procurador Público que informe qué órgano dentro de la entidad demandada, es el que se encargará de la ejecución de la sentencia, concediéndole un plazo breve. Este requerimiento se ha formulado considerando que la Procuraduría Pública solo representa judicialmente a la entidad y no es la obligada a cumplir con la ejecución, pero sí debe prestar al juez su diligente colaboración en atención a lo previsto por el artículo 109°, inciso 6, del Código Procesal Civil.

La referida práctica ha generado una celeridad en la ejecución de la sentencia, en razón de que el juez cursa el requerimiento de forma directa a quien ejecutará acompañándole las copias certificadas de las sentencias y el auto de consentimiento, en algunos casos; de esa forma, al no mediar la intervención de la Procuraduría para la ejecución en estricto, sin afectar su ejercicio a que formule los recursos y oposiciones que considere pertinentes, la entidad demandada, a través de su unidad ejecutora, procederá directamente a cumplir con el pago de los devengados e intereses en un menor plazo o, en caso de no contar con Pliego Presupuestario, a realizar los procedimientos internos necesarios para el cumplimiento del mandato judicial.

En la mayoría de los casos, donde la entidad administrativa dispone del presupuesto para el abono de la pensión, transcurrido un promedio de seis a ocho meses, presenta la liquidación de los devengados e intereses, la que se corre traslado a la parte demandante a efectos de que si lo considera pertinente formule observaciones. La demandante, por lo general, plantea oposición a la liquidación realizada por la entidad demandada y al existir controversia sobre la liquidación, el juzgado requiere de el apoyo especializado del perito judicial a fin que practique una liquidación de los devengados e

intereses, remitiéndose los expedientes judiciales al Equipo Técnico Pericial de la Corte Superior, salvo que el Secretario de Juzgado practique la liquidación por encontrarse debidamente capacitado en el cálculo.

Una vez emitido el informe pericial (donde ha considerado como fuentes de información las circulares del Banco Central de Reserva publicados en el Diario Oficial El Peruano), éste es puesto a conocimiento de las partes para que propongan las observaciones y, posteriormente, el juzgado procede a resolver la aprobación o modificación de la liquidación; en el caso se aprobase la liquidación se procederá a la acreditación del pago para tener por concluido el proceso de ejecución.

De lo expuesto, pareciera que el proceso de ejecución no presenta mayores inconvenientes en su realización; no obstante, la situación es muy distinta, dado que el proceso de ejecución es un trayecto largo y tedioso para satisfacer esa ansiada pensión que debe otorgar el Estado, que en algunos casos responde a que el Estado no dispone de presupuesto para cumplir sus obligaciones.

Esta situación no solo es propia de nuestro Estado, sino también de otros Estados, como Argentina, donde Pablo O. Gallegos Fedriani, al escribir sobre Ejecución de Sentencias contra el Estado Nacional<sup>1</sup>, ha señalado que la "... ejecución de las sentencias que condenan a la Administración al pago de una cantidad de dinero da lugar a una tensión entre dos principios constitucionales: el de seguridad jurídica que obliga al cumplimiento de las sentencias, y el de legalidad presupuestaria, que supedita dicho cumplimiento a la existencia de una partida presupuestaria asignada para ese fin. Es evidente que esta tensión existe y que su separación exige la armonización de ambos principios; pero esta armonización, cualquiera que sea la forma en que se realice, no puede dar lugar a que el principio de legalidad presupuestaria deje de hecho sin contenido un derecho que la Constitución reconoce y garantiza, pues como hemos señalado anteriormente, el cumplimiento de las sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los jueces".

En el caso peruano, el principio de tutela jurisdiccional se recoge en el artículo 139°, inciso

<sup>1</sup> GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. y Otros. En: Tratado de Derecho Procesal Administrativo, a cargo de Cassagne, Juan Carlos. Tomo II. Buenos Aires: Editorial. La Ley, 2007, p 217.

3 de la Constitución Política de 1993, que implica el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales que adquieren la calidad de cosa juzgada. Habiendo desarrollado el Tribunal Constitucional, a través de la STC N° 010-2002-AI/TC, que la tutela jurisdiccional comprende necesariamente su “efectividad”, en virtud del artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos así como del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese sentido, si consideramos que el incumplimiento a la ejecución de la sentencia vulnera un derecho fundamental, también debemos tener en cuenta que un derecho fundamental no es absoluto y por ende podemos encontrar la concurrencia de otro principio constitucional, que en el caso del Estado como obligado al cumplimiento de una sentencia exige una observancia al Principio de Legalidad Presupuestal que deriva del artículo 77° de la Constitución.

Sobre la base del Principio de Legalidad Presupuestal, el artículo 47° del T.U.O. de la Ley N° 27584, dispone que las sentencias que ordenen el pago de suma de dinero serán atendidos por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del pliego y para ello en los numerales 47.1, 47.2 y 47.3 establece tres tipos de procedimientos que puede adoptar la Administración Pública para dar cumplimiento a sus obligaciones en atención a su Pliego Presupuestario. En ese sentido, sin desconocer el Principio de Legalidad Presupuestal y no dejar insatisfecho el mandato judicial, Giovanni F. Priori Posada<sup>2</sup> alude a la **previsión presupuestaria** o reserva de contingencia por parte de las entidades como un mecanismo para afrontar sus obligaciones e indica que “... la legislación presupuestal contempla diversos mecanismos para afrontar dichas obligaciones los mismos que pueden y deben ser utilizados”.

Cabe agregar que el artículo 42° de la Ley N° 27584 (que actualmente es el artículo 45° del T.U.O. de la Ley N° 27584) fue materia de análisis por el Tribunal Constitucional mediante las STC N° 015-2001-AI, N° 016-2001-AI y N° 004-2002-AI, en cuyos fundamentos jurídicos 49 y 50 indicó “... que simplemente se quiere poner de relieve que el establecimiento de un procedimiento conforme al cual se deberán ejecutar las decisiones judiciales que ordenen el pago de sumas de dinero del Estado no es,

*per se*, inconstitucional, y tampoco lo es que en la fijación de ese procedimiento, como lo han expresado los demandantes, se haya previsto una facultad discrecional de los órganos de la Administración para cumplir o no las decisiones judiciales. **El Principio de Legalidad Presupuestaria debe armonizarse con el de efectividad de las sentencias judiciales.** La preservación del primero no justifica el desconocimiento o la demora irracional en el cumplimiento de las sentencias judiciales. En consecuencia, debe darse preferencia al pago de las deudas más antiguas y reconocerse los intereses devengados por demoras injustificadas del pago”. (Las negritas son nuestras).

Asimismo, en su fundamento jurídico 55, el máximo interprete de la Constitución señaló que “... A juicio del Tribunal, no es inconstitucional, *prima facie*, que el legislador difiera el cumplimiento de la ejecución de la sentencia, porque en el año presupuestal no se cuenta con la disponibilidad correspondiente, en la medida en que el legislador puede establecer condicionamientos constitucionales temporales y razonables al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, como antes se ha dicho... A juicio de este Colegiado, establecer un plazo máximo de 5 años para que el Estado cubra proporcionalmente la totalidad de una obligación declarada en una resolución judicial resulta razonable y, por ende, constitucional. Pero no es razonable ni constitucional el incumplimiento de sentencias judiciales que, teniendo ya más de 5 años de dictadas, no hayan sido presupuestadas conforme a la legislación vigente al tiempo de ser expedidas dichas sentencias...”.

En ese sentido, al analizar el Tribunal Constitucional los procedimientos previstos por la Ley N° 27584 para el cumplimiento por el Estado de obligaciones de dar suma de dinero con sujeción al Pliego Presupuestal, establece que en caso de colisión entre dos principios (Legalidad Presupuestal vs. Tutela Judicial Efectiva), el Juez debe valorar y evaluar las circunstancias del caso concreto sobre la base de los test de proporcionalidad y razonabilidad, ponderando a cuál de esos principios debe dársele mayor peso y sin desconocer la importancia del otro.

Otro punto de análisis del Tribunal, fue que, aun teniendo la disponibilidad presupuestal o la programación del pago (en cuanto tiempo la entidad demandada debe efectivizar las resoluciones

<sup>2</sup> PRIORI POSADA, Giovanni F. “Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo”. Cuarta edición corregida y aumentada; Lima: ARA Editores. 2009. pp. 287 - 288.

judiciales) atendiendo a las circunstancias el juez debe dar en un **plazo razonable**.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia Expediente N° 03515-2010-PA/TC (fundamentos jurídicos 16 y 19), ha establecido que “La **razonabilidad** es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y ésta es la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias...” y por lo tanto, que “... el procedimiento establecido [en la Ley N° 27584] no debe servir de herramienta para postergar **sine die** el cumplimiento de las sentencias judiciales contra el Estado (...).” Es decir se reitera un criterio ya establecido en la STC N° 015-2001-AI, N° 016-2001-AI y N° 004-2002-AI, respecto a que el principio de legalidad presupuestal no puede primar sobre el principio de tutela judicial efectiva, siempre y cuando no responda al criterio de razonabilidad y analizando el caso en concreto. Finalmente, debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre el plazo para ejecutar una sentencia atendiendo a su disponibilidad presupuestal, si bien señaló que el artículo 42° de la Ley N° 27584 no era inconstitucional; sin embargo, en cada caso concreto el juez deberá adoptar una decisión razonable, eliminando acciones que alarguen al infinito la ejecución de la sentencia porque ello implicaría vulnerar un derecho constitucional a la efectividad de las sentencias judiciales, con lo cual tal como señala García de Enterría<sup>3</sup>, el órgano administrativo ha de responsabilizarse del cumplimiento de la sentencia “en atención a las circunstancias”.

De otro lado, ingresamos a abordar otra arista del problema en los procesos de ejecución, cual es el referido al tiempo para satisfacer un crédito si se ha vencido el plazo de los seis meses sin que la entidad demandada proceda a cumplir la sentencia o iniciar alguno de los procedimientos previstos por la Ley N° 27584. Estando a ello, surge la pregunta ¿Cuál es plazo para ejecutar una sentencia? ¿Será tal vez, el previsto por el numeral 47.4 del TUO de la Ley N° 27584 que prevé un mecanismo de difícil ejecución y de poca práctica por la parte afectada? ya que si transcurren seis meses de la notificación judicial sin efectuarse el pago o la Administración no ha procedido a realizar alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 47.1; 47.2; y 47.3

del TUO de la Ley N° 27584, podrá darse inicio a la ejecución forzada.

Ante una inactividad de la Administración Pública en la ejecución de la sentencia, la norma establece que la parte afectada podrá instar a la ejecución forzada y nuevamente nos preguntamos ¿la parte que peticona la ejecución forzada, tendrá que indicar el bien del Estado que va afectar para ejecutar su sentencia?

Al revisar los procesos sobre materia previsional, durante mi experiencia en la judicatura, aún no tengo respuesta ante dicha pregunta, me atrevo a señalar que en algunos casos existe desconocimiento de la parte demandante sobre el tema de la ejecución en un proceso contencioso administrativo; en otros casos, difícilmente el demandante se encuentra en una posición de conocer la existencia de bienes que no sean de dominio público y así afectarlos para satisfacer su pensión; para finalmente concluir que la parte afectada, en la mayoría de los casos, no realiza una petición concreta sobre la ejecución, no asume su situación procesal como parte, ya que en el proceso de ejecución no puede pretender que el juez actúe de oficio, donde su prosecución debe ser a instancia de parte, tal como lo reconoce la doctrina.

## II. Pago de intereses en una obligación previsional de dar suma de dinero

Otro de los temas que es importante tratar es el pago de intereses, en el caso de ampararse una demanda donde el pensionista fue afectado por no percibir pensión o se le otorgó un monto menor de la pensión que le correspondía, lo cual *generará un cumplimiento tardío o defectuoso en el pago de la pensión*, por parte de la Oficina de Normalización Previsional u otra entidad obligada. Ello ha implicado que en diversos procesos de amparo y contenciosos administrativos resulte procedente el pago de los intereses legales. Siendo así, intentaré esbozar un alcance sobre los intereses provenientes de los adeudos previsionales, para lo cual describiré algunos aspectos que resultan importantes.

### 1. Fijación del interés legal por incumplimiento en el pago de pensiones

Antes de revisar las incidencias que existen sobre el tema de los intereses por las pensiones impagas, debemos definir qué se entiende por intereses. La doctrina señala que “*constituyen los frutos civiles que puede producir cualquier bien o prestación,*

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomas RAMON FERNANDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Séptima edición. Tomo II. Madrid: Civitas Ediciones. 2000. pp. 652 - 653.

sea o no una suma de dinero, por lo que se aplican a toda clase de deudas”<sup>4</sup>.

También es importante mencionar algunas de las características de los intereses, como son: La **accesoriedad**, ya que *el interés siempre será accesorio de una prestación principal*, en ese sentido Hinostrza Minguez<sup>5</sup> dice que sin la prestación principal no puede existir el interés, además señala que “como parte accesorio y no integrante de la prestación, no representa el interés una prestación indivisible en cuanto a su vinculación con la prestación principal debida... Los intereses sí pueden ser separados de la obligación principal y constituir nuevas relaciones jurídicas, como es el caso de la capitalización de intereses (al cabo de un año por lo menos), ya que nada impide que los intereses capitalizados se separen de la prestación principal y sean cedidos, por ejemplo, a un tercero”. Otra de las características es la **liquidez**, toda vez que *los intereses solo pueden ser generados por deudas líquidas*, la deuda podrá ser una suma de dinero cierta o porque el bien a través de una liquidación puede ser valorizado.

Finalmente, es necesario reseñar dos de las clasificaciones de los Intereses que realiza Hinostrza Minguez<sup>6</sup>: 1) Según su origen el interés puede ser: 1.a) Interés convencional, *que surge del acuerdo de las partes*; 1.b) el interés legal, *es aquel que establece la Ley*; y 1.c) el interés judicial que *deriva de la facultad que se le da a los magistrados para establecerlos*. 2) Según la función económica que cumplen: 2.a) el Interés compensatorio, *que tiene por objeto restituir el valor del dinero o de otro bien, se compensa la desvalorización de la prestación recibida*; 2.b) el interés lucrativo, *su función es otorgar una ganancia al capital inicial entregado, solo se origina de la voluntad de las partes*; y 2.c) el interés moratorio, *su función es resarcir al acreedor el perjuicio sufrido por el incumplimiento del deudor*.

Respecto del interés moratorio, Hinostrza Minguez cita a Guillermo Borda que señalo que los intereses “son moratorios cuando se pagan en

concepto del perjuicio sufrido por el acreedor por el retardo en cumplir la obligación”.

En lo que concierne a nuestra legislación, los artículos 1242° a 1250° del Código Civil regulan el pago de los intereses y los clasifica en función a la finalidad que persiguen.

En el artículo 1242° define dos clases de intereses: establece que el interés es *compensatorio* cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, y es *moratorio* cuando tenga por finalidad indemnizar la mora en el pago, sancionándose al deudor el retraso en el cumplimiento de la obligación<sup>7</sup>. Asimismo, el artículo 1246° del Código Sustantivo dispone que: “si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal”.

Bajo este contexto normativo, el Tribunal Constitucional antes del precedente vinculante establecido en la STC N° 05430-2006-PA emitió reiterada jurisprudencia, constituyendo un hito la STC N° 065-2002-AA/TC, tal como se aprecia, a su vez en sentencia dictada en el expediente N° 0607-2005-AA, donde señala: “Según el criterio adoptado en la sentencia recaída en el expediente N° 065-2002-AA/TC, en los casos en los cuales se evidencia el incumplimiento de pago de la pensión, (...) debe aplicarse a las pensiones devengadas las tasas de interés legal establecida en el artículo 1246° del Código Civil, y cumplirse con el pago en la forma indicada por el artículo 2° de la Ley N° 28266”. Es decir que en el caso de existir devengados previsionales **se le aplica el interés legal** por ser accesorio de la prestación principal y conforme a lo previsto por el artículo 1246° del Código Civil, esta conclusión del Tribunal va acorde con la regla de que al no haberse convenido interés moratorio, el deudor pagará el interés legal, lo que concordado con el artículo 1324° del acotado Código, referido al interés que devengan las obligaciones de dar suma de dinero por causa de mora<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> FERRERO COSTA, Raúl. “Curso de Derecho de las Obligaciones”. Primera edición. Lima: Editora Cultural Cuzco S.A. 1987, p. 163.

<sup>5</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “Derecho de las Obligaciones y Pago de Intereses”. Lima: Editora FECAL. 1995. pp. 159 - 163.

<sup>6</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto; Op. Cit.; pp. 165 - 166.

<sup>7</sup> FERRERO COSTA, Raúl; Op. cit.; p. 164.

<sup>8</sup> FERRERO COSTA, Raúl; Op. cit.; p. 166.

Aún cuando el Tribunal Constitucional estableció el tipo de interés a aplicar por las pensiones impagas, se dieron diversas resoluciones judiciales sobre la **fecha de inicio del pago de intereses en pensiones** en aplicación del artículo 1333°, primer párrafo, del Código Civil **y si se produjo el supuesto de mora automática** al no existir norma legal que disponga que regule desde cuando se produce el interés moratorio en los adeudos previsionales.

El primer párrafo del artículo 1333° del Código Civil, en el ámbito de las relaciones jurídicas de derecho privado, se adhiere al sistema de la **mora interpellatoria o ex personae**, que exige que el acreedor requiera o interpele judicialmente o extrajudicialmente a su deudor, comunicándole su voluntad de que cumpla. Por el contrario el segundo párrafo del referido artículo 1333° del Código Sustantivo se apega al sistema de la **mora objetiva**, que prevé los supuestos en que se produce la mora automática, donde el deudor incurre en mora por el solo vencimiento del plazo. Siendo así, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la CASACIÓN N° 1474-2005-DEL SANTA, del tres de octubre de dos mil seis, en uso de sus funciones de ordenación y pacificación prevista en el artículo 382° del Código Procesal Civil y según el artículo 34° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, optó por el segundo párrafo del artículo 1333° del Código Civil y estableció como observancia obligatoria el criterio de *la mora automática*, ya que señaló que si aplicaba *la mora ex personae* el afectado sería objeto de resarcimiento solo desde el momento en que este hecho se produce, dejando sin protección y restringiendo la posibilidad de reparar el período anterior al requerimiento de pago (el momento en que se produjo la afectación), así como vulnerando su derecho fundamental a la pensión. Por ello estableció que los intereses se abonan a partir del momento en que se produce la afectación, empero en aquellos casos donde, por omisión y retardo del pensionista, se contemple el pago de las pensiones a partir de un momento posterior, (como el caso del artículo 81° del Decreto Ley N° 19990) "*corresponde fijar que los intereses se generan desde cuando la Administración tiene la obligación de efectivizar su pago*".

## 2. Reglas establecidas por el Tribunal Constitucional en sus precedentes sobre el pago de intereses

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el **Expediente N° 05561-2007-AA**, del

veinticuatro de marzo de dos mil diez, ha dispuesto que las instancias judiciales que conozcan de procesos en los que la pretensión esté referida al pago de intereses o devengados como consecuencia de la actuación renuente y unilateral de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), apliquen los criterios jurisprudenciales del mencionado Colegiado y que, por lo tanto, den por concluidos los procesos judiciales relacionados a reclamos de los pensionistas e impongan las medidas disciplinarias a que hubiera lugar a los abogados patrocinantes, perfilando de manera categórica, su firme criterio dispuesto en el precedente vinculante contenido en el **Expediente N° 5430-2006-PA**, en el cual se señala que se deberá ordenar el pago de los montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, en caso de ampararse la pretensión (pensión), el juez de oficio, en aplicación del *principio lura novit curia*, deberá ordenar el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y los intereses generados conforme a tasa establecida por el artículo 1246° del Código Civil, considerando la naturaleza restitutoria del amparo.

En ese sentido, los titulares de una pensión de jubilación, invalidez o sobrevivencia de cualquier régimen previsional, podrán interponer un Amparo, cuando se acredite una afectación al contenido esencial del derecho a la pensión, en los términos del fundamento 37.c de la STC 1417-2005-PA (Caso Anicama Hernández), y solicitar la restitución de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246° del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y en el caso de no plantearse dichas pretensiones, de oficio, en aplicación del Principio *lura Novit Curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos.

Asimismo, en la referida sentencia se señala que el Juez debe ordenar de oficio el pago de derechos devengados e reintegros, basándose en los alcances que presente el Principio *lura novit curia*; sin embargo, no ha analizado que este principio solo permite al juzgador la aplicación del Derecho que corresponda al proceso cuando no ha sido invocado por las partes o lo ha sido erróneamente, haciendo la subsunción normativa a la situación de hecho procesal, mas no lo faculta a pronunciarse sobre derechos que no han sido invocados en el petitorio ni a fundar su decisión en hechos que no han sido planteados por las partes, conforme a lo establecido en la reiteradas ejecutorias.

Consideramos que esta decisión vertida por el Tribunal Constitucional algunos pueden traducirla en una vulneración al Principio de Congruencia Procesal, al configurarse el supuesto de *ultra petita*, incorporándose otras accesorias que no forman parte de la causa pretendi, modificándose la situación de hecho en torno a la cual se funda la demanda.

Sin embargo, de los precedentes se aprecia que el Tribunal busca una protección más amplia de los derechos pensionarios, sin reformular el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, en la medida que en ciertos casos sus decisiones buscan la eficacia plena de los derechos fundamentales, ya que lo resuelto incide en la sociedad, como se ha establecido en la STC N° 05561-2007-AA una serie de mandatos que involucran a los Poderes Judicial y Ejecutivo.

### 3. La aplicación de la Tasa de Interés Legal

Los incidentes sobre el pago de los intereses legales que se han generado en la ejecución de sentencias previsionales, en la especialidad Contenciosa Administrativa, se ha manifestado en la aplicación de la tasa de interés legal efectiva o la tasa de interés legal laboral por parte de los órganos jurisdiccionales de primera instancia y que han sido objeto de confirmatoria o revocatoria por el órgano jerárquico superior.

Con la finalidad de exponer estas dos posturas, considero adecuado hacer mención al Expediente N° 29523-2006 (que a la fecha se encuentra concluido y archivado) en cuya Resolución número cuatro, de fecha 24 de junio de 2011, que fuera emitida por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en el Cuaderno de Apelación Expediente N° 29523-06-96, con dos votos en mayoría, resolvió:

“1) REVOCAR LA RESOLUCIÓN N° 19, su fecha 19 de octubre del 2010, de fojas 55 a 57, en cuanto ordena a la ONP indicar la fecha de pago del monto de S/. 11,426.55 correspondiente a los intereses legales calculados por el Juzgado; REFORMÁNDOLA EN DICHO EXTREMO ORDENARON que la liquidación de intereses se efectúe con la tasa de intereses no efectiva o interés legal laboral; en consecuencia SE DESAPRUEBE la liquidación efectuada por el juzgado que en Anexo forma parte de la Resolución apelada...”

La sustentación que el órgano jurisdiccional colegiado señaló sobre la aplicación de la

tasa de interés legal laboral, se encuentra en el considerando octavo de la citada Resolución, que estableció:

*“(...) a falta de convenio sobre el interés moratorio, corresponde aplicar la tasa de interés legal (no efectiva) conforme a lo establecido en el artículo 1246° del Código Civil, quedando claro que no resulta incompatible aplicar la tasa de interés laboral por cuanto dicho interés no puede ser capitalizado, pues tiene presente que el Sistema de Seguridad Social se rige, entre otros principios, por el Principio de Solidaridad, por el cual los aportes que originen los trabajadores activos van a servir de sustento a los trabajadores retirados de la actividad laboral mediante cobros mensuales a las pensiones (fondo común): no resultando coherente con su propia naturaleza que los intereses legales se liquiden con la tasa de interés legal capitalizados”.*

Por otro lado, el voto en minoría opinó por confirmar la resolución apelada, cuyo argumento para aplicar la tasa de interés legal efectiva reside en sus considerandos cuarto y quinto, en donde se señala:

Cuarto: *“(...) la distinción reside en que mientras los intereses determinados por el Decreto Ley N° 25920 para deudas laborales se calculan en base a las tasas no efectivas, en cambio para los intereses en el orden civil en que las deudas tienen naturaleza indemnizatoria de orden patrimonial, los únicos intereses que caben aplicarse son en términos de tasas efectivas, de manera que siempre el interés regulado por el artículo 1246° del Código Civil es en términos de aplicación de tasa efectiva; por ello inclusive la Superintendencia de Banca y Seguros publica en su portal web a diario el factor de interés aplicable a las deudas laborales, y asimismo también el factor de interés efectivo que es aplicable a las deudas civiles último caso en el que serán siempre efectivas”;* y,

Quinto: *“En el ámbito del Derecho Civil de acuerdo con lo señalado en los artículos 1243° y 1244° del Código Civil las tasas de interés legal, compensatorio y moratorio las fija el Banco Central de Reserva del Perú, siendo el caso puntualizar que estas tasas están siempre expresadas en términos efectivos, es decir siempre capitalizables, (...) por ello es que tal como lo sostiene Mario Castillo Freyre al comentar los artículos 1249° y 1250° del*

*Código Civil, tal redacción prohibiendo la capitalización (anatocismo) para las deudas de antigüedad menor de un año en el ámbito civil, era una redacción consecuente con aquella data en que redactando el Código Civil (1984) en que el régimen de las tasas de interés en el Perú determinado por el Banco Central de Reserva, así como en gran parte de otros países, era de tasas nominales, por ello tenía lógica que el anatocismo fuera en aquel entonces la excepción a la regla, sin embargo toda esta discusión sobre si debe o no permitirse el anatocismo, queda atrás cuando a partir del año 1991 el Banco Central de Reserva del Perú mediante Circular – de fecha 12 de marzo de 1991 – publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 15 de ese mes y año, hace de público conocimiento las tasas del interés convencional compensatorio y moratorio en nuestro país que regirán a partir del 11 de marzo de 1991, las que estaban expresadas en términos efectivos. Es decir dejó atrás el régimen de regulación de tasas en términos nominales para pasar a un nuevo sistema de regulación de tasas en términos efectivos”*

Finalmente, concluye en su sexto considerando que *“En materia de intereses sobre las pensiones, el Tribunal Constitucional ha sentado precedente vinculante en el Expediente N° 5430-2006-PA/TC al señalar que **“a los intereses generados de las pensiones debe aplicarse la tasa a que se refiere el artículo 1246° del Código Civil”**; tasa de interés que como se ha explicado en el considerando anterior no puede ser otra que la tasa de interés efectiva, pues según la regulación de las tasas fijadas por el Banco de Reserva para el ámbito de las obligaciones regidas en el Código Civil, todas las tasas están reguladas en términos efectivos, NO NOMINALES. En todo caso si otro hubiere sido el parecer del Tribunal Constitucional simplemente hubiera señalado que el interés que generan las pensiones es el aplicable a las deudas laborales reguladas por el Decreto Ley N° 25020”*. El Magistrado invoca para los efectos de sustentar su posición aún más, entre otras, la Casación N° 495-2003-LA LIBERTAD donde se sostiene que los aspectos de índole previsional

no son de naturaleza laboral, sino de Seguridad Social.

En el caso en bajo análisis, se puede advertir dos posturas, la primera (los votos en mayoría) referente a la aplicación de tasa de interés legal laboral, y la segunda (el voto en minoría) referido a la aplicación de la tasa de interés legal efectiva.

No obstante lo expuesto, es necesario señalar que la Ley N° 25920 es el caso diferenciado que regula un interés legal nominal (la tasa de interés es fija sobre el capital o crédito aplicándose un porcentaje preestablecido, sin ajuste de capital); y el artículo 1244° del Código Civil (que ha sido considerado en diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional) ha establecido que la tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva. Por tanto, al no existir regulación expresa que excluya a los adeudos previsionales de la aplicación del artículo 1244° del Código Civil, máxime si reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional al amparar el pago de intereses ha invocado el citado dispositivo, la tasa de interés legal a aplicarse a las pensiones devengadas no puede ser otra que la efectiva. El BCR a partir del 26 de agosto de 1985 estableció una tasa de interés legal específica, efectiva, anual; cuya composición incluye capitalización al confundir el interés con el capital, formando un nuevo capital que a su vez va a producir nuevos intereses.<sup>9</sup> Con lo cual permite advertir que la prohibición contenida en el artículo 1249° del Código Civil no se contrapone a la postura que dicha disposición está destinada a la esfera contractual y no se contrapone a la potestad que tiene el Banco Central de Reserva al fijar la tasa y no se le restringe o limita de que éstas tasas deban ser nominales o efectivas.

Para finalizar, debo señalar que actualmente existen discrepancias sobre la aplicación de la tasa de interés legal efectiva o laboral, aún no existe un criterio uniforme al resolverse las incidencias generadas en el proceso de ejecución; sin embargo, considero que en una futura ejecución las referidas incidencias desaparecerán ya que los juzgados vienen incluyendo y precisando el tipo de tasa de interés legal como parte de la sentencia.

<sup>9</sup> JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “Intereses, tasas, anatocismo y usura”. Artículo publicado en: <http://dike.pucp.edu.pe>



# El Proceso Contencioso-Administrativo en España

Javier García Luengo\*

## SUMILLA

El Proceso Contencioso-Administrativo, al igual que otros procedimientos ante Cortes o Tribunales Constitucionales, es el instrumento ordinario para el control de la actuación del Poder Público que se instituye como la principal garantía del Estado de Derecho. En el presente trabajo, el autor realiza un estudio del Proceso Contencioso-Administrativo, analizando sus principales características y estructura, en especial los procedimientos ordinario y abreviado, la problemática de la ejecución de las sentencias, los recursos y las medidas cautelares, todo esto desde la perspectiva del Derecho español.

## I. Introducción

El Proceso Contencioso-Administrativo es el instrumento ordinario para el control del Poder Público y, por lo tanto, la principal garantía del Estado de Derecho en todo sistema jurídico.

Con esta rotunda afirmación no estamos negando la importancia de la existencia de procedimientos ante Cortes o Tribunales Constitucionales para la protección de Derechos Fundamentales o para el control del legislativo, pero la tarea tuitiva que desde estas instancias se puede hacer de los derechos de los ciudadanos es más cualitativa que cuantitativa por la imposibilidad de que un solo Tribunal pueda asumir la hercúlea tarea de controlar la labor de todo el entramado del Estado.

Por ello es imprescindible para el Estado de Derecho que el ciudadano cuente con un sistema de control judicial que pueda emplearse en la revisión jurídica de toda actuación administrativa con independencia del contenido de la misma y del grado de discrecionalidad con el que la Administración haya actuado en el caso concreto.

Un sistema en el que persisten zonas oscuras al control judicial o trabas insalvables para el acceso a la jurisdicción prima el gobierno de los hombres por los hombres y no por las Leyes y, por tanto, atenta tanto contra el Estado de Derecho como contra el principio democrático.

Para explicar la articulación de esta idea es necesario tomar en consideración dos principios el de Legalidad y el de Reserva de Ley<sup>1</sup>.

Toda actuación administrativa debe contar con el necesario respaldo normativo. La Administración no puede actuar al margen del Derecho porque su esencia es precisamente la ejecución de los mandatos que éste le impone y la persecución de los fines que éste establece. La maquinaria administrativa queda así sometida a lo que la doctrina califica como una vinculación positiva al ordenamiento, no es que la Administración puede hacer lo que el Derecho no le prohíbe -regla que rige para los ciudadanos-, sino que solo puede hacer lo que el Derecho le permite.

No obstante, es cierto que la Administración, a diferencia del resto de personas, tiene la facultad de crear Derecho a través de normas reglamentarias que innovan el ordenamiento, con lo que no basta para garantizar la libertad de los ciudadanos con afirmar la sujeción a Derecho de la Administración es necesario profundizar en el sentido de la cláusula de Estado Democrático de Derecho para determinar dónde poner los límites a esa facultad de auto-regulación de la Administración.

Dichos límites se reflejan en el Principio de Reserva de Ley material, que es un elemento clave de todo Estado Democrático y que expresa rotundamente que solo por Ley votada por los representantes

\* Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Oviedo (España) y Consejero Académico de J&A Garrigues.

<sup>1</sup> Posiblemente la mejor exposición por su detalle y brillantez de esta cuestión se encuentra en la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª edic., Madrid, Civitas, 2008, p. 441 y ss.

del pueblo se pueden imponer obligaciones a los ciudadanos. Por tanto, toda actuación de la Administración en cuanto resulte restrictiva de derechos o intereses de los ciudadanos debe necesariamente contar con una norma con rango de Ley que la ampare.

Estas ideas esenciales (tan sencillas como frecuentemente "olvidadas", incluso por algunos notables juristas que: en aras de la originalidad de sus planteamientos, nos devuelven a una concepción del Estado anterior a las revoluciones liberales que vivimos tanto en América -que tiene en este aspecto, sin duda alguna, la preferencia histórica- como en Europa) están sobre la base de la existencia del propio Proceso Contencioso-Administrativo, y deben inspirar su perfeccionamiento y extensión.

En este contexto es evidente que para someter a Derecho la actividad de la Administración es necesario un pleno control judicial, pero no necesariamente que el mismo sea realizado por un orden jurisdiccional propio, el contencioso-administrativo. Así la tradición anglosajona encomienda la tutela judicial frente a la Administración a los tribunales ordinarios. En los países que se han inspirado en el modelo surgido de la revolución francesa, el enjuiciamiento de la Administración se ha sometido históricamente a órganos específicos que, debido a una peculiar interpretación de división de poderes, se integraron en el modelo original francés -y aún se integran en el caso francés- en la propia Administración, aunque dotados de plena autonomía funcional.

En España, tras una convulsa evolución durante el siglo XIX<sup>2</sup> en que se adoptaron tanto soluciones en la línea anglosajona, como, con mayor éxito, en la línea francesa, se optó finalmente por integrar la jurisdicción contencioso-administrativa en el poder judicial como una jurisdicción especial pero plenamente independiente -tanto funcional como orgánicamente- del poder ejecutivo. Este mismo modelo se sigue en otros sistemas europeos de referencia como el Alemán.

Someter a pleno control jurisdiccional la actividad del ejecutivo no ha sido una tarea fácil en Europa debido a los lastres del antiguo régimen y a la convulsa sucesión de regímenes a lo largo de los últimos doscientos años y, así puede decirse sin temor a grandes exageraciones que sólo tras la segunda guerra mundial y, aun con ciertas

deficiencias que alcanzan hasta nuestros días, se ha podido alcanzar dicho objetivo.

En este progreso, que se ha manifestado en la ampliación tanto de la legitimación, como del objeto y del tipo de pretensiones que se pueden plantear en el Proceso Contencioso-Administrativo, ha sido decisiva, de una parte, la evolución del Derecho Constitucional con el reconocimiento del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y la existencia de Tribunales Constitucionales para depurar incluso las normas con rango de Ley contrarias al mismo. De otra parte, otro factor no menos importante ha venido dado por la internacionalización del Derecho Público y la existencia de Tribunales supranacionales que imponen importantes exigencias de control judicial a los Estados y aseguran una cierta uniformidad a los derechos fundamentales procesales -en Europa este decisivo papel lo juegan el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- que contribuye decisivamente a dinamitar los últimos bastiones de la inmunidad del poder al control judicial en cada Derecho nacional, muy difíciles de superar desde el ámbito puramente nacional por la inercia de las tradiciones jurídicas y el peso de la jurisprudencia histórica.

En las próximas páginas, vamos a centrar nuestro estudio en el resultado final de esa evolución y a describirla en la medida de lo posible al hilo de la exposición de su producto final en el Derecho español.

## II. La legitimación en el contencioso: las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva

Uno de los principales problemas del control judicial de la Administración ha sido la insuficiencia de las categorías civiles para explicar la relación de los ciudadanos con la actividad administrativa, o más claramente, la necesidad de basar la legitimación en un concepto peculiar de derecho subjetivo que va más allá de la dimensión de esta figura propia del Derecho común.

Esto se explica sencillamente si se tiene en cuenta que el particular que tiene un derecho subjetivo típico -el propio del ámbito privado- adquiere con él una posición jurídica que le habilita a reclamar de otra persona la prestación en cuestión. De forma

<sup>2</sup> Para una reciente exposición de la evolución histórica del Proceso Contencioso en España, FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1998 y del mismo autor, *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lustel, Madrid, 2007.

que a todo derecho subjetivo típico corresponde una obligación de la contraparte.

Esta circunstancia no es, sin embargo, la más usual en el Derecho Administrativo, en el que el ciudadano tiene, sin duda, posiciones activas similares ante la Administración en las que puede exigir el cumplimiento de una obligación por parte de ésta, pero lo usual es que el ciudadano no pueda reclamar una obligación concreta a la Administración a pesar de que su patrimonio jurídico sí que está en juego debido a la actuación de ésta.

Por ejemplo, la persona cuyos intereses se ven perjudicados por la aprobación de un plan urbanístico que imposibilita el desarrollo lucrativo de sus terrenos no tiene, en principio, un derecho a ese desarrollo, pero tiene "derecho" a que la Administración cumpla con el procedimiento debido y así garantice, por ejemplo, la audiencia a los interesados. Ello no significa que pueda exigir de antemano ese cumplimiento porque la Administración no tiene frente a él obligación alguna en concreto, pero cuando la Administración incumple la Ley y con ese incumplimiento daña la esfera del particular afectado, éste podrá reaccionar y acudir, en último término, a la jurisdicción contencioso-administrativa reclamando la violación de su posición jurídica.

En el fondo este tipo especial de posición jurídica no es otra cosa que un derecho subjetivo, pero en vez de expresarse como una posición activa se trata de un derecho que se adquiere cuando la Administración incumple el derecho. Estamos por tanto ante lo que el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>3</sup>, que es el responsable de la construcción dogmática de esta figura que posteriormente fue asumida constitucionalmente, ha denominado un derecho subjetivo reaccional y que tanto la Constitución española de 1978 como la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 -en la línea de la anterior de 1956- denominan un interés legítimo.

La base de la legitimación en el Proceso Contencioso Administrativo en España es, por tanto, ciertamente generosa y supera la de otros sistemas europeos, como el alemán, en los que rige la necesidad de contar con una norma tuitiva que ampare la posición del particular en el caso concreto<sup>4</sup>. En el sistema español basta concretar la existencia de cualquier infracción del Derecho y demostrar que el particular recurrente se ve afectado en su patrimonio jurídico por dicha infracción, de forma que, evitando la actuación no norma ilegal, el mismo se incrementaría o no se disminuiría.

Nos consta que por esta misma senda parece discurrir la normativa peruana. Así la exposición de motivos de la Ley N° 27584, de 6 de diciembre de 2001, que regula el Proceso Contencioso-Administrativo señala expresamente que: "...*toda tesis que pretenda reducir las potestades de la magistratura en orden a encauzar la legalidad de la actuación administrativa es contraria a la lógica de un Estado de Derecho, en el que es consubstancial que los jueces puedan ejercer sin restricciones el control jurídico de la administración pública, en tutela del orden constitucional y de los derechos e intereses de los ciudadanos.*" Afirmación desde la que se ha de interpretar el artículo 11° de la citada Ley que establece que: "*Tiene legitimidad para obrar activa quien afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del proceso.*"

Queda fuera de esta ámbito de protección solo el puro interés abstracto a la defensa de la legalidad, o, lo que es lo mismo, el recurso interpuesto por quien no puede acreditar una relación especial con el objeto del mismo, pero actúa exigiendo simplemente el cumplimiento de la legalidad y no en defensa de su propio interés. Se niega por tanto una acción pública general en el ámbito del contencioso-administrativo español, si bien en las leyes sectoriales se han incluido acciones públicas de considerable amplitud para la defensa

<sup>3</sup> La magna construcción de esta dogmática la realizó el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en un excelente artículo que bajo el título "Sobre los derechos públicos subjetivos" público en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, REDA, en el año 1974, concretamente en su número 6, págs. 427 y sigs. Hoy se puede leer su exposición en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 11ª edic., Civitas, 2008, p. 36 y ss.

<sup>4</sup> En el Derecho Alemán se exige en efecto para la legitimación, que el ciudadano pueda alegar una norma tuitiva que ampare su posición jurídica en el caso concreto -*Schutznormtheorie*- y aunque esta concepción tradicional está hoy considerablemente matizada por la llamada *Adressatentheorie* que postula que el ciudadano destinatario de un acto de gravamen se ve al menos afectado en su derecho subjetivo a que las intromisiones en su libertad se produzcan de acuerdo con una norma legal, aún subsisten reticencias a la plena efectividad de esta teoría y supuestos concretos en los que la legitimación es sistemáticamente negada. Sobre la cuestión puede consultarse, HUFEN, F., *Verwaltungsprozessrecht*, 5ª edic., C.H. Beck, München, 2003, págs. 262 y sigs. También, PIETZNER, R., RONELLENFITSCH, M., *Das ASSESSOREXAMEN in Öffentlichem Recht*, 10ª edic., Werner, Düsseldorf, 2000, págs. 168 y sigs. Puede consultarse también, HUERGO LORA, A., *Las pretensiones de condena en el Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 130 y ss.

de ciertos intereses "difusos"<sup>5</sup> como el urbanismo o el medio ambiente.

### III. El objeto del Proceso Contencioso-Administrativo

En lo que respecta al Proceso Contencioso-Administrativo, ya desde su configuración anterior en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, se viene considerando que el mismo está constituido por las pretensiones que la parte eleva a los jueces y tribunales de la jurisdicción.

Dichas pretensiones podrán ser al igual que en cualquier otro proceso judicial de tres tipos: declarativas, constitutivas y de condena.

La peculiaridad del Proceso Contencioso-Administrativo español, solo justificada por su origen en un proceso -el recurso por exceso de poder francés- que estaba configurado como un juicio exclusivamente objetivo en el que las partes solo podían obtener la anulación del acto impugnado pero no hacer valer ninguna pretensión propia, es que dichas pretensiones -que, es importante destacarlo, sí se pueden someter al Tribunal o Juzgado competente- deben asociarse necesariamente a la impugnación de un acto administrativo, un reglamento, de la inactividad de la Administración o de una actuación meramente material de la Administración que incurra en vía de hecho.

Dado el escaso juego que permiten los recursos contra la inactividad o contra la vía de hecho, como la doctrina ha destacado reiteradamente, este sistema obliga a hipertrofiar la figura del acto administrativo y hacer pasar por tales no solo actos de trámite sino incluso actuaciones puramente materiales de la Administración. Dando lugar al fenómeno que el Profesor RAÚL BOCANEGRA<sup>6</sup> ha descrito con agudeza como el acto administrativo a los meros efectos jurisdiccionales que sin duda

distorsiona la construcción dogmática del propio concepto de acto administrativo.

Por ello, se viene reclamando por destacados autores y muy particularmente por el Profesor ALEJANDRO HUERGO LORA<sup>7</sup> la superación de esta asociación de las pretensiones con una actuación administrativa concreta y la apertura del Proceso Contencioso a cualesquiera pretensiones de las partes de forma similar a lo que acontece con el Proceso Civil. La prueba, además, de la viabilidad de dicho modelo se encuentra en el Derecho Comparado en el que algunos de los sistemas europeos continentales de absoluta referencia para la construcción del Derecho Público como el sistema alemán se basan precisamente en ese carácter "libre" de la presentación de las pretensiones sin necesidad de emplear el vehículo formal de la impugnación de un acto administrativo tantas veces artificioso.

Entretanto, la tutela completa y sin lagunas se obtiene no pocas veces forzando a la Administración, a través de una solicitud en la que se exponen las pretensiones concretas del recurrente, bien a adoptar un acto expreso total o parcialmente denegatorio o bien a no resolver el asunto en el plazo legalmente previsto<sup>8</sup>, lo que da lugar al juego de la institución del silencio administrativo que en caso de ser negativo -desestimatorio de las pretensiones del solicitante- deja abierta la vía contenciosa, puesto que lo que se recurrirá será dicha desestimación por silencio.

De esta forma se evita la denegación de justicia, pero se da un rodeo innecesario y se fuerzan las categorías básicas del Derecho Administrativo.

Además de la posibilidad de impugnación directa de actos administrativos expresos y del silencio administrativo -haya dado o no lugar a un acto presunto<sup>9</sup>- y de disposiciones generales de carácter reglamentario, la Ley N° 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción

<sup>5</sup> Cuya protección tan generosamente garantiza la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo en el Perú en su artículo 12° al permitir acción a favor de cualquier persona jurídica o físicas en defensa de dichos intereses difusos, lo que nos parece un avance significativo que debería ser imitado en otros sistemas.

<sup>6</sup> En tal sentido, su obra ya clásica, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 3ª edic., Madrid, 2006, p. 45 y ss.

<sup>7</sup> Idea en la que el citado autor insiste con brillantez en su obra, *El objeto del Contencioso-administrativo*, en prensa.

<sup>8</sup> En caso de que no haya un plazo establecido para resolver y notificar la resolución al interesado la Ley N° 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -en lo sucesivo, LPC- dispone como plazo el de tres meses desde el ingreso de la solicitud en el registro del órgano competente para su resolución -artículo 42.3 LPC-.

<sup>9</sup> En la nueva redacción de la LPC que resulta de la modificación operada por la Ley N° 4/1999, de 13 de enero, solo se considera acto presunto al obtenido por silencio positivo, mientras que el silencio negativo no da lugar a acto alguno limitándose su naturaleza a la de una mera ficción legal que deja abierta la vía judicial pero que no evita que la Administración pasado el plazo pueda dictar y notificar una resolución con un contenido que contradiga al del silencio y estime en todo o en parte la solicitud del particular en cuestión -*vid.*, al respecto, el artículo 43°, apartados 2 y 3 de la LPC-.

Contencioso-Administrativa -en lo sucesivo LJCA-española de 1998 establece, como novedad frente a su predecesora la posibilidad de acceder al contencioso para denunciar la inactividad administrativa y la actividad material que incurra en vía de hecho.

El recurso contra la inactividad está regulado en el artículo 29º de la LJCA cuyo tenor literal es el siguiente:

*"1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes 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 78º."*

Se trata de un precepto extraordinariamente complejo, que podría haberse simplificado uniendo los dos supuestos que contempla en un único cauce procesal<sup>10</sup> y que presenta el inconveniente de extender al ámbito de la inactividad administrativa los plazos previstos para la interposición de un recurso contencioso administrativo contra un acto administrativo, lo que carece de toda lógica.

En cuanto al recurso frente a la vía de hecho su regulación ciertamente escueta se encuentra en el artículo 30º de la LJCA que establece que: *"En caso de vía de hecho, el interesado podrá 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."*

La aplicación práctica de este precepto tan aparentemente sencillo esconde diversas dificultades. En principio la ausencia de una definición legal sobre lo que sea vía de hecho dificulta muy seriamente la elección de esta vía, ya que si el concepto propugnado por el recurrente no es el que sostiene el Tribunal o Juzgado su recurso se verá destinado a la inadmisión<sup>11</sup>, y, además, el propio procedimiento contencioso no parece el cauce más adecuado para una protección sumaria que los Tribunales ordinarios dispensarán más eficazmente a través de los interdictos que se admiten frente a la Administración precisamente en estos casos de ausencia manifiesta de competencia o del procedimiento debido en la actuación de la Administración que pretende alterar la realidad física -y que constituye, por tanto, un supuesto de pura aplicación de la fuerza sin sustento jurídico- o nulidad radical del acto que supuestamente justifica dicha ejecución (que es el concepto de vía de hecho más extendido en la doctrina española).

#### IV. La estructura de la jurisdicción Contencioso-Administrativa en España

En España la tutela judicial contencioso-administrativa está íntegramente atribuida a juzgados y tribunales plenamente especializados. Dicha estructura se configura actualmente por los siguientes órganos:

- 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.
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo tienen su sede, en principio, en las capitales de provincias, habiendo uno o varios en cada capital dependiendo de las necesidades, pero pueden crearse en otras ciudades importantes que por su población y litigiosidad lo requieran -algo que se hace con frecuencia- y también pueden extender su jurisdicción a más de una provincia si pertenecen a la misma Comunidad Autónoma. En total hay -según la estadística judicial cerrada a 1 de enero de 2009- 217 Juzgados de lo Contencioso Administrativo en España y son los

<sup>10</sup> Como ha señalado SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Iustel, Madrid, 2010, p. 333.

<sup>11</sup> En tal sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La Ley Reguladora...*, cit., p. 338.

órganos competentes<sup>12</sup> para resolver los recursos contra la actividad de la Administración Local -con excepción del planeamiento urbanístico- así como de las impugnaciones contra diversas actuaciones de la Administración Autónoma (en materias como cuestiones de personal que no atañen al nacimiento o extinción de la relación de servicio, sanciones administrativas que no superen los 60.000 euros o reclamaciones de responsabilidad de la Administración por importe no superior a 30.050 euros) o de la periférica del Estado (en materia de extranjería y en otras materias cuando su cuantía no supere los 60.000 euros) o de la Administración territorial de la propia Comunidad Autónoma<sup>13</sup>. También les corresponde otorgar la preceptiva autorización a la Administración para entrar en los domicilios en caso de que sea necesario para ejecutar un acto administrativo.

En cuanto a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo son doce y tiene todos su sede en Madrid, donde coexisten con los correspondientes Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, ya que su competencia material es distinta. Su competencia se extiende a toda España y se crearon para descargar de trabajo a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con lo que se encargan del enjuiciamiento de actuaciones de menor trascendencia que se han realizado por órganos superiores de los Ministerios (Ministros y Secretarios de Estado<sup>14</sup>) o por entidades instrumentales que extienden su competencia a todo el territorio nacional<sup>15</sup>.

Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia son los órganos que asumen la competencia para el conocimiento de cualquier recurso que no

esté atribuido a otro órgano de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con lo que asumen la competencia residual y tienen también numerosas atribuciones concretas de competencia tanto de actos que provienen de la Administración local, como de la Autónoma o la Estatal<sup>16</sup>. Además conocen de los recursos de apelación, queja o revisión interpuestos contra resoluciones de los Juzgados por lo que tienen una gran importancia en el sistema. Excepcionalmente, dado que los Tribunales Superiores de Justicia son la máxima autoridad judicial en materia de Derecho Autónomo les corresponde el conocimiento de los recursos de casación previstos para asegurar la interpretación unitaria de las normas emitidas por las Comunidades Autónomas.

Existe un Tribunal Superior de Justicia por cada Comunidad Autónoma que toma la denominación de ésta, si bien en las Comunidades más extensas se permite que se creen Salas de lo Contencioso Administrativo con competencia para enjuiciar los recursos procedentes de una o varias provincias de la misma Comunidad Autónoma para acercar la justicia al ciudadano. Así, en Castilla y León o Andalucía -las Comunidades más extensas- se ha hecho uso de esta posibilidad y, por ejemplo, el Tribunal Superior de Castilla y León tiene sedes en Valladolid y en Burgos y el de Andalucía en Sevilla, Málaga y Granada.

La Audiencia Nacional es un órgano con competencia para todo el territorio nacional como los Juzgados Centrales y su sala de lo Contencioso Administrativo es el tribunal natural para la revisión de los recursos contra los actos de los Ministros y los Secretarios de Estado siempre que no se limiten a confirmar en vía de recurso actos de otros órganos administrativos. También conoce

<sup>12</sup> Para una visión completa de la competencia de estos Juzgados puede consultarse el artículo 8º de la LJCA.

<sup>13</sup> Al igual que el Estado, las Comunidades Autónomas que están compuestas en ocasiones por varias provincias y tienen un territorio extenso han decidido dotarse de órganos periféricos que reciben diversas denominaciones y que se encargan de acercar al ciudadano la Administración autonómica evitando tanto una gestión centralizada como el dejar en manos de otras administraciones -concretamente de la local- la llevanza de los asuntos de interés autonómico, lo que se explica por la posible concurrencia de posiciones políticas distintas, pero supone incurrir, sin duda, en unos considerables gastos de gestión que contribuyen a hacer menos sostenible la compleja estructura administrativa española.

<sup>14</sup> En el sistema español el Secretario de Estado es una suerte de Viceministro que, aunque no pertenece al Consejo de Ministros como supremo órgano colegiado del Estado, asume la coordinación de todo un área del Ministerio y tiene un importante peso político y administrativo. Se crean potestativamente en los Ministerios más importantes para facilitar la gestión de materias homogéneas y evitar la creación de nuevos ministerios para atender las demandas de las mismas. En algún caso, se han hecho depender directamente del Presidente del Gobierno.

<sup>15</sup> Según el artículo 9º de la LJCA estos órganos unipersonales son competentes, entre otros asuntos, para el conocimiento de los recursos contra actos en materia de personal dictados por los Ministros y los Secretarios de Estado que no afectan al nacimiento o extinción de la relación de servicio y que no se limitan a confirmar lo ya resuelto por otro órgano, contra sanciones impuestas por órganos con competencia en todo el territorio estatal y que no superen los 60.000 Euros, contra actos de la Administración institucional dictados por órganos con competencia en todo el territorio nacional, contra actos de los Secretarios de Estado y Ministros resolviendo reclamaciones de responsabilidad de valor no superior a 30.050 Euros, contra resoluciones en materia de asilo político y contra actos dictados en vía de fiscalización de la disciplina deportiva por el Comité Español de Disciplina Deportiva.

<sup>16</sup> Vid., al respecto, el artículo 10.1 de la LJCA.

de los recursos de apelación, queja y revisión contra resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

Por último, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de cuya importancia da idea el hecho de la componen siete secciones, está encargada, entre otras importantes funciones, de la revisión de los actos del Gobierno y de sus Comisiones Delegadas. Pero, como corresponde a su función de órgano de unificación de la interpretación del Derecho de producción Estatal, su función esencial es conocer de los recurso de casación de cualquier modalidad, de los correspondientes recursos de queja y los recursos de revisión contra resoluciones de las Salas de los Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas, de la Audiencia Nacional o del propio Tribunal Supremo<sup>17</sup>

De esta estructura se ha criticado, fundamentalmente por parte del Profesor RAÚL BOCANEGRA<sup>18</sup>, que se haya introducido con la LJCA de 1998 por primera vez en España y como novedad absoluta en el Derecho comparado la figura del juez unipersonal de lo Contencioso-Administrativo. La base de esta crítica se encuentra en el hecho de que se busca una correlación, de inequívoca raigambre autoritaria, entre la autoridad que resuelve y el Tribunal o Juzgado que controla su actuación que se convierte en una suerte de corregidor de la actuación administrativa y, por otra parte, en que el nivel de dificultad técnica de los asuntos contenciosos ha aconsejado siempre que los mismos se traten en el seno de un órgano colegiado, que en un modelo ideal debería ser integrado por Magistrados con una sólida formación en Derecho Administrativo.

Otra de los inconvenientes del sistema, destacado por esta línea doctrinal, es su gran complejidad técnica ya que, entre la pluralidad de órganos jurisdiccionales, se ha repartido la competencia pensando más en la liberación de la carga de trabajo de los Tribunales superiores que en un criterio técnico razonable.

Como alternativa el Profesor BOCANEGRA<sup>19</sup> propone la creación de Tribunales Administrativos de Instancia que tendrían una competencia general

para conocer de cualesquiera recursos -con la única excepción particular, si se quiere, de los actos del Gobierno- y por tanto como jueces de Derecho común de todas las Administraciones, y cuyas resoluciones serían apelables ante las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia, quedando el Tribunal Supremo en su papel actual de órgano de casación y unificación de la interpretación del Derecho. Siendo esta configuración la propia de los sistemas europeos de referencia como el francés o el alemán.

## V. Los Procedimientos

En cuanto al Procedimiento Contencioso-Administrativo, hay que destacar que la LJCA de 1998 ha establecido distintos procedimientos pero vamos a centrar el análisis en los más importantes, el procedimiento ordinario y el abreviado.

El Procedimiento Ordinario se inicia, generalmente, mediante un simple escrito de interposición<sup>20</sup> que simplemente sirve para identificar el objeto del procedimiento y poder realizar el emplazamiento a juicio tanto de la Administración, como de los posibles codemandados. El Secretario del Juzgado o Tribunal competente tras examinar el cumplimiento de los requisitos de comparecencia del recurso, y pedir la subsanación en su caso de los defectos que correspondan, exigirá a la Administración cuya actuación se recurre que remita el correspondiente expediente administrativo en un plazo de veinte días.

Será la propia Administración recurrida la que debe llamar al proceso a los demás interesados que aparezcan en el expediente y deberá elevar al Tribunal junto con el expediente la documentación que demuestra dicho emplazamiento a las partes. El Secretario revisará los emplazamientos y ordenará a la Administración ampliarlos si los estima insuficientes.

Tras la recepción del expediente y su examen el Juzgado o Tribunal examina la concurrencia de los requisitos de admisibilidad y puede decretar la inadmisión del recurso por los siguientes motivos:

1. La falta de jurisdicción o la incompetencia del Juzgado o Tribunal.

<sup>17</sup> Cuando se trata de resolver un recurso de revisión interpuesto contra una de sus resoluciones firmes.

<sup>18</sup> Vid., la clara y contundente exposición en BOCANEGRA, R., "Consideraciones sobre la planta de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *RAP*, 161, 2003, p. 15 y ss.

<sup>19</sup> Al respecto, BOCANEGRA, R., "Consideraciones...", cit., especialmente, p. 25.

<sup>20</sup> Aunque en algunos casos se permite que se inicie a elección del recurrente por demanda cuando no hay terceros interesados, o se exige que se inicie por demanda como es el caso del llamado recurso de lesividad por el que la Administración impugna sus propios actos al considerarlos anulables.

2. La falta de legitimación del recurrente.
3. Haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación.
4. Haber caducado el plazo de interposición del recurso.

En otro caso, se procede a remitir el expediente o su copia a la parte o partes demandantes para que presenten el correspondiente escrito de alegaciones o demanda (en principio en el plazo de veinte días).

Una vez presentada la demanda se dará traslado a la Administración demandada para que, por idéntico plazo la conteste y tras dicha contestación se dará tratado, en caso de que existan, a los codemandados para que contesten también a la demanda.

Formulados los escritos de alegaciones por las partes se procede a recibir el pleito a prueba, cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito. Si el objeto del recurso fuera una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos.

La prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, si bien el plazo será de quince días para proponer y treinta para practicar. No obstante, se podrán aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de este plazo por causas no imputables a la parte que las propuso.

También cabe en el procedimiento Contencioso-Administrativo español que el recibimiento del pleito a prueba se haga por el Juez o Tribunal de oficio sin necesidad de petición previa de parte y que se practiquen las que el órgano jurisdiccional competente entienda pertinentes. Incluso se establece la posibilidad de que estas pruebas practicadas de oficio se puedan realizar en cualquier momento del proceso anterior a la declaración del pleito como concluso para sentencia en cuyo caso si las partes no tiene ya un trámite de alegaciones posterior a la prueba se les debe conceder uno por quince días.

La prueba se ha ido liberando en el sistema español y gracias a las exigencias del derecho a la

tutela judicial efectiva de las principales cortapisas con la que se le lastraba en el ámbito contencioso, admitiéndose hoy en día todos los medios de prueba comúnmente admitidos en Derecho y pudiendo cuestionarse ampliamente el relato fáctico que resulte del expediente administrativo. Incluso, es posible atacar las decisiones y afirmaciones de órganos dotados de discrecionalidad técnica si se prueba el desacierto de las mismas, siendo una pieza importante, en tal sentido, la posibilidad de solicitar que el Tribunal o Juzgado designe un perito judicial por sorteo que expondrá su criterio técnico con un elevado grado de independencia.

Una vez concluida la fase probatoria, se abre finalmente en la mayor parte de los supuestos una última fase de alegaciones en la que se permite a las partes sacar conclusiones sobre las pruebas prácticas y hacer un último alegato sobre su posición, se trata del trámite de vista o conclusiones.

En este sentido, las partes podrán solicitar, normalmente en la demanda y la contestación a la misma<sup>21</sup> que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia.

El Secretario judicial proveerá según lo que coincidentemente hayan solicitado las partes. En otro caso, solo acordará la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas cuando lo solicite el demandante o cuando, habiéndose practicado prueba, lo solicite cualquiera de las partes.

Si las partes no hubieran formulado solicitud alguna el Juez o Tribunal, excepcionalmente, atendida la índole del asunto, podrá acordar la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas.

En la práctica, el trámite más ampliamente solicitado es de presentación de unas sucintas conclusiones escritas que se usan para destacar los elementos que favorecen a la parte de las pruebas practicadas y para realizar un resumen lo más convincente posible de la fundamentación en Derecho de su posición. Para elevar este escrito se dará traslado a cada parte por término de diez (10) días -si varias personas comparecen como demandantes, demandados o codemandados el traslado será simultáneo para cada grupo de partes-.

<sup>21</sup> También cabe que se solicite ese trámite en escrito presentado en el plazo de cinco (5) días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba.



Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el Juez o Tribunal declarará que el pleito ha quedado concluso para sentencia, salvo que haga uso de la facultad de realizar de oficio diligencias de prueba, en cuyo caso dicha declaración se hará inmediatamente después de que finalice la práctica de la diligencia o diligencias de prueba acordadas.

El señalamiento de día para votación y fallo se hará por riguroso orden de antigüedad de los asuntos, excepto los referentes a materias que por prescripción de la Ley o por acuerdo motivado del órgano jurisdiccional, fundado en circunstancias excepcionales, deban tener preferencia, los cuales, estando conclusos, podrán ser antepuestos a los demás cuyo señalamiento aún no se hubiera hecho.

El pleito puede concluir por sentencia o por otros medios anormales de conclusión como pueden ser el desistimiento de la acción por el recurrente, el allanamiento a la misma por el demandado o la transacción entre ambas partes mediante un acuerdo que pone fin al procedimiento.

Cuando no median estas circunstancias procederá dictar sentencia en el plazo de diez (10) días desde que se declare concluso el pleito -plazo que en muy escasas ocasiones se cumple- o en la fecha que determine el órgano jurisdiccional.

La sentencia, que debe pronunciarse como corresponda sobre las costas del juicio, pronunciará alguno de los fallos siguientes:

- Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.
- Estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo.

El fallo de inadmisibilidad procede en los siguientes casos:

- Cuando el Juzgado o Tribunal Contencioso-Administrativo carezca de jurisdicción.
- Cuando se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada.
- Cuando tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación.
- Cuando recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia.

<sup>22</sup> Hay que destacar que esta infracción no tuvo apenas virtualidad invalidante hasta que el Tribunal Supremo en los años 90 comenzó a admitir la prueba por indicios de la existencia de dicha desviación. Para un análisis de esta jurisprudencia y de la figura en general es muy recomendable consultar la obra de CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 2004.

<sup>23</sup> *Vid.*, al respecto, HUERGO LORA, A., *Las pretensiones de condena...*, cit., p. 283 y ss.

- Cuando se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido.

La sentencia desestimaré el recurso cuando se ajusten a derecho la disposición, acto o actuación impugnados y, por el contrario, lo estimará cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, entendiéndose por tal el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico<sup>22</sup>.

El artículo 71º de la LJCA es muy significativo porque señala el alcance que un fallo estimatorio puede tener y lo cifra en las siguientes posibilidades:

- Declarar no ser conforme a Derecho y, en su caso, anular total o parcialmente la disposición o acto recurrido o disponer que cese o se modifique la actuación impugnada.
- Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocer dicha situación jurídica y adoptar cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.
- 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.
- 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.

En el caso de sentencias que se dictan anulando o declarando la nulidad de pleno derecho de actos administrativos discrecionales o reglamentos, el Juez o Tribunal no puede sustituir a la Administración redactando el reglamento o dictando el acto administrativo discrecional, pero puede establecer una sentencia-marco<sup>23</sup> en la que fije lo que el Derecho objetivamente exige

para evitar que la Administración vuelva a fijar un contenido ilegal al acto en cuestión.

En cuanto al alcance de los efectos de las sentencias se hace la siguiente clasificación:

- Las que declaren la inadmisibilidad o desestimación del recurso contencioso-administrativo solo producirá efectos entre las partes.
- Las que declaren la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas<sup>24</sup>. Por ello, las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada, y también se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.
- Las sentencias que estimen pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes.

No obstante, es importante destacar que los efectos de las sentencias que reconocen o restablecen una situación jurídica individualizada podrán extenderse a terceros en dos supuestos:

1. Cuando se trate de materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública, cuando concurren las siguientes circunstancias:
  - Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
  - Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.
  - Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de esta 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.

<sup>24</sup> Es necesario aclarar que las sentencias firmes que anulan un precepto de una disposición general no afectan por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzará efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiese la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

<sup>25</sup> La acumulación en el Contencioso español cabe en dos supuestos:

- Cuando las pretensiones se deduzcan en relación con un mismo acto, disposición o actuación.
- Cuando los procesos se refieran a varios actos, disposiciones o actuaciones y unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa.

Recibida esta solicitud el Tribunal o Juzgado que dictó la sentencia en cuestión resolverá sobre la extensión por auto, previa petición a la Administración afectada de informe detallado sobre la viabilidad de dicha extensión y audiencia a los interesados. Por supuesto, la extensión se denegará si hay jurisprudencia del Tribunal Supremo o -de los Tribunales Superiores de Justicia en lo que respecta a la interpretación de normas autonómicas- contraria a la sentencia en cuestión, si a la extensión se opone la cosa juzgada (porque, por ejemplo, quien la solicita ya tuvo un fallo adverso anterior) o si el interesado consintió la resolución contraria al fallo dejándola firme.

2. Cuando se trate de procedimientos que tienen idéntico objeto y no se haya decretado la acumulación<sup>25</sup> (a la que los tribunales son especialmente reacios), el Juez o Tribunal competente puede optar por continuar con solo un procedimiento -proceso piloto- y suspender los otros. En estos casos cuando el pleito piloto ha sido decidido por sentencia firme se ofrece a los interesados en los pleitos suspendidos la opción por pedir la extensión de la sentencia, continuar con el procedimiento o desistir de la acción, lo que el Juez o Tribunal decretará salvo que concorra causa de inadmisión del recurso o alguna de las causas por las que se puede denegar la extensión en el supuesto que hemos visto en el párrafo anterior (la cosa juzgada, la impugnación de acto firme y consentido o la contravención de la jurisprudencia de los Tribunales de casación).

Junto al Procedimiento Ordinario así establecido cabe destacar también, por su importancia práctica, el Procedimiento Abreviado que se sigue en los casos en los que la competencia corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y para los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todos aquellos asuntos cuya cuantía no supere los 13.000 euros.

En estos casos el procedimiento se inicia siempre por demanda y una vez presentada ésta, se emplaza a la Administración a que remita el expediente que se pone a disposición de las partes para que puedan alegar lo que entiendan pertinente en el acto de la vista.

Es precisamente ese acto de la vista, que se celebrará si el Juzgado estima admisible el recurso, el que se convierte en el eje del procedimiento abreviado y en el que se concentran todas las demás actuaciones de las partes, lo que exige una meticulosa preparación de la misma y se presta a que una parte quede indefensa por la impericia o la dejadez de su defensor.

La vista comienza con la exposición de sus alegaciones por el demandante, demandado y codemandados por este orden. Sigue, en su caso, con la fase de prueba que se practicará en cuanto sea posible en los mismos términos que en el procedimiento ordinario y termina con los correspondientes turnos de conclusiones para los letrados de las partes. Finalmente, se oye a las personas que sean partes si éstas quieren alegar algo en su defensa o interés (previsión pensada especialmente para los casos de procedimientos que tienen por objeto una sanción administrativa, pero abierta en la Ley con carácter general a otros supuestos).

La vista es objeto de grabación en video y, en caso de que no sea posible la misma por cualquier circunstancia, se levantará acta por el Secretario del Juzgado.

Este procedimiento es sumamente criticable, ya que no es el contencioso lugar apto para improvisaciones y espectáculos forenses y resulta además sumamente ineficiente para la Administración porque supone tener un abogado del Estado o un abogado consistorial o de la Comunidad Autónoma toda una jornada laboral para determinar la legalidad de una multa de ínfima cuantía, con el consiguiente derroche de talento y dinero, y para el propio poder judicial, ya que la presencia del Juez y del Secretario del Juzgado supone también un desproporcionado despilfarro de fondos públicos. Pero además este procedimiento en nada garantiza la posición del particular ni la búsqueda de la verdad, ya que se presta a trampas procesales, a pruebas mal planteadas y peor ejecutadas, y a todo tipo de circunstancias distorsionadoras para la recta administración de justicia a la que tan bien sirven

las alegaciones por escrito que se redactan en todo caso -tanto antes como después de la prueba- con la debida calma por los letrados y se discuten con compañeros buscando un mejor planteamiento del asunto.

En cuanto a los llamados Procedimientos Especiales, la Ley identifica hoy en el sistema español tres supuestos: el procedimiento previsto para la impugnación de acuerdos previamente suspendidos, la cuestión de ilegalidad y el proceso para la protección de derechos fundamentales de la persona.

Aunque no podemos detenernos, por el objeto de este trabajo, en la descripción de los problemas procesales que cada uno de ellos entraña, vamos a ofrecer al menos una breve descripción de estos procedimientos.

Comenzando por el proceso para la protección de los derechos fundamentales de la persona se trata de un proceso sumario -en el que los plazos se acortan sensiblemente, siendo, por ejemplo, el de interposición sólo de diez (10) días<sup>26</sup>- y preferente -al que debe darse prioridad por el Juzgado o Tribunal competente- previsto para asegurar la debida tutela judicial a los ciudadanos que acuden a la Justicia porque entienden que la Administración ha vulnerado uno de sus derechos fundamentales. En concreto uno de los derechos y libertades que la Constitución Española reconoce en sus artículos 14º a 30º (que recogen esencialmente los derechos fundamentales de "primera generación", tales como la libertad personal, la igualdad, la legalidad penal, el habeas hábeas, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, etc. y algunos derechos prestacionales básicos como la educación).

El procedimiento se caracteriza en este caso por su carácter sumario, por la concentración de actos procesales -se prescinde, por ejemplo, del trámite de conclusiones- y por el ya citado carácter preferente del mismo, pero tras la LJCA de 1998 se ha eliminado la suspensión automática del acto recurrido que se producía en la normativa anterior al entablar este procedimiento, con la consiguiente e inexplicable disminución de garantías en un paso atrás en la protección de los derechos fundamentales francamente inadmisibles.

En cuanto a la cuestión de ilegalidad, se trata de un procedimiento objetivo y nomofiláctico destinado

<sup>26</sup> Lo que no deja de ser un poco paradójico en un procedimiento previsto para la protección del ciudadano.

a asegurar la declaración de nulidad *erga omnes* de los reglamentos nulos en el sistema español.

En este sentido, todo reglamento que infringe una norma superior (sea la Constitución, la Ley u otro reglamento de superior jerarquía normativa) es nulo de pleno derecho y puede dejar de ser aplicado por cualquier Tribunal o Juzgado, pero lo que se busca con la cuestión de ilegalidad es que esa nulidad surta un efecto general y se acabe de una vez por todas con la apariencia de vigencia de la norma en cuestión, lo que solo se consigue publicando una declaración de nulidad general en el mismo boletín oficial que publicó la norma nula.

Así, cuando un Juzgado o Tribunal del Orden Contencioso-Administrativo estiman un recurso al considerar que la norma aplicada al caso por la Administración es nula de pleno derecho debe una vez firme su sentencia elevar al Tribunal competente para la declaración de nulidad *erga omnes* de la norma la cuestión de ilegalidad y posibilitar así que ese órgano pueda hacer dicha declaración. Por supuesto la cuestión no se plantea cuando es el propio Tribunal competente para decidir sobre la declaración general de nulidad el que tiene que resolver el caso concreto, en cuyo supuesto simplemente se procederá a hacer dicha declaración *erga omnes* en la propia sentencia que resuelve el caso particular. Tampoco se plantea la cuestión cuando quien resuelve en el caso es el Tribunal Supremo que puede declarar la nulidad *erga omnes* de cualquier reglamento.

El procedimiento es sumamente sencillo y simplemente se da audiencia a las partes ante el Tribunal competente para que presenten sus alegaciones y la oportunidad a éste órgano jurisdiccional para que requiera a la Administración el expediente de aprobación de la norma en cuestión al objeto de poder examinar objetivamente su ajuste al ordenamiento jurídico.

El último procedimiento especial es el que se sigue en caso de impugnación de actos previamente suspendidos en vía administrativa. Este supuesto se da cuando, como consecuencia de la existencia de una potestad de tutela de un órgano administrativo sobre otro -como es el caso de la potestad de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas de suspender los actos de una entidad local (municipio, diputación provincial u otro órgano local pero no autonómico o regional) que atenten gravemente contra el interés de España, previo requerimiento para su anulación al Presidente del ente local y en caso de desatención del mismo (potestad prevista en el artículo 67°

de la Ley de Bases del Régimen Local)-, o como consecuencia simplemente de la importancia de evitar que se ejecute un acto administrativo ilegal con grave perjuicio de los intereses públicos -caso que se produce, por ejemplo, cuando se reconoce a los Alcaldes la potestad de suspender las licencias de construcción cuando la obra en cuestión constituye una infracción urbanística grave y manifiesta- y se admite, en consecuencia, una potestad de suspensión de oficio del acto en vía administrativa y sin necesidad de un procedimiento de revisión en dicha vía.

En tales casos el procedimiento para revisar el acto en vía jurisdiccional es muy simple y comienza con la propia interposición del recurso por el órgano que decretó la suspensión que se hará por regla general en el plazo de diez (10) días desde dicha suspensión mediante un escrito fundado o mediante traslado directo del acuerdo suspendido al órgano jurisdiccional acompañado en todo caso del acto de suspensión.

Interpuesto el recurso o trasladado el acuerdo suspendido, el Secretario judicial requerirá a la corporación o entidad que lo hubiera dictado para que en el plazo de diez (10) días remita el expediente administrativo, alegue lo que estime conveniente en defensa de aquél y notifique a cuantos tuvieren interés legítimo en su mantenimiento o anulación la existencia del procedimiento, a efectos de su comparecencia ante el órgano jurisdiccional en el plazo de diez (10) días. Una vez recibido el expediente, se podrá de manifiesto a los que hayan comparecido en el procedimiento y se les convocará para la vista -dejando un plazo mínimo de diez (10) días desde la puesta de manifiesto del expediente- o, en su caso, para la presentación de alegaciones previas-. Celebrada la vista o deducidas las alegaciones, si no se estima necesario abrir un periodo de prueba, se dictará sentencia.

## VI. La problemática de la ejecución de sentencias

Un componente esencial del Derecho a la Tutela Judicial efectiva es el Derecho a la Ejecución de las sentencias en sus justos términos ya que de nada sirve el acceso al Contencioso y el seguimiento de un impecable procedimiento con todas las garantías si al final la resolución en el mismo es un papel mojado que no tiene capacidad para alterar la situación en beneficio de aquél a quien se ha dado la razón en Derecho.

Aunque la cuestión de la ejecución de las sentencias es sumamente basta y no podemos pretender

aquí siquiera hacer una exposición sucinta que abarque toda la materia, conviene que al menos nos acerquemos a una cuestión que ha resultado particularmente polémica tradicionalmente en España -y que me consta es igualmente polémica en el Perú-, como es la de la ejecución de las sentencias que condenan a la Administración a pagar una determinada cantidad al recurrente.

Conviene no obstante destacar con carácter general que la LJCA de 1998 ha tenido la virtud de residenciar claramente la potestad de ejecutar las sentencias en manos del poder judicial y, concretamente de dotar de mecanismos efectivos de ejecución al Juez o Tribunal de Instancia que serán los encargados de ejecutar en sus justos términos las sentencias. Entre dichos mecanismos destacan la posibilidad de establecer plazos perentorios para el cumplimiento de la sentencia y la de imponer multas coercitivas a los responsables administrativos que no cumplan con los requerimientos judiciales, así como la posibilidad de reclamar el auxilio de la fuerza pública para cumplir con las obligaciones de hacer impuestas a la Administración, o incluso en el caso de la obligación de dictar un acto que el Juez o Tribunal pueda: *“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”* (artículo 108.1.b) de la LJCA).

En el caso de una condena a pagar una cantidad líquida el artículo 106.1 de la LJCA hace una importante declaración al señalar que los créditos presupuestarios con cargo a los cuales se ejecute este tipo de sentencias siempre serán ampliables, con lo que se viene a afirmar que la Administración tiene la responsabilidad de ampliar dicho crédito sin necesidad de recurrir al legislador para un suplemento de crédito o un crédito extraordinario lo que abre la vía para la exigencia de responsabilidades a los encargados del pago y para la ejecución forzosa contra dichos fondos.

Otra posibilidad reconocida por la Jurisprudencia Constitucional, desde la muy importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 1998 es la de embargar los bienes patrimoniales de la Administración que no estén materialmente afectados a un servicio público.

En garantía del pronto pago se establece también que a la cantidad debida se añadirá el interés

legal del dinero desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en primera o única instancia -lo que significa que si la misma fue recurrida y luego confirmada la cantidad debida se haya incrementado muy significativa por el tiempo transcurrido- e incluso la posibilidad de que la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacer efectiva dicha cantidad, pueda incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento.

No obstante, excepcionalmente, según el artículo 106.4 de la LJCA, si *“...la Administración condenada al pago de una cantidad estimase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda, lo pondrá en conocimiento del Juez o Tribunal acompañado de una propuesta razonada para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla.”* Este precepto ha sido objeto de críticas doctrinales<sup>27</sup> en cuanto parece permitir que se impongan al particular acreedor fórmulas de pago aplazado u otras en beneficio de la Administración. En todo caso, debe insistirse en el carácter excepcional de la norma que solo se activará si se demuestra dicho “trastorno grave” y no cabe el recurso a otra alternativa como pudiera ser el crédito en el sector privado para la Administración.

Destacar, por último que la Ley establece, con buen criterio, la posibilidad de que a petición de cualquiera de las partes la cantidad a satisfacer se compense con créditos que la Administración ostente contra el recurrente (por ejemplo, con las cantidades debidas por los tributos correspondientes).

## VII. Los Recursos

Fruto de la poco meditada planta judicial española es que en el ámbito contencioso persistan numerosas resoluciones que no son susceptibles de recurso ordinario alguno y frente a las que sólo cabe el recurso de casación por motivos tasados y en el que ya no se puede, por ejemplo, plantear, salvo supuestos muy restringidos, cuestiones fácticas o que atañen a la práctica de la prueba.

Ciñéndonos al ámbito de las sentencias, para no aburrir al lector con la pléyade de recursos previstos en el caso de los autos y las providencias (resoluciones menores de ordenación del proceso) el esquema de los recursos disponibles, dejando a

<sup>27</sup> Vid., al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 11ª edic., Civitas, 2008, p. 679.

un lado el Recurso Extraordinario de Revisión por su carácter casi anecdótico en la práctica, sería el siguiente:

- Recurso de Apelación: Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo son susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en asuntos cuya cuantía no exceda de dieciocho mil euros o en determinados casos en materia electoral. No obstante siempre son susceptibles de apelación las sentencias siguientes:
  - o Las que declaren la inadmisibilidad del recurso aunque no alcancen la cuantía señalada.
  - o Las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.
  - o Las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas.
  - o Las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

El recurso de apelación contra las sentencias es admisible, en principio, en ambos efectos. Lo que significa que tendrá tanto efecto suspensivo -no pudiendo en principio ejecutarse la sentencia de instancia- como devolutivo -esto es que será resuelto por un Tribunal superior (el Tribunal Superior de Justicia en el caso de los Juzgados y la Sala de la Audiencia Nacional en el caso de los Juzgados Centrales).

No obstante, las partes favorecidas por la sentencia de instancia pueden pedir bien medidas cautelares para asegurar el fallo o bien la ejecución provisional de la sentencia en cuyo caso si el Juzgado accede puede pedir garantía o caución para responder de los posibles daños derivados de la ejecución.

El procedimiento es muy sencillo y sus hitos fundamentales consisten en la presentación de escritos de alegaciones de las partes ante el Juzgado para su elevación al Tribunal competente para decidir -para el recurrente en el plazo de quince días para interponer el recurso, para el

recurrido<sup>28</sup> en quince (15) días desde que se le dé el oportuno traslado- y en la posibilidad de que se decrete el recibimiento a prueba para la práctica de las que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia por causas que no les sean imputables, y finalmente la posibilidad de que se celebre vista o trámite de conclusiones.

- En cuanto al recurso de casación ante el Tribunal Supremo en su versión ordinaria, solo pueden ser objeto del mismo las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. No obstante, este recurso tiene importantes filtros de admisibilidad que hacen muy difícil el éxito de su planteamiento. Así se excluyen de antemano del ámbito del mismo las sentencias recaídas en ciertos asuntos<sup>29</sup> y todas las que no superen la cuantía de 150.000 Euros.

Por otra parte, aunque la Ley señala que cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a derecho una disposición de carácter general, la jurisprudencia viene limitando esta posibilidad a las sentencias de única instancia negando la doble vía de recurso en todo caso.

Además, las Sentencias que hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia solo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

Si estas limitaciones no fueran suficientes como recurso no ordinario el de casación solo puede fundarse en unos motivos tasados que son los siguientes:

<sup>28</sup> El recurrido puede presentar una adhesión al recurso, lo que supone que impugna también la sentencia de instancia, en cuyo caso se deberá dar traslado nuevamente de su escrito al recurrente para que alegue en contra de los motivos que fundamenten la oposición de la contraparte.

<sup>29</sup> Se excluyen en concreto de la casación las siguientes sentencias:

1. Las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.
2. Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 150.000 euros, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso.
3. Las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión.
4. Las dictadas en materia electoral.

- o Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.
- o Incompetencia o inadecuación del procedimiento.
- o Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.
- o Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

El trámite del recurso es relativamente sencillo debiendo prepararse el mismo ante la Sala que dictó la sentencia en el plazo de diez (10) días desde la notificación de la misma, si el recurso se entiende admisible en esta instancia se elevan los autos al Supremo y se emplaza a las partes ante el Alto Tribunal, debiendo el recurrente presentar el recurso en el plazo de treinta (30) días. La Sala dictará a continuación, previa audiencia a las partes sobre la existencia de posibles causas de inadmisibilidad, auto sobre la admisión del recurso y si el recurso se admite -lo que en la práctica sucede en contadas ocasiones- se dará traslado a las otras partes para que en treinta días presenten alegaciones. Tras los escritos de alegaciones solo cabe fijar un trámite de vista si todas las partes lo solicitan o así lo decide el Tribunal, en otro caso, el recurso queda concluso para sentencia.

El recurso de casación así configurado es un instrumento modulado progresivamente para evitar la sobrecarga de trabajo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo<sup>30</sup> y que ni siquiera facilita, dada su configuración que el alto Tribunal pueda unificar verdaderamente la interpretación del Derecho, puesto que por los límites de cuantía y materia hay asuntos que nunca llegarán a su conocimiento por esta vía, lo que obliga a configurar otras dos versiones del recurso de casación<sup>31</sup>:

- El Recurso de Casación para la unificación de doctrina que exige la existencia de sentencias contradictorias dictadas por las Salas de

los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional en única instancia y con los mismos límites materiales, por lo que la única ventaja sustancial del recurso es la rebaja de la cuantía litigiosa necesaria a 18.000 Euros.

- El Recurso de Casación en interés de la Ley es un proceso objetivo que no puede alterar la situación jurídica creada por la sentencia en cuestión y que, sin embargo, cabe interponer frente a las sentencias dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-Administrativo y las pronunciadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, que no sean susceptibles de los recursos de casación o de casación para la unificación de doctrina. Los recurrentes están tasados en la Ley de forma que solo podrán interponerlo: la Administración Pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto, las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, el Ministerio Fiscal y la Administración General del Estado, cuando estimen gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada.

En definitiva, ninguno de estos remedios sana la ausencia de una doble instancia procesal con el agravante de que la proliferación de recursos "especiales" demuestra que la casación se ha ido desnaturalizando dada la explicable tendencia de los recurrentes a usarla como única vía de recurso posible y ha perdido su esencia como recurso unificador de la doctrina judicial.

## VIII. La Tutela Cautelar

La misma carga de trabajo de los Órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que ha llevado a la progresiva desnaturalización del recurso de casación ha hecho especialmente relevante la preocupación por un adecuado sistema de medidas cautelares, ya que, si los pleitos se van a prolongar durante años y la Administración cuenta con el formidable privilegio de la autotutela ejecutiva que le permita modificar

<sup>30</sup> Para dar una idea plástica de cual es la situación actual de la carga que soporta la Justicia Contencioso-Administrativa en España, y de la propia importancia cualitativa y cuantitativa de la misma -dado que al Supremo sólo acceden los pleitos con una elevada cuantía-, el III plan de actuación del Tribunal Supremo para el periodo 2010-2012 tiene prevista una importante inversión en modernización de los medios y organización del Tribunal para que solo la Sala de lo Contencioso puede examinar por año en el trámite de admisión 10.000 asuntos, y dictar previsiblemente 5.000 autos de inadmisión por año y 8.500 resoluciones en fase de decisión, con lo que realizado ese hercúleo trabajo a 30 de junio de 2012 "solo" tendrán pendientes unos 10.000 asuntos más.

<sup>31</sup> Que además pueden ser planteadas ante una sala especial del Tribunal Superior de Justicia correspondiente si se trata de unificar criterio o evitar una interpretación dañina de una norma autonómica. *Vid.*, los artículos 99º y 101º de la LJCA.

la realidad en el sentido impuesto por sus actos, es tremendamente fácil para ella frustrar la finalidad del recurso imponiendo unas condiciones fácticas que sean ya irreversibles.

Para valorar esta posibilidad hay que tener en cuenta que los actos administrativos aunque esté recurridos conservan generalmente la fuerza de obligar propia de las resoluciones administrativas eficaces<sup>32</sup>, dado que el recurso contencioso-administrativo no tiene efectos suspensivos automáticos, por lo que la Administración si el Juez o Tribunal no interviene suspendiendo o asegurando con otra medida la eficacia del fallo podría hacer el proceso perfectamente inútil por la vía de alterar la realidad fáctica a su favor imponiendo el contenido previsto en el acto en cuestión mediante los mecanismos de ejecución forzosa de sus resoluciones.

En los últimos veinte años, la doctrina, encabezada por el Profesor García de Enterría, que ha dedicado al tema una larga serie de brillantes artículos<sup>33</sup>, ha tratado de destacar la relevancia constitucional de la problemática de la tutela cautelar destacando que una tutela judicial efectiva no es posible si la necesidad de seguir el proceso para que se reconozca la razón del recurrente le perjudica porque entretanto se altera irreversiblemente su situación.

En este contexto se ha propuesto como criterio sobre el que hacer girar el reconocimiento de la tutela cautelar el criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, lo que supone suspender o adoptar otra medida cautelar a favor del recurrente cuya posición *prima facie* y sin condicionar el debate de fondo aparezca mejor fundada. Existiendo importantes precedentes jurisprudenciales en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para sustentar esta idea.

En una primera fase de la evolución de la jurisprudencia sobre este criterio, marcada por el Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 pareció que el mismo se impondría como criterio principal para el enjuiciamiento cautelar pero la tendencia del Tribunal Supremo en los últimos años ha sido más bien de autocontención a la hora de aplicar el *fumus boni iuris*.

En concreto la actual jurisprudencia mayoritaria viene a afirmar, en palabras del propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de abril de 2003, en el Recurso de Casación N° 5020/1999, que: "(...) *la doctrina sobre el fumus boni iuris requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24° de la Constitución), salvo en aquellos supuestos, que no es el que nos ocupa, en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente.*"

La LJCA se ha situado también respecto al criterio del *fumus boni iuris* en una posición cuando menos restrictiva y basa claramente la decisión sobre la medida cautelar en el criterio del *periculum in mora*; es decir, en la existencia de un riesgo tal que si no se adopta la medida el proceso podría perder su finalidad legítima.

En este contexto el artículo 130° establece los criterios fundamentales para la adopción de una medida cautelar que son dos:

- 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, Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. Con lo que se está consagrando una versión clara del criterio del *periculum in mora*.
- Por otra parte, "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". Con lo que se está haciendo depender la viabilidad de la medida de una ponderación de intereses.

El criterio para la adopción de la medida se hace, sin embargo, más favorable al particular cuando lo que se impugna es una vía de hecho o se recurre la inactividad de la Administración en

<sup>32</sup> Es importante destacar que la eficacia del acto administrativo consiste fundamentalmente en su fuerza de obligar y es un fenómeno puramente jurídico, independiente de la realidad fáctica que solo se altera cuando el acto eficaz es objeto de ejecución forzosa, siendo precisamente la eficacia jurídica presupuesto de la ejecución forzosa.

<sup>33</sup> Hoy recopilados en su obra, *La batalla por las medidas cautelares*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 2004. También es muy conveniente la consulta de CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1992.



cuyo caso la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones que deben concurrir para admitir esos recursos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

No obstante, lo limitado de los criterios materiales para su adopción el régimen de las medidas cautelares en la LJCA de 1998 ha mejorado considerablemente en lo que respecta a su contenido y tramitación. Así se permite no solo plantear la suspensión como medida cautelar sino también la adopción de otras medidas incluso positivas siempre que se asegure la finalidad del recurso.

La medida se puede pedir en cualquier momento del proceso y dicha petición da lugar a un incidente tramitado independientemente -en pieza separada- que se resuelve por auto. Incluso cabe excepcionalmente que en casos urgentes se

adopte la medida sin dar audiencia a la otra parte e incluso en casos de vía de hecho o inactividad de la Administración se puede solicitar la medida cautelar antes de interponer el propio recurso.

La medida se mantiene en principio hasta la sentencia o resolución que ponga fin al proceso, si bien podrá ser modificada o revocada durante el curso del procedimiento si cambiarán las circunstancias en virtud de las cuales se hubiera adoptado.

Si de la adopción de la medida se pueden derivar perjuicios se puede exigir por parte del órgano jurisdiccional una caución o garantía del recurrente y la medida no producirá efecto hasta que la misma no se constituya, siendo esta exigencia de caución o garantía un obstáculo considerable a la tutela cautelar en determinados ámbitos como el urbanístico o el medioambiental, siendo el tratamiento jurisprudencial de estas garantías muy casuístico.