

A xurisdición contencioso-administrativa tras vinte anos de vixencia da Lei 29/1998

## La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de vigencia de la Ley 29/1998

The contentious-administrative jurisdiction after twenty years of the validity of Law 29/1998



JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid  
[jbano@pdi.ucm.es](mailto:jbano@pdi.ucm.es)

Recibido: 02/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.29>

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** Tras vinte anos de vixencia, a Lei 29/1998 da xurisdición contencioso-administrativa mostra signos de debilidade que exixen reformas. O traballo explora criticamente a aplicación da lei, propón reformas tanto da lei procesual como dalgúns dos factores extraprocesuais que condicionan a xustiza administrativa.

**Palabras clave:** Contencioso-administrativo, competencias, medidas preventivas, execución de sentenza, calidade da xustiza, dixitalización do contencioso, planta da xurisdición, obxecto do recurso, procedemento contencioso, reconvencción, reforma do contencioso, vía de feito.

**Resumen:** Tras veinte años de vigencia, la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa muestra signos de debilidad que exigen reformas. El trabajo explora críticamente la aplicación de la ley, propone reformas tanto de la ley procesal como de algunos de los factores extraprocesales que condicionan la justicia administrativa.

**Palabras clave:** Contencioso-administrativo, competencias, medidas cautelares, ejecución de sentencia, calidad de la justicia, digitalización del contencioso, planta de la jurisdicción, objeto del recurso, procedimiento contencioso, reconvencción, reforma del contencioso, vía de hecho.

**Abstract:** After 20 years in force, Law 29/98 of the Judicial Administrative Litigation Proceedings shows signs of weakness that require reform. This paper explores critically the application of the norm, proposes reforms both procedurally and outside the proceeding of those aspects that constrain administrative justice.

**Key words:** Administrative litigation, competences, interim measures, execution of a judicial decision, quality of Justice, digitalization, territorial jurisdiction, proceeding, reconvene, reform of administrative litigation proceedings, fait accompli.

**SUMARIO:** 1 Planteamiento metodológico. 2 Factores extrínsecos. 2.1 La calidad de la justicia, el dilema brevedad o calidad. 2.2 La calidad de la justicia contenciosa depende mucho de la calidad del procedimiento y del recurso administrativo. 2.3 Calidad de las partes y del juez. 2.4 La digitalización del contencioso. 2.5 El sistema de retribuciones como condicionante de la independencia judicial. 3 Factores intrínsecos al proceso. 3.1 Planta y competencia de los órganos jurisdiccionales. 3.2 Una omisión relevante: la reconvencción. 3.3 El objeto del recurso: Actuación frente a acto administrativo. Los leves progresos de la ley. 3.4 Excurso sobre la vía de hecho. 3.5 El procedimiento abreviado. 3.6 Medidas cautelares: Algunas propuestas de mejora. 3.7 Ejecución de sentencias contra la Administración: Resumen de una frustración.

## 1 Planteamiento metodológico

Los 20 años transcurridos desde la entrada en vigor de la reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa es tiempo suficiente para justificar un balance sobre los efectos de la ley, sus aciertos e insuficiencias.

Ese balance quedaría muy mermado, sin embargo, si no atendiéramos a otros factores que siempre deben tenerse en cuenta en la aplicación de una ley procesal administrativa, que está muy condicionada por la calidad del procedimiento y la vía previa administrativas y por la forma de organización del poder judicial.

No trataremos en este trabajo algunas de las modificaciones introducidas a lo largo de estos años en la Ley jurisdiccional, como la reciente reforma del recurso de casación o la introducción por la Ley de garantía de la unidad de mercado de un procedimiento especial, con reglas excepcionales de legitimación de la CNMC o de competencia de la Audiencia Nacional, que pese a su indudable interés desbordarían los límites de nuestro análisis. Tampoco examinaremos la peculiar posición del procedimiento especial sobre derechos fundamentales que responde a la exigencia constitucional del artículo 53 CE, pero que hoy en día se antoja como un procedimiento anacrónico, si se parte de la base de que en un Estado de derecho los derechos fundamentales conforman el entero ordenamiento jurídico, incluyendo, como es lógico, el derecho procesal. Lo que tuvo sentido en el año 1978 (recuérdese que la Ley 62/78 que introdujo el procedimiento especial es anterior a la Constitución) hoy es una reliquia que solo tiene utilidad para el derecho de manifestación y que ha quedado mayoritariamente reducido al derecho de acceso del artículo 23.2 CE.

Mientras no se reforme la Constitución, el legislador está obligado a mantener ese recurso preferente y ordinario, y los tribunales tendrán que seguir ocupándose de la bizantina discusión entre las afectaciones directas a los derechos fundamentales y los que son propios de la legislación ordinaria, *summa divisio* propia de la jurisdicción constitucional, pero totalmente artificial cuando se examina la legalidad de la actuación administrativa.

## 2 Factores extrínsecos

### 2.1 La calidad de la justicia, el dilema brevedad o calidad

Desde la instauración del Consejo General del Poder Judicial, ha habido una loable política de reducción de los plazos bajo el conocido tópico de que una justicia que es lenta no es justicia. Es indudable que, en conjunto, los plazos de tramitación hasta la sentencia de los procesos contencioso-administrativos se han reducido sencillamente y no cabe sino felicitarse por ello<sup>1</sup>. La creación de los juzgados de lo contencioso-administrativo han contribuido a ese éxito sin duda, como también lo hicieron en su día la imposición de costas por vencimiento como medida general o la política de tasas hasta que fue declarada inconstitucional por varias sentencias del Tribunal Constitucional, o más simplemente la influencia de la crisis económica de 2008.

Ese feliz acortamiento de los plazos no se ha correspondido con un aumento de la calidad del contencioso-administrativo. Aunque no están establecidos académicamente los factores que influyen en la calidad, es un hecho que no escapa a la observación de cualquiera que tenga trato con la jurisdicción contencioso-administrativa que hay diversos indicios objetivos de calidad que demuestran el largo camino que queda por recorrer, pues si bien una justicia lenta puede no ser justicia tampoco lo es una justicia injusta por falta del reposo o conocimiento necesarios para resolver un proceso que afecta a los derechos del ciudadano y a los poderes públicos. Podemos destacar entre esos indicios de calidad los siguientes:

### 2.2 La calidad de la justicia contenciosa depende mucho de la calidad del procedimiento y del recurso administrativo

a) La justicia administrativa no empieza ni termina en el proceso contencioso, empieza y termina en la Administración, evitando el mayor número de conflictos y facilitando la ejecución de las sentencias.

Es un hecho que, en la Administración en masa (sanciones de tráfico, inmigración y extranjería, por ejemplo) no existe un sistema útil de recursos administrativos lo que pesa sobre el contencioso. La experiencia de los tribunales de recursos contractuales ha demostrado que la instauración de órganos administrativos neutrales de recursos contribuye a la mejora de la justicia administrativa. Del mismo modo, una reconsideración del entero sistema de la vía económico-administrativa en los recursos contra la hacienda pública, reforzando la posición independiente de los tribunales económico-administrativos podría contribuir a reducir la enorme litigiosidad en la interpretación de la normativa tributaria. En otro lugar<sup>2</sup> hemos tratado con alguna extensión la crítica al sistema de recursos administrativos, por lo que es obligado

<sup>1</sup> DÍEZ SASTRE, S. (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia*, CIJA-UAM, Madrid, 2018.

<sup>2</sup> BAÑO LEÓN, J.M.ª, "El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español", López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA/INAP, Madrid, 2016, pp. 647-670.

remitirnos por entero a aquellas consideraciones que, por lo demás, comporta la mayoría de la doctrina científica.

b) Independientemente del sistema de recursos administrativos, las normas del procedimiento administrativo técnicamente defectuosas pueden impedir o dificultar el control contencioso-administrativo. Lo ilustraremos con el ejemplo de la regulación del expediente administrativo en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común (LPAC).

El artículo 70 LPAC, tras definir en sus tres primeros párrafos el concepto de expediente, dice en el párrafo número 4 que “no formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo”, entre la que cuenta “los juicios de valor emitidos por las administraciones públicas, salvo que se trate de informes preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento”.

En otro lugar<sup>3</sup> nos hemos ocupado de la sinrazón de esta excepción que impide al interesado conocer los juicios de un funcionario si no se le ha solicitado y su dudosa constitucionalidad conforme al artículo 24 CE. Lo que ahora nos interesa destacar es que este tipo de preceptos dificulta extraordinariamente el control jurisdiccional y la información del particular. En el procedimiento impugnatorio el cabal conocimiento del expediente es esencial para apreciar ilegalidades no advertibles a simple vista. Si la misma ley procedimental permite el expurgo del expediente, se convendrá en que se puede obstaculizar, cuando no cercenar, el derecho a un juicio justo.

### 2.3 Calidad de las partes y del juez

No menos importante es la calidad de las partes. Digamos claramente que no siempre en los procesos contencioso-administrativos los abogados cuentan con la calidad debida. Se trata de una cuestión de difícil resolución, por cuanto no parece que en España pudiera fácilmente aprobarse normas, como existen en otros países, que introducen factores de antigüedad o de calidad para actuar ante determinadas instancias como el Tribunal Supremo. Por otra parte, los servicios jurídicos de la Administración, muchas veces desbordados, no siempre están servidos como debiera ser idealmente, aunque es una práctica inveterada que el juez de lo contencioso defienda la posición de la Administración, pese a los defectos técnicos de la defensa, en aras al interés público al considerar que la actuación es ajustada a derecho. Esto no está previsto en la LRJCA, a salvo de la potestad jurisdiccional para plantear a las partes de oficio cuestiones no alegadas por estas (artículo 65.2) o acordar, también de oficio, la práctica de pruebas (artículo 61.1), pero muchos jueces de lo contencioso lo aplican a diario, matizando el argumento de que se trata de un auténtico proceso entre partes; es desde luego un proceso pero el interés público siempre planea sobre

<sup>3</sup> BAÑO LEÓN, J.M.ª, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, Parejo Alfonso, L., y Vida Fernández, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Libro homenaje al Prof. Tomás de la Quadra-Salcedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 442-445.

la decisión del juez, haya sido o no adecuadamente sostenida por el defensor de la Administración pública.

Muy relevante es, también, la especialización judicial. Según el presidente de la Sala de lo Contencioso<sup>4</sup>, el número de especialistas no supera el 10 %. Si a él le sumamos los magistrados provenientes del cuarto turno que, por su origen, han acreditado conocimientos y experiencia en materias administrativas, puede decirse que, en total, el número de magistrados con algún tipo de especialización en el derecho público (incluyendo el derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho tributario) no llega al 20 %, cifra a todas luces insuficiente.

A nuestro juicio, la especialización judicial genérica en las grandes ramas del derecho es imprescindible. No estamos hablando de expertos en una materia concreta, urbanismo, tributos, medio ambiente, sino de un mínimo conocimiento de las bases del derecho público. El sistema de acceso común a la carrera judicial debería ser revisado, incluida la índole exclusivamente memorística de las pruebas. Pero, al margen de la idoneidad de las pruebas, la especialización por las grandes ramas del ordenamiento parece una condición necesaria para una justicia de calidad. Es posible que factores corporativos hayan influido en el inmovilismo, pero pretender que un juez pueda servir en el contencioso-administrativo sin otro bagaje que los 14 temas dedicados al derecho administrativo, dos de ellos al contencioso-administrativo, los 26 dedicados al derecho constitucional, internacional y derecho de la Unión Europea, y ninguno al derecho tributario<sup>5</sup>, dice mucho del anacrónico sistema de formación de nuestros jueces. No negamos que todo jurista debe tener una formación básica en derecho civil y penal, pero pretender que se pueda resolver un contencioso-administrativo con garantías sin acervo alguno de derecho público da que pensar.

Hay, en fin, otros factores de los que también depende la calidad de la justicia. Nos referimos, por un lado, a la adecuación tecnológica y, por otro, a las deficientes normas sustantivas que puede inducir a una incorrecta administración de justicia.

## 2.4 La digitalización del contencioso

Otro elemento en absoluto desdeñable es la digitalización de la Administración de justicia, todavía en ciernes. Va de suyo que este es un hecho ineluctable, como en su día fue el de la mecanización de la escritura, y nada hay que oponer a que se implante en la Administración de justicia como se está haciendo progresivamente en la Administración pública.

Existe sin embargo un peligro, que ya se advierte en la práctica: la digitalización puede convertirse en un medio de cercenar derechos si no se ponen las cautelas necesarias. Como hemos subrayado en otro lugar<sup>6</sup>, la garantía efectiva de los derechos en

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO, L.M.ª, "Reflexiones sobre la justicia administrativa en España", versión provisional de la ponencia presentada al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Disponible en: [www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos](http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos) (25 de marzo de 2019).

<sup>5</sup> Véase el programa publicado en el BOE n. 165, de 9 de julio: 92 temas de derecho civil, 63 de derecho penal, 58 de derecho procesal civil, 35 de derecho procesal penal, 16 de derecho mercantil, 13 de derecho del trabajo.

<sup>6</sup> BAÑO LEÓN, J.M.ª, "Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015", cit., pp. 434-437.

la Administración, en particular en la de justicia, no se juega tanto en las previsiones de la ley como en el diseño técnico del *software* que haga posible el ejercicio de los derechos. Es obvio que la Constitución y los derechos que garantiza tienen que ser los mismos en la Administración tradicional que en la digital. Denominamos a esta garantía “principio de equivalencia”.

Este principio no se cumple, sin embargo, en la práctica de nuestra Administración, ya que las proclamaciones enfáticas de nuestras leyes sobre las ventajas de la Administración digital no van acompañadas de la exigencia de que los programas informáticos garanticen en todo caso los derechos. Rubén Martínez<sup>7</sup> ha mostrado la falta de garantías en este sentido. Puede añadirse a sus consideraciones un ejemplo. No existe técnica alguna sobre la forma de confeccionar el expediente judicial y el índice descriptivo de los documentos que contiene. Cualquiera que tenga experiencia práctica puede comprobar cómo cada Administración “confecciona” el expediente de una manera, haciendo a veces imposible el manejo razonable de la documentación mediante la edición de documentos en formato PDF sin una referencia suficiente. El resultado es que las partes tienen muchas dificultades para un acceso rápido al expediente y poder detectar los extremos que le interesan o los documentos que se necesitan. Añádase a ello el hecho de que cada comunidad autónoma tiene un sistema diferente informático, de modo que no es extraño que a veces el juez tenga dificultades para la consulta.

Este panorama se debe a que la digitalización exige, sin duda, un protocolo técnico único que haga posible el ejercicio real de los derechos, incluido el derecho de defensa. Esta es una cuestión básica que no puede quedar al albur de cada Administración y en la que se juega, nada menos, que la posibilidad misma de ejercicio de los derechos.

## 2.5 El sistema de retribuciones como condicionante de la independencia judicial

La lectura del Reglamento 2/2018, aprobado por el Consejo General del Poder Judicial (BOE de 18 de diciembre de 2018), es desoladora. El reglamento fija las reglas pretendidamente objetivas para la remuneración por productividad de los jueces. Para ello establece la duración media de las actuaciones judiciales.

En el contencioso-administrativo, por ejemplo, una hora para adoptar una medida cautelar, 5 o 6 horas para una sentencia, incluyendo en este cómputo no solo el tiempo de redacción, sino –se supone que existe– estudio del asunto.

Esta visión tayloriana del trabajo judicial no es neutra en el contencioso-administrativo. Tiene como indeseable repercusión favorecer a la Administración autora del acto. Puesto que el juez tiene que trabajar a destajo, en la acertada expresión de Gabriel Doménech, el incentivo para desestimar el recurso o la medida cautelar aceptando los razonamientos de la Administración es muy elevado. Como demostró

---

<sup>7</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Los retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa”, Ponencia al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Disponible en: [www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos](http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos) (25 de marzo de 2019).

precisamente Gabriel Doménech con estadísticas irrefutables, la forma de retribución influye en el sesgo de la decisión judicial<sup>8</sup>.

Por lo demás no será impertinente notar que una decisión de tal calado debería ser adoptada por el legislador mismo y no por el Consejo General del Poder Judicial<sup>9</sup>. En este sentido, el artículo 8 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo<sup>10</sup> es de dudosa constitucionalidad, en la medida en que remite prácticamente en blanco al Consejo la competencia para la adopción de los criterios en que se basa la productividad, en contra de la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 83/84; 292/2000). No hay una causa objetiva y razonable que justifique esta habilitación sin límite de la ley al reglamento. En atención a las importantes repercusiones que la productividad tiene sobre la función jurisdiccional, debería ser el legislador el que estableciera los criterios esenciales que deben medirla y el que, sustancialmente, debería optar por un sistema de medición cualitativa o cuantitativa. Así lo exigen los artículos 117 y 122 CE, que establecen la reserva de ley en esta materia. Todo ello al margen de que criterios como el de estimación del horario medio de las resoluciones judiciales podrían considerarse contrarios a la independencia judicial, en la medida en que *de facto* incentivan el estudio superficial de los asuntos, impidiendo que el juez dedique todo el tiempo que estime suficiente a la resolución del caso.

La previsión en el reglamento de la posibilidad de que el juez excepcionalmente solicite más tiempo para los asuntos de mayor complejidad no es suficiente para justificar el sistema, pues de lo que se trata es de que el juez pueda ejercer independientemente su labor jurisdiccional. La retribución del juez en razón a criterios cuantitativos debiera seriamente reconsiderarse, en tanto afecta a la esencia misma de la función jurisdiccional. Un juez no es un inspector de hacienda<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

<sup>9</sup> Véase la STC 135/2018, de 13 de diciembre, que anula el artículo 367.1 LOPJ, por no precisar las consecuencias derivadas de la carencia de aptitud de los jueces y magistrados suspensos que pretenden reingresar al servicio activo. En el F.J. 7 el Tribunal sostiene que se ha infringido la reserva de ley en los siguientes términos: “De la literalidad del precepto no se pueden obtener los parámetros para alcanzar certeza o cognoscibilidad de los presupuestos que definen, ni de la concreta finalidad que se persigue con la declaración de aptitud necesaria para la reincorporación al servicio activo y en consecuencia para que cese la situación de suspensión de funciones aplicada como sanción disciplinaria. La ausencia de regulación normativa, que afecta directamente al estatuto judicial, no permite efectuar una valoración anticipada por quienes deben aplicarla. La orfandad reguladora, en la que el término «aptitud» aparece desasido de cualquier ropaje jurídico que permita delimitarlo, produce una incertidumbre insuperable acerca de los aspectos a tomar en consideración para valorar la misma, pese a que de la declaración de aptitud depende que el magistrado pueda ejercer o no la función jurisdiccional. La norma no permite definir qué debe entenderse por aptitud y en consecuencia cuáles son los parámetros para valorar la idoneidad, suficiencia o capacidad de quien pretenda dicha declaración. No se dan las condiciones de accesibilidad ni de cognoscibilidad del contenido de la declaración a la que se refiere el precepto y de la que depende de facto la proyección temporal o el cese de la sanción de suspensión de funciones iniciada como consecuencia del procedimiento disciplinario. La norma en este punto aparece desprovista de las garantías constitucionalmente exigidas por el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y reserva de ley (arts. 117.2 y 122.1 CE). Es cierto que la norma se tiene por existente y vigente, presupuestos éstos necesarios para satisfacer las exigencias de seguridad jurídica, pero no suficientes, en tanto que de la misma no resulta la posibilidad de entender lo que la norma determina: su sentido”. Cabe plantearse si *mutatis mutandi* no ocurre lo mismo respecto de la Ley 15/2003, pues, aunque se trate de ley ordinaria, no cabe, a nuestro juicio, entregar al CGPJ una competencia en blanco sobre los criterios de las retribuciones variables, dado su importante relieve en la neutralidad de la función jurisdiccional.

<sup>10</sup> Dice el número 1 del texto legal: “El objetivo para cada destino en la carrera judicial se fijará por el Consejo General del Poder Judicial con arreglo a módulos de dedicación u otros criterios técnicos que estime convenientes”.

<sup>11</sup> Ello al margen de que, también, los sistemas de retribución variables de la inspección de hacienda tienen un sesgo muy marcado. Es obvio que, si la retribución variable tuviera en cuenta no solo la cuantía de las actas liquidadas, sino también su ratificación o anulación por los tribunales, la actitud de la Agencia Tributaria sería más garantista. Pero, siendo grave que

## 3 Factores intrínsecos al proceso

### 3.1 Planta y competencia de los órganos jurisdiccionales

Tras examinar los factores que hemos denominado extrínsecos a los propiamente procesales, debemos ocuparnos de estos últimos. Para ello contrastaremos las principales novedades de la Ley 29/1998 con su aplicación práctica.

No es imputable a la Ley 29/1998 la organización de la planta contencioso-administrativa que viene diseñada por la LOPJ con el cuerpo extraño de la Audiencia Nacional y los juzgados centrales, que no responde a lógica alguna más allá de poner en evidencia la singularidad procesal penal de dicha jurisdicción creada, originariamente, para combatir el terrorismo.

Sí que es criticable que la LRJCA siga manteniendo la distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales con fundamento en un criterio orgánico, de modo que simples cambios en la atribución de competencias entre los órganos de una misma Administración determinen automáticamente una modificación en la distribución de asuntos entre los órganos de la jurisdicción, permitiendo que la Administración, por un simple reglamento orgánico, influya en la determinación del juez competente, lo cual es dudosamente compatible con el derecho fundamental del ciudadano al juez ordinario predeterminado por la ley, que no se cumple, a nuestro juicio, cuando por vía reglamentaria se permite *de facto* que la Administración altere o “elija” al órgano jurisdiccional que más le conviene.

En nuestra opinión, sería deseable que la atribución de competencias jurisdiccionales responda al criterio objetivo del ámbito territorial de cada Administración, de modo que, con excepciones tasadas, corresponda al juez la competencia para dirimir los procesos en primera instancia y a los tribunales superiores de justicia las apelaciones, garantizándose, por regla general, la doble instancia sin perjuicio del recurso extraordinario de casación. La lista de excepciones, es decir, de asuntos que deben corresponder en primera instancia a los tribunales superiores o al Tribunal Supremo debe quedar reducida a las disposiciones de carácter general y para algunos asuntos especialmente complejos.

### 3.2 Una omisión relevante: la reconvención

Otro asunto que la LRJCA 98 no afronta es el de la posibilidad de reconvención, que ya González Pérez propuso tempranamente.

No se trata de generalizar la reconvención, pues ningún sentido tiene este planteamiento cuando lo que se demanda es pura y simplemente la anulación de un acto

---

las retribuciones puedan influir en la objetividad de los funcionarios, no es comparable institucionalmente con la exigencia de neutralidad de la función jurisdiccional.

administrativo o el reconocimiento de un derecho en relación entre la Administración y el particular<sup>12</sup>.

Existen casos, sin embargo, donde la reconvencción podría facilitar la gestión del proceso, como todos aquellos que se basan en procedimientos administrativos de concurrencia competitiva (selección de contratistas, concursos de funcionarios, etc.).

En la práctica, ocurre que el codemandado a quién beneficia el acto no puede a su vez exigir una modificación del resultado del concurso a su favor por el simple hecho de que dicho resultado le beneficia. Así, el número uno en un concurso no impugna lógicamente el resultado del concurso, pero, cuando lo hace quien ha obtenido un número superior o simplemente ha suspendido, aquel puede tener interés también en los aspectos que le perjudiquen. Dígase lo mismo en materia contractual. El plazo preclusivo de dos meses perjudica al beneficiario del acto cuando tiene noticia de que existe un recurso que le perjudica. La legislación procesal solo le permite defender el acto, pero no impugnarlo mediante la reconvencción cuando su situación pudiera mejorar como consecuencia de la incorrecta baremación o puntuación del candidato.

Es lógico que quien se beneficia del acto no recurra, pero es igualmente ilógico que no exista la posibilidad de mejorar su posición cuando el acto es impugnado por otro candidato. El interés en la impugnación del beneficiario del acto solo nace cuando su posición jurídica es amenazada por el recurso de otro concursante. En estas circunstancias, es absurdo que la ley no prevea la posibilidad de abrir la impugnación mediante la reconvencción a la vista de la demanda, pues esa imprevisión del legislador sitúa al codemandado en una posición de indefensión e impide que el juez tenga un conocimiento completo de todas las circunstancias del concurso, de modo que puede darse el caso de que el beneficiario de la adjudicación del contrato, por ejemplo, sea relegado como consecuencia de la estimación del recurso del demandante al no poder aquel poner de relieve la minusvaloración de otro aspecto de la oferta que ignoraba en el momento de adjudicación del contrato a su favor. Téngase en cuenta que, en este tipo de procedimiento competitivo, la reconvencción no va dirigida tanto contra la Administración, a la que es indiferente jurídicamente que se imponga uno u otro de los candidatos, como contra el competidor. En estos procesos competitivos no tiene lógica que la Administración pueda recurrir, pero sí la tiene enteramente que lo haga el competidor codemandado.

Otro tipo de asuntos en los que la reconvencción tiene toda lógica en el proceso contencioso son los que se refieren a relaciones bilaterales, tanto las provenientes de los contratos públicos como las de los convenios administrativos e interadministrativos.

En la lógica de la relación bilateral civil es frecuente que la denuncia por una parte del incumplimiento del contrato se responda por la otra parte con una demanda reconvenccional por incumplimiento de la otra parte.

Reducir la oposición de la parte demandante a la *exceptio non adimpleti contractus* supone una minoración de los derechos de defensa, ya sea la parte demandada una Administración o un particular. En la actualidad la inexistencia de reconvencción

<sup>12</sup> Cierto es que en el derecho procesal sancionador de la Unión Europea se admite que la Comisión puede pedir y el juez imponer una sanción más grave que la impuesta por la Administración.

obliga al demandado a iniciar un procedimiento administrativo nuevo si se trata de la Administración contratante, o a instar de la Administración una nueva solicitud si se trata de un particular<sup>13</sup>, cuando lo lógico sería que en el mismo pleito se sustanciara todas las pretensiones relacionadas con la ejecución del contrato o del convenio administrativo, dado que estamos ante una relación jurídica bilateral<sup>14</sup>.

La tradicional prohibición de la reconvención en el contencioso<sup>15</sup> se basaba en la existencia de un proceso exclusivamente dirigido al acto, de donde podía decirse que quien no había impugnado en su momento la resolución administrativa no podía luego reabrir la por la vía de la reconvención. Por otra parte, se ha argüido que el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos y la prohibición de *reformatio in peius* se oponen con carácter general a la reconvención<sup>16</sup>. Pero esta prohibición ha perdido gran parte de su lógica cuando el objeto del contencioso-administrativo remite hoy no solo a la actividad de la Administración, sino a un conjunto muy importante de relaciones jurídico-públicas, muchas de ellas bilaterales, y también a actos administrativos multipolares, en los cuales tiene perfecta lógica que quien consiente el acto que le beneficia pueda optar por la reconvención cuando la demanda del recurrente pone de relieve que también el acto le puede perjudicar en un procedimiento competitivo o cuando se trata de relaciones bilaterales, donde propiamente no existe un acto administrativo.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia 604/2019, de 7 de mayo), que menciona sin citarla otras anteriores de la misma sala y sección, ha tratado de remediar los males que suscita la imposibilidad de reconvención en los concursos de funcionarios mediante una interpretación creativa de la ley procesal, que en síntesis consiste en decir que el derecho a la tutela judicial efectiva permite al codemandado en un procedimiento competitivo alegar en la contestación ante el tribunal y pedir que se revisen los aspectos del acto administrativo que le perjudican, una vez que conoce la demanda del aspirante que impugna el acto. Ya hemos expuesto aquí las razones que justificarían la posibilidad de reconvención, que es lo que viene a reconocer el Tribunal Supremo en esas sentencias. No obstante, creemos que el asunto hubiera merecido una reflexión del pleno de la Sala Tercera, que no puede reducirse al ámbito funcional, pues los mismos problemas se plantean en cualquier procedimiento de concurrencia competitiva, y que debería haber dejado claro un cambio de criterio en la posición procesal del codemandado, que es revolucionaria a la vista de los estrictos términos del artículo 21.1.d) en relación con el artículo 46.1 LRJCA, así como la reiterada jurisprudencia que sostiene que el emplazamiento como codemandado no

<sup>13</sup> En el caso de un convenio entre administraciones con distinto ámbito territorial, la inexistencia de reconvención produce además el efecto añadido de que la Administración demandada en un proceso ante un juez tendrá que plantear una demanda ante otro juez en un ámbito territorial diferente, lo que puede permitir sentencias contradictorias.

<sup>14</sup> Aunque en la legislación contractual pública las pretensiones se articulen como un proceso de impugnación al acto, en realidad se trata de pretensiones relativas a una relación jurídica bilateral (interpretación, efectos, incumplimiento, resolución de un contrato), por lo que tendría toda la lógica que la Administración pudiera reconvener en una futura reforma de la LRJCA.

<sup>15</sup> ALCALÁ-ZAMORA, N., *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, citado por GONZÁLEZ-PÉREZ, J., "La acumulación de pretensiones en el proceso administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953, p. 98, *apud.* nota 19.

<sup>16</sup> *Vid.* HUERGO LORAS, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 56-58.

autoriza a impugnar el acto, sino solo a defenderlo. La posibilidad de que el demandado no solo haga valer las razones que se oponen a la demanda, sino que introduzca a su vez los elementos de impugnación del acto que refuerzan su posición, que el tribunal deduce sin más del derecho a la tutela judicial efectiva, debe ser bienvenida y debería mover al legislador a una reforma en el sentido apuntado.

### 3.3 El objeto del recurso: actuación frente a acto administrativo. Los leves progresos de la ley

La lectura de la exposición de motivos de la Ley 29/1998 puede llegar a la errónea conclusión de que la norma introduce un profundo cambio respecto de la concepción de la LRJA 1956, en la que la acción impugnatoria del acto monopolizaba todo el sistema de acciones de la ley, de suerte que cualquier pretensión, fuera o no auténticamente impugnatoria, o el reconocimiento de un derecho y no propiamente la anulación de un acto administrativo, debía articularse a través de la impugnación de un acto expreso o presunto. Con la limitada excepción de la Ley 62/1978, de protección de derechos fundamentales, que permitía el acceso a la jurisdicción frente a cualquier violación de un derecho fundamental, aun sin mediar acto o recurso administrativo alguno, la Ley de 1956 instrumentaba cualquier pretensión a través de la impugnación de un acto expreso o presunto.

Ciertamente, la LRJCA 1998, en los artículos 29 y 30, innovó al reconocer acciones propiamente ejecutivas sin necesidad de la impugnación de un acto, ya que, frente a los incumplimientos administrativos de obligaciones reconocidas por ley, acto o convenio, no se ejercita acción impugnatoria alguna, sino que, una vez reclamado el cumplimiento a la Administración, el particular puede acudir a la jurisdicción pidiendo el cumplimiento de la obligación, sin que estemos en presencia de acto administrativo alguno. Y de ello resulta la imposibilidad de que la Administración oponga la excepción del acto consentido si el particular no recurre la desestimación del requerimiento. De la misma forma, la vía de hecho, que también la Ley de 1998 introduce formalmente como objeto de una pretensión autónoma (aunque ya la jurisprudencia previa lo había admitido), no reviste los caracteres de una acción impugnatoria típica, sino de una acción de condena consistente en que cesa la actuación manifiestamente ilegal de la Administración.

El ámbito de las acciones de condena de los artículos 29 y 30 es muy limitado. El artículo 29 se refiere, exclusivamente, a derechos concretos reconocidos en favor de una persona determinada, lo que excluye de su ámbito las acciones en que se discute el alcance del derecho que necesariamente tiene que llevarse por la vía de la impugnación del acto expreso o presunto que desestima la reclamación. Y el artículo 30, al referirse a actos firmes que reconozcan obligaciones por la Administración, tiene también un círculo de acción reducido.

La Ley de 1998, sea por descuido o por la inercia de la tradición, no regula, por ejemplo, la acción contra las actuaciones materiales de la Administración no constitutivas de vía de hecho, pese a proclamar lo contrario la exposición de motivos e

regap



ESTUDIOS

insistir en que el objeto de la ley no puede reducirse al acto, sino a toda la actuación administrativa. Del mismo modo, no se ocupa la ley de la forma de actuar frente a los incumplimientos de los convenios entre la Administración y un particular o frente a las acciones derivadas de la eficacia de los convenios entre administraciones públicas, que siguen artificialmente teniendo que resolverse mediante el expediente de provocar un acto administrativo que se impugna, con lo cual las reglas de competencia del tribunal llamado a enjuiciar el asunto no dependen de datos objetivos, como el domicilio del demandado o el lugar de celebración del convenio, sino de quien sea la Administración que aparezca como demandada. Y sobre todo la acción tiene necesariamente que articularse como impugnatoria de la decisión expresa o presunta de la pretensión que ejercita la parte, como si se tratara de un acto administrativo, lo que obviamente no es, ya se trate de una simple actividad material, ya sea un convenio administrativo, cuestiones ambas que tienen creciente interés y no pueden ser consideradas anecdóticas.

También carece de un cauce procesal adecuado el control de otras formas de actuación administrativa. La Administración cada vez más interviene mediante técnicas de orientación o persuasión que inciden o pueden incidir en los derechos de los particulares. Las advertencias, comunicaciones, etc., no son actos administrativos y, sin embargo, carecen de un cauce procesal específico, más allá de la generación artificial de un acto impugnabile.

Dígase lo mismo del silencio. La Ley 29/1998 mantiene el mecanismo del silencio administrativo negativo y su fijación del acto presunto desestimatorio, en un claro ejemplo de conversión de una acción de condena a que la Administración dicte un acto en una acción de anulación de un acto ficticio desestimatorio.

La ley, en fin, tampoco llega a atisbar la necesidad de articulación de un cauce procesal para el conocimiento de los actos administrativos privados con efectos jurídico-públicos, caso de las autoliquidaciones tributarias, que ahora han adquirido una notable importancia con el auge de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, actos que no pueden ser impugnados directamente por los titulares de otros derechos a los que aquellos afectan, ya que necesariamente hay que lograr un acto administrativo expreso o presunto para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tales insuficiencias se hubieran remediado o mitigado si la ley, en efecto, hubiera previsto un cauce procesal para las relaciones jurídico-públicas que no se sustancian en un acto administrativo, bien por revestir otras formas de manifestación distintas al acto unilateral, bien por tratarse de acto de un particular con efectos jurídico-públicos.

Estas insuficiencias se reflejan muy bien en el contraste entre el artículo 45.1 y el artículo 1 de la LRJCA. El artículo 45.1 LRJCA sigue anclado claramente en una tradición impugnatoria, por un lado, sin que se corresponda su contenido con el artículo 1 LRJCA. En efecto, el artículo 45.1 dice:

“El recurso contencioso-administrativo se iniciará por un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad, o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne...”.

Mientras que, por su parte, el artículo 1 tiene un contenido más amplio, al establecer que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con la “actuación” de las administraciones públicas sujetas al derecho administrativo.

Curiosamente, tampoco hay correspondencia entre los artículos 45.1, que tiene la importante misión de fijar los límites del objeto del recurso, o el artículo 46, que fija el *dies a quo* del cómputo del plazo, y el artículo 44, que fija el objeto del requerimiento previo facultativo en los pleitos entre administraciones públicas. Más correctamente, este último precepto dice que, antes de que una Administración pública interponga recurso contencioso-administrativo contra otra Administración, podrá requerirle previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que está obligada”. En este precepto se distingue mucho más precisamente lo que son acciones impugnatorias de lo que son acciones de condena, incluso se habla de actuaciones materiales (aunque no de vía de hecho). Sin embargo, a la hora de plantear el recurso, el artículo 45.1 obliga a la Administración recurrente a amoldar la acción al recipiente de la acción impugnatoria, lo que no tiene demasiado sentido.

Todas estas insuficiencias aconsejarían una reforma profunda del objeto del proceso contencioso-administrativo.

### 3.4 Excurso sobre la vía de hecho

Cabe plantearse también el acierto de incorporar la vía de hecho como objeto del recurso contencioso-administrativo y la idoneidad de establecer para este caso un régimen especial.

No es preciso aquí extendernos sobre el origen de la vía de hecho, pero sí que es conveniente recordar que tal concepto va anudado a las peculiaridades de la justicia administrativa en Francia y su distinción de la jurisdicción ordinaria en el seno de la peculiar visión francesa de la división de poderes.

La vía de hecho (*manquement de droit, manquement de procédure*, en los términos de HAURIU) es un expediente para permitir que el ciudadano acuda al juez ordinario cuando la Administración, al actuar completamente al margen del derecho, ya no actúa como tal Administración, revestida de sus privilegios, sino como simple particular, y por eso puede ser juzgada por el juez civil.

En España la recepción de la vía de hecho se hizo de manera acrítica, como un intento de reforzar las garantías del justiciable, pese a que desde la Ley de 1886 la justicia administrativa es justicia ordinaria. De hecho, en el plano legal el reconocimiento se produce en la LEF 1954 (artículo 125) como excepción a la regla tradicional que no admite “interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos en

materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido”, en los términos del artículo 103 LPA 1958.

La introducción en la Ley de la jurisdicción de la vía de hecho tuvo en cuenta, sin duda, la crítica que hizo López Menudo<sup>17</sup> a los vaivenes de la jurisprudencia menor civil. Pero más allá de este dato, que la exposición de motivos no recoge, la explicación que la ley ofrece no es muy esclarecedora:

“Otra novedad destacable es el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho. Mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares. Por razón de la materia, la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de estos recursos se explica sobradamente”.

La LOPJ también recoge en el artículo 9.4 que el orden contencioso-administrativo conocerá de “las actuaciones materiales (de la Administración) que constituyan vía de hecho”.

La ambigüedad de los textos legales ha llevado a discutir si sigue vigente el artículo 125 LEF y aunque la doctrina mayoritariamente parece seguir opinando sobre la compatibilidad de ambas opciones, la jurisprudencia civil mayoritariamente se inclina a considerar que es una competencia exclusiva de lo contencioso-administrativo<sup>18</sup>.

Sea como fuere, lo que cabe considerar es si una ley moderna de lo contencioso-administrativo debería plantearse la desaparición de la vía de hecho. Si toda la actividad material y formal de la Administración está sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa, no se ve la necesidad de mantener la vía de hecho como objeto de impugnación específica. Una de dos, o la vía de hecho es necesaria como mecanismo reforzado de protección ante el juez civil, o la vía de hecho es un supuesto de nulidad, que, como cualquier tipo de ilegalidad, desde la más grosera a la más leve, debe ser objeto de enjuiciamiento jurisdiccional contencioso-administrativo.

Si el juez de lo contencioso-administrativo es un juez ordinario y si la CE reconoce a los particulares el derecho a la tutela judicial efectiva, si la jurisdicción contencioso-administrativa verdaderamente ha superado las limitaciones que existían en el año 1956, no tiene sentido alguno que exista un régimen peculiar de la vía de hecho, pues este solo tiene justificación si existe una dualidad jurisdiccional.

El quid de la cuestión es sencillamente la medida cautelar, como la propia exposición de motivos reconoce. Se sobreentiende que una actuación groseramente ilegal de la Administración es apreciable *ictu oculi* y debe dar lugar a la adopción de una medida cautelar. De ahí que el artículo 136, en estos casos, disponga que la medida cautelar se adoptará salvo que patentemente no concurren las circunstancias que definen a la vía de hecho o exista una perturbación grave de los intereses generales o

<sup>17</sup> LÓPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.

<sup>18</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., “Vía de hecho”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2005, pp. 2651 y ss.

de terceros. De ahí<sup>19</sup>, también, que en Francia la ampliación de las medidas cautelares a disposición del juez administrativo y el reconocimiento del Consejo de Estado de que la vía de hecho puede ser objeto de un recurso por exceso de poder haya venido a reducir drásticamente la competencia del juez civil.

La supervivencia de la vía de hecho solo tiene justificación si se parte de la base de que la justicia administrativa es ineficaz para remediar este tipo de actuaciones. Pero una justicia administrativa ordinaria a la altura del siglo XXI no requiere, no debería requerir, un tratamiento especial, más allá del que debe o debería dispensar a cualquier ilegalidad manifiesta.

### 3.5 El procedimiento abreviado

Introducido en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de 1998 y tomado a préstamo del derecho procesal laboral, el procedimiento abreviado, pensado inicialmente para cosas sencillas, ha venido a convertirse en un procedimiento cada vez más utilizado al haber aumentado la cuantía (hasta 30.000 euros) y haberse ampliado las competencias de los jueces de lo contencioso por las sucesivas reformas de las leyes procesales.

La experiencia práctica demuestra que hay dos aspectos necesitados de mejora. En primer término, la oportunidad de que la Administración conteste por escrito a la demanda antes de la vista, lo que se explica fácilmente por dos razones. Facilitaría el trabajo del juez, ya que la vista permitiría concentrarse tanto en las excepciones procesales que impiden la continuación del juicio como en las pruebas, habida cuenta de que tanto el juez como las partes acudirán a la vista conociendo los argumentos de debate. En la actualidad, cualquier excepción procesal tiene que resolverse en la vista, con el inconveniente de que ni la parte actora ni el juez han tenido conocimiento previo. Así, se garantiza la igualdad de armas de las partes, ya que la actora solo conoce la excepción en la propia vista con las dificultades que eso comporta para el derecho de defensa, máxime en un ordenamiento jurídico tan complejo como el administrativo.

En segundo lugar, examinada la demanda y la contestación, las partes tendrían oportunidad de pedir prueba antes de la vista, que podría practicarse en la misma. Actualmente el demandante que escucha por vez primera en la vista la contestación a la demanda difícilmente puede analizar con un mínimo de sosiego si complementa la proposición de prueba para combatir los hechos aducidos por la Administración.

Otra alternativa que pudiera manejarse es pura y simplemente trasladar al contencioso-administrativo el procedimiento ordinario civil (demanda, contestación, vista preliminar y vista definitiva), aunque tal vez no fuera necesario en la mayoría de los casos trasladar el sistema de doble vista civil y bastaría, como se ha dicho antes, con introducir las modificaciones que se proponen en la fase previa a la vista.

<sup>19</sup> BURLADA ECHEVESTE, J.L., *La vía de hecho en el Derecho Administrativo francés*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 171-213.

### 3.6 Medidas cautelares. Algunas propuestas de mejora

La Ley 29/1998 mejoró muchos aspectos de las medidas cautelares, haciendo suyos los criterios más avanzados de la jurisprudencia. Así, la posibilidad de adoptar medidas cautelares *inaudita parte*, la concepción misma de la medida cautelar no reducida como en la LRJCA de 1956 a la suspensión del acto administrativo, la conversión de la regla general favorable a la no adopción de la medida cautelar, salvo el *periculum in mora* del demandante, en los casos del artículo 29 (proceso ejecutivo para el efectivo reconocimiento de derechos en favor de una persona determinada ya previsto en una ley, contrato o acto administrativo, proceso de ejecución forzosa de actos firmes), en la que la regla general es la adopción de la medida cautelar.

Estas indudables virtudes de la Ley 29/1998 no alcanzan, sin embargo, al conjunto de la regulación de las medidas cautelares, que podría mejorarse sustancialmente a nuestro juicio en dos aspectos, procesal y sustantivo.

Procesalmente, sería muy conveniente la exigencia de vista previa, en la que el juez pudiera resolver sus dudas sobre los posibles efectos perjudiciales de la adopción o no de la medida cautelar. Comoquiera que el juez no cuenta con el expediente administrativo a la hora de adoptar la medida, la vista le instruiría mucho más adecuadamente sobre la oportunidad o no de la medida.

Sustantivamente debería modificarse el artículo 130.1 LRJCA para acoger en el caso de actos administrativos restrictivos de derechos, en los que no existen otros interesados con derechos contrapuestos, la regla general de suspensión, salvo que el interés público demande en el caso concreto el mantenimiento de la eficacia del acto. Las razones constitucionales, que sostienen este paradigma, la necesidad de distinguir entre estos actos citados y los multipolares las hemos explicado en un reciente trabajo al que es forzoso remitir al lector<sup>20</sup>.

### 3.7 Ejecución de sentencias contra la Administración: resumen de una frustración

Nadie puede negar a la vigente LRJCA su dedicación al logro de una pronta ejecución de las sentencias contra la Administración. La panoplia de medios puesta a disposición del juez para obligar a la Administración a cumplir con lo ordenado por la sentencia no es menor y es comparable cuando no supera las existentes en el derecho comparado.

Ese empeño loable del legislador trae causa de una realidad innegable: la resistencia al pronto cumplimiento de las sentencias por parte de la Administración<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>, "Medidas cautelares y ejecución de Sentencias: Balance de la Ley 29/1998", Ponce Solé, J., y Cudero Blas, J. (coords.), *Balance y perspectivas de la LJCA en su XX aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

<sup>21</sup> Entre las últimas aportaciones, *cf.* PÉREZ ALONSO, J., "La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelo de "inejecución" de Sentencias", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 40, 2015. La raíz sociológica de los problemas de ejecución de sentencias de condena contra la Administración se refleja muy bien en el contraste de la legislación española con la alemana. Pese a ser esta última mucho menos exhaustiva que la española, ya que solo permite la multa coercitiva contra la Administración, no contra el titular del órgano, los casos de incumplimiento se cuentan con los dedos de una mano. Los dos ejemplos más recientes que se relatan como excepcionales son el de la ciudad de Wetzlar, que

Lo que debería ser un comportamiento normal del poder público, el cumplimiento fiel del fallo, se convierte, en no pocas ocasiones, en una actitud patológica de obstaculización de la ejecución. La principal culpable de este comportamiento es, sin duda, la Administración pública, que no actúa siempre con la lealtad institucional que es exigible como poder público. La inercia del antiguo privilegio de autoejecución administrativa de las sentencias sigue pesando tanto o más que la Constitución, la LOPJ y la LRJCA, que no dejan resquicio alguno a la duda sobre la exclusiva potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En un segundo plano, también influye negativamente la falta de impulso judicial de la ejecución por parte del juez, excesivamente tolerante en ocasiones con la falta de diligencia administrativa en el cumplimiento de las sentencias. En resumen: no es imputable a la Ley 29/1998 la tardanza en la ejecución de las sentencias contra la Administración.

Dicho lo anterior, sí que hay algunos extremos de la regulación del procedimiento de ejecución que hemos propuesto revisar<sup>22</sup> y que resumimos ahora:

1.º Tal como observa la LEC, debe sentarse el principio de que las sentencias estrictamente anulatorias o declarativas de derechos no requiere de ejecución.

2.º Si las sentencias de condena requieren un nuevo acto reglado de la Administración, ese acto no es un acto administrativo en sentido estricto, sino un acto de ejecución de la sentencia, que debe ser notificado al tribunal, quien decidirá, a la vista de los argumentos de las partes, si cumple o no con la ejecutoria. Dichos actos no son susceptibles de recurso autónomo.

3.º Por el contrario, si el fallo ordena dictar un nuevo acto, pero la Administración conserva un poder de apreciación sobre su contenido, bien porque sea discrecional bien porque el juez carezca de los elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre el fondo del asunto, la Administración cumplirá el fallo dictando el acto, que será susceptible de recurso autónomo.

4.º No debería hablarse de incidente de imposibilidad legal de ejecución en las sentencias de condena, sino de ejecución por equivalencia cuando resulta físicamente imposible la ejecución en sus propios términos. Las sentencias estrictamente de anulación no pueden nunca ser de imposible ejecución, por la elemental razón de que no se necesita de dicha ejecución para producir los efectos de la anulación.

5.º El artículo 103.4 debiera ser modificado en la línea de reconocer al juez la competencia de adoptar todas las medidas para hacer posible la ejecución dejando sin efecto cualquier acto o disposición que vaya contra la cosa juzgada. La importante STS de 4 de febrero de 2019 (R. casación 3965/2017) ha observado certeramente que el juez de la ejecución puede inaplicar los actos o disposiciones de la Administración contrarios a los pronunciamientos de la sentencia cuando no es competente para poder declarar directamente la nulidad. No obstante, cabe plantearse si el precepto

se resistió a dejar un local municipal para un acto electoral al Partido de extrema derecha NPD pese a la orden judicial, y del plan de limpieza atmosférica del aeropuerto de Múnich, cuya modificación fue ordenada como consecuencia de Sentencia de 9 de octubre de 2012. Ambos ejemplos de oposición pueden verse en KRING, J., "Die Zwangsvollstreckung von Gerichtsurteilen gegenüber der öffentlichen Hand – Zwangshaft für Behördenleiter?", *NVwZ*, n. 1-2, 2019, pp. 23-28.

<sup>22</sup> BAÑO LEÓN, J.M.ª, "La eficacia de las Sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016.

está bien orientado cuando exige, según la jurisprudencia, una desviación de poder (“actos dictados con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia”). A nuestro juicio, se trata simplemente de establecer si el acto es contrario o no a la cosa juzgada sin necesidad de acudir al pie forzado de la desviación de poder<sup>23</sup>.

6.º Debería derogarse la potestad de expropiación de sentencias reconocida actualmente en el artículo 105.3 LRJCA. Una cosa es que el juez pueda ejecutar una sentencia por equivalencia y otra bien distinta que la ley permita que la Administración expropie los derechos derivados de una sentencia y los sustituya por una indemnización, pues en ese caso se quebranta el principio de división de poderes.

El temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad territorial son situaciones de excepción que, en su caso, justificarían medidas excepcionales conforme a la Ley orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción o sitio. Si bien la Constitución no permite suspender la vigencia del artículo 24, sí cabría que, en una situación excepcional, y decretado el estado de sitio, pudiera habilitarse ese recurso excepcional. Pero lo que no tiene sentido alguno en un Estado de derecho es que la ley deje en manos de la Administración esa potestad excepcional de transformación del fallo con carácter ordinario, pues claro es que la sustitución de una sentencia de condena por su equivalente económico, que es lo que significa en definitiva la expropiación, debe corresponder al juez, tal como ocurre en el supuesto del párrafo 2.º del citado artículo 105.3 LRJCA, que atribuye exclusivamente al juez la competencia para apreciar si existe “peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos”.

## Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA, N., *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943.
- BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>, “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español”, López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA/INAP, Madrid, 2016.
- BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>, “La eficacia de las Sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016.
- BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>, “Medidas cautelares y ejecución de Sentencias: Balance de la Ley 29/1998”, Ponce Solé, J., y Cudero Blas, J. (coords.), *Balance y perspectivas de la LJCA en su XX aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).
- BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, Parejo Alfonso, L., y Vida Fernández, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Libro homenaje al Prof. Tomás de la Quadra-Salcedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

<sup>23</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El artículo 130.4. LS no les gusta a los jueces”, Sánchez Blanco, A.; Domínguez-Berrueta de Juan, M., y Rivero Ysern, J.L. (coords.), *El nuevo derecho administrativo. Libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, RATIO Legis, Salamanca, 2012, pp. 139 y ss. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018.

- BURLADA ECHEVESTE, J.L., *La vía de hecho en el Derecho Administrativo francés*, Bosch, Barcelona, 2018.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.<sup>a</sup>, “Reflexiones sobre la justicia administrativa en España”, versión provisional de la ponencia presentada al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Disponible en: [www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos](http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos) (25 de marzo de 2019).
- DÍEZ SASTRE, S. (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia*, CIJA-UAM, Madrid, 2018.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El artículo 130.4. LS no les gusta a los jueces”, Sánchez Blanco, A., Domínguez-Berrueta de Juan, M., y Rivero Ysern, J.L. (coords.), *El nuevo derecho administrativo. Libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2012.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018.
- GONZÁLEZ-PÉREZ, J., “La acumulación de pretensiones en el proceso administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953.
- HUERGO LORAS, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- KRING, J., “Die Zwangsvollstreckung von Gerichtsurteilen gegenüber der öffentlichen Hand – Zwangshaft für Behördenleiter?”, *NVwZ*, n. 1-2, 2019.
- LÓPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Vía de hecho”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Los retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa”, ponencia al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Disponible en: [www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos](http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos) (25 de marzo de 2019).
- PÉREZ ALONSO, J., “La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelo de “inejecución” de Sentencias”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 40, 2015.

