

LA REGLA DE LA INALTERABILIDAD DE LA PRETENSIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Marta García Pérez

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Cuestión litigiosa y motivos: A. Introducción. B. El tratamiento jurisprudencial. 3. Las alteraciones del *petitum*. 4. Las alteraciones de la *causa petendi*. 5. Recapitulación.

1. PLANTEAMIENTO

GUASP definió desde un punto de vista funcional la pretensión como aquella actividad que origina, mantiene y concluye un proceso con su propio nacimiento, mantenimiento y conclusión¹.

Definida mayoritariamente como una petición o reclamación que una parte dirige frente a la otra y ante el juez, solicitando una determinada conducta, la pretensión se compone de tres elementos:

a) Los *sujetos* que delimitan la pretensión, que son la persona que la formula (demandante), la persona frente a quien se formula (demandado) y la persona ante quien se formula (el juez o tribunal)².

b) El *objeto* de la pretensión, u objeto mediato o indirecto del proceso, si se prefiere³, que es el bien jurídico respecto al cual se pide la tutela jurisdiccional (el bien litigioso, la cosa específica que debe darse, hacerse o no hacerse, la situación o relación jurídica que debe reconocerse, mantenerse o crearse, etc.).

c) El elemento *de actividad* o modificativo de la realidad, que atribuye a la pretensión el significado de declaración de voluntad que se identifica en la práctica con una petición fundada⁴.

De esta afirmación la doctrina extrae dos conceptos: el *petitum*, o petición en sentido estricto (que se emita una declaración de voluntad por el Juez o que se realice

¹ Cfr. *La pretensión procesal*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, pág. 88.

² Vid. sobre el elemento subjetivo de la pretensión en el contencioso-administrativo el tratado de GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 1990, 1ª ed., págs. 179 y ss.

³ Distingase del objeto directo o inmediato del proceso, que es la pretensión misma.

⁴ Dice GUASP, J., op. cit., pág. 74, que la pretensión procesal es, en primer término, una declaración petitoria, una declaración en que la voluntad exteriorizada agota su sentido en la solicitud dirigida a algún otro elemento externo para la realización de un cierto contenido; una petición de un sujeto activo ante un Juez frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida.

una conducta física distinta del mero declarar), y la *causa petendi*, o título de pedir (identificador del conflicto sobre el que el Juez debe pronunciarse).

Respecto al primero de los conceptos, el *petitum* permite diferenciar los dos grandes tipos de pretensiones comúnmente admitidas:

- Las pretensiones de cognición o declarativas, que reclaman del Juez una declaración de voluntad. Entre ellas suele hablarse de la trilogía: pretensiones constitutivas (si reclaman la creación, modificación o extinción de una relación jurídica), declarativas (si reclaman la constatación o fijación de una situación jurídica) y de condena (si reclaman la imposición de una situación jurídica).

- Las pretensiones de ejecución o ejecutivas, que reclaman del Juez la realización de una conducta física distinta del mero declarar. Genéricamente puede hablarse de pretensiones de dación (si se pretende que se dé algo) o de transformación (si se pretende que se haga o no haga algo, distinto del dar).

La *causa petendi* o título de pedir se define como el “fundamento de la pretensión”⁵, pero bien entendida la expresión no en el sentido de establecer los motivos o argumentos jurídicos que la apoyan, que no forman parte de la pretensión *stricto sensu*, sino los acaecimientos de la vida en que se apoya la pretensión, los acontecimientos “de hecho” que la individualizan y la diferencian de cualquier otra, a modo de delimitación del trozo o parcela concreta de la realidad al que la pretensión se refiere⁶. En palabras del TS:

⁵ Desde hace unos años, la doctrina francesa viene admitiendo con naturalidad la “teoría de la causa jurídica”. Si no son pocas las dudas sobre su utilidad, la mayoría de los autores y, sobre todo, el Consejo de Estado, se sirven de esta teoría para desarrollar el principio de inmutabilidad de la demanda y el alcance de las alteraciones de la pretensión. En uno de los últimos y más críticos trabajos sobre la causa jurídica, su autor, FRANÇOIS COLLY, determina los tres elementos que permiten definir un *affaire*: el objeto, las partes y la causa jurídica. De los tres, la causa jurídica tiene un significado impreciso pero una funcionalidad clara: ha sido utilizada por los jueces a propósito de demandas nuevas, para oponer la excepción de cosa juzgada y, en fin, en un buen número de supuestos difícilmente encajables en los dos anteriores. Pero es principalmente respecto a la “teoría de las demandas nuevas” en relación con el principio de inmutabilidad de la demanda cuando la teoría de la causa jurídica tiene un papel esencial. Cfr. “Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction”, *RFDA*, núm. 3(5), 1987, pág. 786 y ss.

⁶ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual ...*, cit., pág. 188. Sobre la *causa petendi* la doctrina ha elaborado dos teorías diferentes: a) Los partidarios de la “teoría de la sustanciación” consideran *causa petendi* el conjunto de “hechos jurídicamente relevantes” en el que se funda la petición, hechos históricos y acontecimientos de la vida social. Se excluyen los argumentos (que no son hechos sino construcciones intelectuales), los medios de prueba (que son instrumentos para demostrar los hechos) y los hechos jurídicamente irrelevantes o indiferentes (porque carecen de trascendencia para distinguir o delimitar realidades a las que se vinculan consecuencias jurídicas). Desde este punto de vista, el órgano judicial no altera el objeto del debate si respeta los hechos pero se desvincula de las alegaciones jurídicas de las partes y resuelve el conflicto mediante la subsunción de aquellos hechos en normas jurídicas diferentes (*iura novit curia*). Como tampoco se modificará el objeto si las partes alteran a lo largo del proceso la calificación jurídica de los hechos. Finalmente, no incurrirá en desviación procesal la parte que mantenga los hechos individualizadores de su pretensión en vía administrativa aun cuando se apoye en nuevos motivos de impugnación. b) En la “teoría de la individualización”, el objeto del proceso se conforma por el conjunto de concretas relaciones jurídicas alegadas por las partes. Por tanto, no supondrá alteración del objeto la modificación de los hechos alegados por las partes, ya sea debido a la actuación de éstas durante el proceso, ya sea debido a la actuación del órgano jurisdiccional.

La importancia práctica de optar por una u otra teoría radica en la determinación de qué sea lo relevante para delimitar el objeto del proceso: si los hechos o la relación jurídica invocados por las partes. El TS, aunque titubeante, ha dado pie a mantener la teoría de la sustanciación, al afirmar que: “... lo relevante es que los hechos que individualizan las respectivas pretensiones tampoco son [los mismos], habiendo incurrido la parte hoy recurrida en una desviación procesal al presentar su demanda que debió conducir a que la Sala de instancia declarase la inadmisibilidad del recurso interpuesto...” (STS de 28 de febrero de 1994, az. 1404, sala 3ª, secc. 2ª).

“... la pretensión se integra y delimita no sólo con aquello que se pide, sino también con los *presupuestos de hecho que la determinan* y, consecuentemente, aunque subsista la petición de exclusión [del servicio militar], si no coinciden los hechos que la sirven de soporte, se produce la desviación apreciada por la Sala de primera instancia, pues, insistimos, en vía contencioso-administrativa podrán alegarse cuantos motivos y fundamentos se entiendan procedentes para alcanzar la nulidad de los acuerdos recurridos, pero en modo alguno alterar la pretensión” (STS de 29 de enero de 1991⁷).

“... la jurisprudencia ya ha declarado reiteradamente que está vedada, normativamente, la posibilidad de introducir, en las sucesivas alzadas jurisdiccionales (y en la vía jurisdiccional respecto a la administrativa), nuevos hechos o cambios sustanciales de los ya expuestos, capaces de *individualizar histórica y jurídicamente nuevas pretensiones* o de modular las previamente esgrimidas, ya que lo único admitido, sin ruptura del equilibrio procesal de las partes, es aducir nuevos motivos o razones o meras alegaciones en su sentido propio de simple argumentación de las peticiones, siempre las mismas, deducidas en la demanda y en la contestación” (STS de 29 de abril de 1995⁸).

Esta presentación general del objeto del proceso está plagada, cuando nos referimos al contencioso, de particularidades. Dejando a un lado quizá la primordial y más significativa, que es la que ha llevado a reconocer en el proceso contencioso un haz de pretensiones peculiares respecto de las genéricamente admitidas, nos centraremos en otra muy diversa pero no menos interesante: la aplicación de la regla de la inalterabilidad de la pretensión bajo el prisma, no siempre claro, del carácter revisor de la Jurisdicción.

Supongamos que a lo largo del proceso se produce un cambio de sujetos de la pretensión, o una alteración del bien litigioso, o un cambio en los hechos relevantes que sirvieron de título a la pretensión. En todos estos casos, entra en funcionamiento un principio general del proceso repleto de matices: la inalterabilidad de la pretensión.

Anclado en el tradicional carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, y con sus raíces en la más estricta concepción del proceso como una segunda instancia esencialmente revisora de la decisión administrativa, el principio de inalterabilidad de la pretensión se formuló durante largo tiempo como la exigencia de que los tribunales se ciñesen a las cuestiones resueltas por el acto impugnado y a las pretensiones planteadas por las partes *en la vía administrativa previa*.

La revisión de tal punto de partida ha posibilitado un avance jurisprudencial importante respecto a las afirmaciones anteriores. Ni el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa es tal, ni el principio de inalterabilidad puede tener aquel contenido.

Se expone a continuación una de las principales líneas de atemperación de esas afirmaciones, que la jurisprudencia ha sabido consolidar en los siguientes frentes: la distinción entre “cuestión litigiosa” y “motivos”; la admisión de ciertas pretensiones planteadas por primera vez en vía jurisdiccional; y la toma en consideración de nuevos hechos reflejados en la demanda.

Veremos cómo la regla general de la inalterabilidad de la pretensión aparece modulada o matizada en una línea jurisprudencial aperturista tendente a evitar la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso por desviación procesal. Son

⁷ Vid. az. 441, sala 3ª, secc. 6ª, ponente P.A. Mateos García.

⁸ Vid. az. 3342, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J. Rouanet Moscardó.

sentencias que buscan la solución al caso concreto, empleando unas veces artificios jurídicos, otras veces interpretaciones laxas de la regla de la inalterabilidad, con excelentes resultados para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de economía procesal, ambos inspiradores de la actuación jurisdiccional.

Pero no siempre se evitan las disfunciones y, frente a este grupo de sentencias, la gran mayoría siguen inmersas en una línea jurisprudencial nada realista con las carencias del sistema judicial actual, provocando resultados muchas veces contrarios a los principios antes mencionados.

2. CUESTIÓN LITIGIOSA Y MOTIVOS

A. Introducción

El artículo 54 de la LJCA, reproduciendo el anterior artículo 69 de la Ley de 1956, dispone en su apartado 1º que:

“En los escritos de demanda y contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración”.

La doctrina ha puesto de relieve en diversas ocasiones la falta de rigor conceptual de este precepto, al usar indebidamente la expresión “pretensiones” y otorgar supuestamente el mismo carácter de requisito esencial a la determinación de los hechos y los fundamentos jurídicos. Efectivamente, al referirse en dos ocasiones distintas y con expresiones jurídicamente diversas (“fundamentos de Derecho” y “motivos”) a las razones que sustentan la pretensión, parecería deducirse que unos, los fundamentos de Derecho, integran el contenido esencial de la pretensión, en tanto que los otros, los motivos, constituyen las alegaciones jurídicas que sostienen la pretensión pero sin integrarse en ella.

Independientemente de cuál sea dogmáticamente hablando la doctrina que justifique el tenor de este precepto, lo cierto es que la jurisprudencia ha obviado los deslizos gramaticales -si pueden llamarse así- de este artículo y ha venido entendiendo que una cosa es la pretensión, de la que forman parte los hechos y la petición *stricto sensu*, y otra cosa es la argumentación jurídica o fundamentación de aquélla. Así cobra sentido el precepto comentado: los motivos o fundamentos jurídicos pueden ser introducidos en el proceso por las partes en cualquier momento apto para realizar alegaciones sobre la cuestión debatida, e incluso pueden ser apreciados de oficio por el órgano judicial (*iura novit curia*) siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa (artículo 32 LJCA⁹); cuánto más evidente es la afirmación contenida en el inciso final del

⁹ Vid. también el artículo 43.2 LJCA de 1956. La jurisprudencia arroja cierto confusiónismo sobre esta última afirmación, como se produce en el supuesto resuelto por STS de 14 de marzo de 1988 (az. 1999, c-a, sala 4ª, ponente: J.I. Jiménez Hernández), en la que se afirma: “Debe tenerse en cuenta que, con arreglo a una ya vieja doctrina, de la que son paradigma dos sentencias de esta Sala, ambas de fecha 14 de junio de 1977 (az. 2902 y 2903), la necesidad de usar del párrafo 2º del artículo 43 de la mencionada Ley queda limitada a los casos en que se produce un cambio en la *pretensión* misma y no cuando, como en el caso acon- tece, manteniéndose la de inadmisibilidad postulada, sólo se cambia su fundamentación jurídica, concretando la segunda de las sentencias citadas que ello es lícito hacerlo sin necesidad de acudir al uso del expresado precepto del párrafo 2º del artículo 43, pues en realidad se entiende y así es, que no existe un cambio real en la pretensión articulada...” (F.J. 2º).

artículo 54.1, al posibilitar la introducción de nuevos motivos respecto a los alegados o planteados en vía administrativa.

Todo lo contrario sucede respecto a la “pretensión”, al menos si limitamos la afirmación al primero de los supuestos que acabo de plantear: deducida la pretensión en el proceso, quedarán fijados los márgenes del debate para las partes, que no podrán alterar lo pretendido so pena de desviación procesal; y asimismo quedará predeterminado el alcance de la futura sentencia, al estar vinculado el órgano juzgador por el deber de congruencia con el objeto del proceso.

Hasta aquí la cuestión no ofrece problemas, ni tampoco reviste especiales particularidades respecto al devenir de cualquier proceso. Los problemas surgen cuando las afirmaciones anteriores -prohibición de desviación procesal y principio de congruencia- no se refieren al transcurso natural del proceso desde que se interpone la demanda hasta que se dicta sentencia, sino a la fase judicial *respecto de* la fase administrativa. Es decir, la vinculación de las partes a la “pretensión administrativa” y -todavía más chocante- la vinculación del juzgador al objeto del recurso administrativo. Algo así puede deducirse del inciso final del artículo 54.1 -“podrán alegarse cuantos motivos procedan, *hayan sido o no planteados ante la Administración*”- al establecer como posible la invocación de fundamentación jurídica diversa a la planteada en vía administrativa y como imposible -deducción lógica del precepto- la invocación de “pretensiones” diferentes a las planteadas en vía administrativa.

El razonamiento anterior parecería repleto de significado en el marco de la LJCA de 1956, que pretendió -como ya se vió- configurar la Jurisdicción como un auténtico juicio o proceso entre partes, eliminando cualquier vestigio anterior que identificase la JCA con una segunda instancia jurisdiccional limitada a juzgar en vista de los mismos elementos de juicio tenidos en cuenta por la Administración antes de su resolución definitiva:

“la JCA es, por tanto, revisora -decía su Exposición de Motivos- en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique -dicho sea a título enunciativo- que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibile *deducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración*”.

En este marco, el texto legal era radicalmente progresivo, mucho más, diríamos, de lo que resultó ser la jurisprudencia que lo interpretó.

Pero el juicio anterior es dispar si se proyecta sobre el texto vigente. En el marco de una nueva regulación que ha pretendido, ni más ni menos, “superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos” (Exposición de Motivos, V), no es conveniente reiterar la exigencia -aunque se haga subliminalmente- de mantener las “pretensiones” deducidas en vía administrativa. Son muchas las razones que me conducen a hacer esta afirmación:

- En primer lugar, una cosa es la petición o pretensión administrativa, entendida como la parte integrante de una solicitud en los procedimientos iniciados a instancia de parte (artículo 70 Ley 30/1992) o en el escrito de interposición del recurso administrativo correspondiente (artículo 110 de la misma Ley) y otra muy distinta la “pretensión procesal” en sentido técnico jurídico.

Doctrina contraria a otra, a mi juicio más respetuosa con el tenor literal del precepto y con el principio de congruencia, vertida por ejemplo en una STS de 21 de junio de 1988 (az. 4642, Sala 5ª, ponente: A. Rodríguez García): “El tribunal “a quo” al plantear a las partes la posible caducidad del procedimiento sancionador actuó dentro de los límites señalados en el artículo 43.2 ... y por tanto no introdujo en el debate una “cuestión” nueva sino un motivo distinto susceptible de fundar el recurso ...” (F.J. 3º).

- En segundo lugar, no debe olvidarse que en la fase administrativa no se exige presencia de letrado, con lo cual la exigencia deviene desproporcionada si se traduce en la obligación de mantener un “petitum” o “solicito” redactado por un lego en Derecho a lo largo de todo un debate jurisdiccional.

- En tercer lugar, las “cuestiones” planteadas por un interesado ante la Administración dependen de forma determinante de lo que ésta le haya dado a conocer, lo cual no deja de tener sus inconvenientes si tenemos en cuenta la tendencia a incumplir la obligación de resolver en que sistemáticamente incurre la Administración o la proliferación de fórmulas resolutivas estereotipadas. De ahí que resultaría abusivo obligar a un ciudadano a delimitar su “pretensión” antes de iniciarse el proceso, sobre todo si, como tantas veces ocurre, los efectos de su inactividad no se dejan sentir si no con el tiempo.

- En cuarto lugar, el recurso administrativo tiene por naturaleza un alcance completamente distinto al recurso jurisdiccional: aquél tiene por objeto “revisar” una actuación administrativa para lograr su anulación o modificación. Pero “en relación” con esa actuación o con lo que resuelva la Administración a propósito del recurso, el interesado puede entablar cualesquiera de las pretensiones previstas en los artículos 30 y siguientes de la LJCA, que van mucho más allá de la simple anulación o revisión deducida ante el órgano administrativo.

- En último lugar, la propia Ley Jurisdiccional pretende erradicar la exigencia inexcusable de la decisión previa al posibilitar la apertura del contencioso a partir de un mero requerimiento o una simple reclamación a la Administración, cuando ésta haya incurrido en vía de hecho o haya incumplido alguna obligación jurídicamente exigible sin necesidad de acto de aplicación. En ambos casos, sería absurdo pensar que la pretensión procesal deba limitarse a solicitar idénticas peticiones, cuando lo más probable es que de su inatención en vía administrativa se hayan derivado ya otras consecuencias para el interesado que indudablemente podrá constatar y resolver ante los tribunales sin necesidad de plantearlas formalmente ante la Administración. La pretensión “en relación con” la vía de hecho o con la inactividad tendrá el alcance que en cada caso desee darle el afectado, sin que esa especie de “interpellatio” pueda limitarla en modo alguno. Lo contrario sería desvirtuar el sistema creado por la nueva Ley y dejar caer en saco roto todas las esperanzas plasmadas a lo largo de su Preámbulo.

En fin, el mantenimiento de la redacción del artículo 69.1 de la derogada Ley de 1956 en el actual 54 LJCA no viene sino a confirmar una temida sospecha: el texto legal no ha roto definitivamente con el llamado carácter revisor de la Jurisdicción, ni mucho menos. La reforma se ha limitado a prever un cuadro más amplio de pretensiones que, en demasiadas ocasiones, no se ha acompañado de un adecuado tratamiento del procedimiento ni de la regulación de la sentencia. Con ello, las perspectivas no pueden ser otras: habrá que seguir echando mano de esa jurisprudencia “aperturista” que ha tenido que hacer verdaderos encajes de bolillos para evitar las disfuncionalidades provocadas en el proceso por un dogma -el carácter revisor- no querido -incluso repudiado- por el propio legislador.

Analícemos, pues, esa jurisprudencia, que tantas veces habrá de servirnos todavía para lograr un adecuado funcionamiento de la justicia administrativa.

B. El tratamiento jurisprudencial

La jurisprudencia admite unánimemente la diferencia entre lo que constituye el objeto del proceso contencioso-administrativo (pretensión) y su fundamentación jurídica-

ca¹⁰. Se habla generalmente de “cuestión litigiosa” para singularizar o individualizar el objeto del proceso y de “motivos” o “argumentos” para hacer referencia a los razonamientos de las partes en defensa de su pretensión¹¹.

Esta distinción resultó ser un instrumento esencial de interpretación de la rígida regla de la inmutabilidad de la pretensión enraizada en una rigurosa concepción del carácter revisor de la JCA según la cual no se podía atacar un acto administrativo sino en virtud de argumentos que ya hubieran sido articulados en vía administrativa. Contraponer “cuestión” y “motivos” permitía alegar cuantos motivos procedieran aunque no se hubieran expuesto en vía administrativa¹², sin caer en la rechazable mutación de la demanda:

“... Se presenta como problemática fundamental de esta apelación la de discernir lo que la terminología consagrada denomina “cuestión nueva” y “argumentos nuevos”, como se señala en una muy reiterada jurisprudencia ... ya que mientras las partes no pueden plantear temas nuevos ante la jurisdicción para no alterar la función esencial revisora de ésta respecto de la actuación administrativa, nada impide que puedan aducirse nuevos fundamentos jurídicos en apoyo de sus pretensiones -sin modificarlas-, puesto que no cabe confundir la cuestión litigiosa que determina objetivamente el ámbito del proceso y no es susceptible de modificación esencial y los motivos o razones jurídicas que se aleguen como soporte de lo pretendido, cuya variación o ampliación puede realizarse en cualquier momento ... dado que los artículos 1 de la Ley de esta Jurisdicción y 9.4 de la LOPJ, establecen que la JCA conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo; por ello se ha declarado y se destaca el carácter revisor de la JCA, de suerte que, *como regla general, la jurisdicción ha de ceñirse a las cuestiones resueltas por el acto previo de la Administración, sin que sea posible variar las pretensiones formuladas en vía administrativa, toda vez que la jurisdicción debe examinar el acto previo, para analizarlo a la luz del ordenamiento jurídico ...*

En esta tarea diferenciadora de “cuestión nueva” y “motivos o fundamentos nuevos”, debe seguirse la doctrina jurisprudencialmente consagrada, en el sentido de que debe partirse como factor diferenciador de lo que constituye la esencia diferenciadora del objeto que se haya planteado ante la Administración, entendiéndose por objeto -ya que el vocablo es susceptible de más de una acepción- la materia o tema planteado, en lo que respecta a su verdadero contenido, que es lo que sirve de base y el que configura la petición y pretensiones correspondientes; siendo este objeto o materia lo que se traduce con el nombre de *cuestión*, mientras que cuando se habla de *argu-*

¹⁰ El TS diferencia ambos elementos por su contenido y finalidad: a) La *cuestión litigiosa* determina objetivamente el ámbito del proceso. Se constituye en factor diferenciador o esencia diferenciadora del objeto controvertido, es decir, de la materia o tema planteado. Se enmarca en el ámbito propio de los hechos. b) El *motivo o argumento* es la justificación de lo pretendido en relación con el tema o materia controvertidos. Se enmarca en el ámbito propio de la dialéctica, la lógica y el derecho. Vid. por todas las SSTs de 15 de enero y 28 de febrero de 1994, az. 1323 y 1404, sala 3ª, secc. 2ª. Está última dice en su FJ. 2º: “La distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación corresponde a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que los justifican, de tal modo que habiéndose ejercitado tanto en el presente proceso como en vía administrativa una acción de anulación hemos de acudir al examen de los *hechos identificadores de dichas pretensiones* en una y otra vía para comprobar si en cada una de ellas no hay desviaciones sustanciales respecto a los mismos”. Más recientemente, en el mismo sentido vid. la STS de 12 de enero de 1996, az. 228, Sala 3ª, sección 2ª, ponente J. Rouanet Moscardó, especialmente FJ. 4º.

¹¹ Vid. por todas, las SSTs de 9 de octubre de 1992, de 21 de enero y 24 de marzo de 1995, azs. 8463, 435 y 2528, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J. Rouanet Moscardó. Y las SSTs de 9 de julio de 1990, az. 6380, sala 3ª, secc. 7ª, ponente J. Moreno Moreno, FJ.1º, y de 18 de diciembre de 1991, az. 9769, sala 3ª, secc. 2ª, ponente E. Pujalte Clariana, FJ.4º.

¹² Vid. la STS de 28 de febrero de 1994, az. 1404, sala 3ª, secc. 2ª y las que allí se citan.

mento o motivo, se está pensando en el razonamiento empleado en justificación de lo pretendido en relación con aquélla; en realidad, los dos componentes referidos pueden enmarcarse: uno en el propio de los hechos, otro en el de la dialéctica, la lógica y el derecho, circunstancia que explica la inalterabilidad que debe existir en el planteamiento y fijación de lo perteneciente al primer campo (supuesto de hecho) y la elasticidad pretendida en el campo de los segundos (fundamentos o razonamientos jurídicos) ...” (STS de 18 de junio de 1993¹³).

La distinción entre cuestión litigiosa y argumentación jurídica ha sido utilizada por el TS para admitir la traida a colación al pleito de elementos fundamentales para la resolución del conflicto no planteados en vía administrativa:

“... para las adecuadas concordancia y congruencia entre las vías administrativa y procesal, lo decisivo son los hechos y la pretensión, no los fundamentos jurídicos de ella (“iura novit curia”) ...” (STS de 22 de junio de 1988, FJ. 5º)¹⁴.

Su fundamento: “favorecer la justicia, considerada en sí misma, y la economía procedimental administrativa y judicial”, en palabras del TS en una sentencia de 4 de febrero de 1992¹⁵:

“... es perfectamente procedente admitir en el marco de la discusión jurisdiccional la aportación de cuantos motivos o argumentos existan, háyanse o no expuesto expresamente en la vía administrativa o en la demanda (pero implícitos en las mismas), para justificar la resolución cuestionada o su impugnación, en cuanto así se favorece tanto la justicia, considerada en sí misma, como la economía procedimental administrativa y judicial, al evitarse, de este modo, potenciales ulteriores pronunciamientos administrativos, con sus subsiguientes revisiones jurisdiccionales (con una repetición, en una cadena muchas veces interminable, de actuaciones), que, huyendo de anacrónicos ritualismos contrarios al espíritu antiformalista que inspira la Ley de la Jurisdicción, pudieron y debieron resolverse ya definitivamente en el proceso inicialmente promovido, en bien de la Administración y del administrado interesado y en cumplimiento del mandato del artículo 11.3 de la LOPJ (*modo, en suma, de hacer real la tutela efectiva que ha de procurar el órgano judicial conforme al artículo 24.1 de la Constitución ...*)” (FJ. 2º).

Sin embargo, la aparente claridad de la distinción “cuestión nueva”-“motivos nuevos” no siempre se traduce en una homogénea aplicación del derecho, con el peligro que ello entraña para el correcto funcionamiento de la justicia, dada la presencia de una causa de inadmisibilidad ligada a la declaración de desviación procesal. Existen múltiples ejemplos que denotan una falta de rigor o uniformidad en la aplicación de esta teoría, incluso ante supuestos de hecho prácticamente idénticos, como es el caso de las sentencias de 19 de abril y 21 de junio de 1988, ambas de la sala 5ª del TS, sobre la imposición de una sanción: la calificación procesal de las alegaciones traídas al juicio es distinta (en un caso motivos nuevos, en otro cuestión nueva) y el resultado final del

¹³ Vid. az. 5842, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J. Moreno Moreno, FFJJ. 2º y 3º. En idéntico sentido, vid. las SSTs de 13 de enero y 24 de marzo de 1995, az. 428 y 2528, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J. Rouanet Moscardó.

¹⁴ Vid. az. 1382 de 1990, Sala del Pleno, ponente A. Bruguera Manté. En sentido idéntico la STS de 25 de abril de 1988, az. 1376 de 1990, Sala del Pleno, ponente A. Agúndez Fernández: “... no existe el aducido defecto legal en el modo de proponer la demanda al haberse acumulado en ella dos *motivos* justificativos de la pretensión de abono indemnizatorio, uno el de ser una expropiación forzosa y el otro de tratarse de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado; pues, según enseñan los artículos 43.1 y 69.1 de la Ley de lo contencioso-administrativo y el artículo 154 de la LEC, bien distintos son los motivos en que el actor fundamenta su pretensión ...” (FJ. 2º).

¹⁵ Vid. az. 1454, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J. Rouanet Moscardó.

proceso, lógicamente, también distinto (en el primer caso se entra a conocer cada uno de los motivos nuevos invocados, mientras que en el segundo se elude un pronunciamiento sobre la cuestión por no haber sido tratada en vía administrativa)¹⁶.

O, por ejemplo, una sentencia de 4 de enero de 1990¹⁷ sobre reclamación de daños y perjuicios por funcionamiento de la Justicia, apoyada en vía administrativa en una privación de libertad por sentencia absolutoria (artículo 294 LOPJ), y en vía contenciosa, además, en el mal funcionamiento de la Administración de Justicia (artículo 292 LOPJ). Curiosamente, el TS evita entrar en la segunda alegación, invocando una concepción del carácter revisor muy lejana a la corriente jurisprudencial consolidada:

“Es ésta una cuestión que no fue planteada ante la Administración, lo que impide, por la naturaleza revisora de esta Jurisdicción, su examen en esta sentencia ...”.

La seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la justicia se resienten ante los titubeos constantes de la jurisprudencia, provocando auténticas disfuncionalidades procesales y haciendo peligrar la integridad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por ejemplo, la STS de 23 de marzo de 1992¹⁸, en la que, en relación con la impugnación de una liquidación tributaria, se había alterado el *petitum* al pedir una declaración de exención tributaria donde antes se había pedido la nulidad de la liquidación girada por haber partido de una extensión errónea del terreno gravado. El Tribunal concluye:

“No procede, en el presente supuesto, hacer pronunciamiento alguno sobre el concreto problema de la exención de la entidad recurrente, por ser una *pretensión que no fue objeto de planteamiento ante la Administración ni de análisis en la consecuente resolución municipal y porque su estudio en esta vía jurisdiccional alteraría su función esencialmente revisora (nuevo examen de lo mismo) de lo actuado administrativamente*; sin que ello implique oponerse a lo preceptuado en los artículos 43.1 y 69.1 de la LJCA, ya que, al determinar, respectivamente, que “esta jurisdicción” y que “en los escritos”, si bien se están autorizando nuevas alegaciones o nuevos motivos, no se permiten (al menos con carácter generalizado) que puedan alterarse, reformarse esencialmente o adicionarse (más allá de lo que son meras modulaciones) las pretensiones formuladas en vía administrativa, trayendo a colación otras nuevas que no se materializaron ni discutieron en la misma, pues si la Ley Jurisdiccional permite la alteración de los fundamentos jurídicos aducidos ante la Administración, de tal suerte que en el escrito de demanda, dejando intacta la cuestión suscitada en la vía administrativa, puede contener razones o fundamentos diversos de los expuestos en el expediente de gestión, *no cabe, sin embargo, que se produzca una discordancia objetiva entre lo pedido en la vía administrativa y lo interesado en la vía jurisdiccional* (como acaece, en este caso, al formularse, con carácter principal, la pretensión o cuestión nueva de la exención)”.

El punto de partida es discutible porque ¿cuál es, verdaderamente, la *pretensión* del recurrente en este caso?. Desde la perspectiva del conflicto de intereses, podría decirse que la controversia tiene por objeto una liquidación mal girada, no ajustada a derecho; que lo sea por uno u otro motivo (exención tributaria no aplicada o estimación indebida de la base imponible) sería indiferente a la hora de pedir auxilio jurisdiccio-

¹⁶ Vid. az. 3379, sala 5ª, ponente J. Ventura Fuentes Lojo, y az. 4642, de la misma sala, ponente A. Rodríguez García, ambas relativas a la impugnación de una sanción.

¹⁷ Vid. az. 325, sala 3ª, secc. 6ª, ponente J. García-Ramos Iturralde.

¹⁸ Vid. az. 2325, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J. Rouanet Moscardó. Vid. también la STS de 12 de marzo de 1992, az. 2049, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J. Moreno Moreno, F.J. 3º.

nal. Existe la liquidación y existe una lesión patrimonial que afecta a un ciudadano derivada de una relación jurídico-administrativa. Esto es lo determinante.

Habría varias razones de peso para que el juicio se desarrollase en torno a la posibilidad de exención tributaria:

1ª) No se produciría indefensión a la Administración porque, al margen de que no debe hablarse en tales términos cuando está abierta la vía judicial, habría tenido la oportunidad de reconducir la cuestión y revisar su actuación administrativa, a propósito de la reclamación administrativa.

2ª) Podría encuadrarse este supuesto en el previsto en el artículo 32.2 de la LJCA, y ser reconducido el debate a sus justos términos, fundando el recurso en el motivo de la exención.

3ª) El principio de economía procesal exigiría que el tribunal, apreciando la existencia de un nuevo motivo susceptible de fundar el recurso, lo admitiese en el proceso, evitándose un nuevo procedimiento a partir del momento en que se produzca la liquidación, sobre todo teniendo en cuenta que en él se verterán los mismos argumentos que pueden constituir el debate procesal en el juicio ya iniciado.

Así visto el problema, se restaría importancia desde la óptica de la tutela judicial efectiva a la redacción del suplico de la demanda, siempre y cuando no se hiciera de manera tan irreconocible que resultase imposible para el tribunal delimitar inicialmente la pretensión.

La interpretación que se propone supone un paso adelante en la dispensación de tutela judicial efectiva, sobre todo si se atiende a dos realidades: por un lado, insisto en la inexigibilidad de asistencia letrada para recurrir en vía administrativa, que convertiría en desproporcionada la exigencia de que la redacción o la literalidad del *petitum* administrativo vinculase o condicionase negativamente al particular ante los tribunales de justicia; por otro lado, se evitaría la paradoja del sistema judicial que castiga la mayor diligencia de quien concreta la pretensión en el escrito de demanda, favoreciendo el desarrollo del proceso y la buena marcha de la justicia, y prima a quien, por falta de rigor o desconocimiento, redacta genéricamente su pretensión dejando que sea el devenir del proceso el que finalmente la determine.

Siguiendo la doctrina ya consolidada del TS de la distinción entre “cuestión litigiosa” y “motivos”, podría argumentarse que la invocación, en el caso comentado, de la exención no es más que el planteamiento de un nuevo motivo o argumento jurídico para apoyar la invariada pretensión de nulidad de la liquidación tributaria. De hecho, así lo había interpretado el tribunal de instancia (Tribunal Superior de Justicia de Andalucía), invocando la doctrina correcta:

“Es procedente entrar a conocer se esta cuestión [la exención tributaria], en cuanto formulada contra unas resoluciones no firmes ni consentidas, y al amparo del artículo 1 de la Ley Jurisdiccional, que atribuye a esta Sala el conocimiento de pretensiones deducidas en relación con actos de las Administraciones Públicas sin que los *motivos de impugnación* tengan que ser necesariamente los mismos que se adujeron en vía administrativa, que constituiría una exigencia no comprendida en los términos empleados en la Ley, en el artículo 69.1 Por otra parte, en el procedimiento judicial ha tenido el demandado amplias posibilidades de responder a estas nuevas alegaciones ... “ (STSJ de 3 de abril de 1990, FJ. 2º).

Una STS de 20 de diciembre de 1993¹⁹ aclara bastante la cuestión. Nuevamente se trata de la impugnación de una liquidación del Impuesto de Plus Valía, en la que se

¹⁹ Vid. az. 9341, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J. Moreno Moreno.

alega por primera vez en vía contencioso-administrativa una supuesta causa de exención tributaria. El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en sentencia de 23 de julio de 1990 (cuyos fundamentos jurídicos acepta plenamente el Supremo en apelación) hace una declaración muy interesante. Comienza diciendo:

“... bien puede decirse que el planteamiento *ex novo* de esta cuestión, no suscitada en la vía administrativa, debería determinar su rechazo preliminar, pues en rigor sobre la misma nunca se pronunció ni pudo pronunciarse la Corporación demandada, a la que en ningún momento se la sometió. Y es obvio que las cuestiones relativas a la no sujeción difieren sensiblemente de las cuestiones relativas a la exención de tributos” (FJ. 4º).

Pero abre una vía a favor del enjuiciamiento del fondo:

“Si, con un *sentido abiertamente expansivo del principio revisor que informa esta jurisdicción, hubiéramos de admitir el planteamiento de dicha nueva cuestión (que no sería tal, sino mero “motivo” añadido de fundamentación)* la desestimación del recurso sería igualmente procedente...” (FJ. 5º).

La desestimación del recurso se debe a motivos de fondo que no interesan. Lo importante es que se avanza una posible línea jurisprudencial “abiertamente expansiva”, en palabras del Tribunal, es decir, doblemente aperturista. ¿Habría empleado ese sentido abiertamente expansivo el tribunal de instancia, y lo habría corroborado el Tribunal Supremo, si el resultado del proceso fuese estimatorio?. ¿O se trata, como en otras ocasiones, de meras invocaciones retóricas realizadas por quien está seguro de que no tendrán trascendencia real en el resultado final de un proceso?. Sea cual sea la respuesta, la vía de solución del conflicto que proponíamos hace unas líneas ha quedado abierta.

3. LAS ALTERACIONES DEL *PETITUM*

La rigidez con que inicialmente se concibe la regla de la inalterabilidad de la pretensión es paliada en gran medida por una serie de sentencias cuyo objetivo se centra en evitar la declaración de desviación procesal y la consiguiente inadmisión del recurso.

Todas ellas parten de considerar la existencia dentro del proceso de pretensiones de diversa categoría, relevancia o condición, y de hacer aplicable el principio de la inalterabilidad sólo y exclusivamente sobre la pretensión principal, autónoma o independiente.

El uso más frecuente de este tipo de argumentos se encuentra en relación con las pretensiones indemnizatorias o resarcitorias. Planteadas unas veces como pretensiones autónomas y otras como accesorias, no cabe aplicar uniformemente la regla de la inalterabilidad.

Literalmente, la *pretensión accesoria* es una de las previstas en el artículo 42 de la LJCA de 1956 y en la actualidad en el párrafo 1º de los artículos 30 y 31 de la LJCA: se pretende, además de la anulación del acto, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma. En este caso, la indemnización se reconoce como una de las medidas para el pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada alterada por el acto, disposición o actuación que se trata de corregir, por lo que sólo prosperará si la pretensión principal prospera. Este es el significado de la accesoriedad: su éxito o fracaso depende del de la pretensión principal:

“ ... si bien el demandante ha pretendido la declaración de no ser conformes a Derecho los actos administrativos combatidos, no se ha accedido a dicha solicitud, lo que impide que pueda declararse a su favor la indemnización que prevé el referido artículo 42 de la Ley de esta Jurisdicción ...” (STS 18 de julio de 1989)²⁰.

Estas pretensiones no entrañan esencial novedad en relación con las suscitadas en vía administrativa, por hallarse íntimamente ligadas al fondo del asunto. Por eso para que puedan formularse por primera vez en vía judicial es preciso que la perturbación de la situación que trata de restablecerse mediante la indemnización se haya producido precisamente *a consecuencia del acto o actuación impugnados* y no de una situación distinta²¹. Si no existe tal relación, estaremos ante una cuestión nueva planteada por primera vez en vía jurisdiccional.

La tónica general es la de esquivar toda interpretación de las normas procesales que pueda suponer un quebrantamiento del principio de interpretación más favorable al derecho fundamental a la tutela judicial. A partir de ahí, son muchas y muy diversas las argumentaciones esgrimidas por los Tribunales para evitar un pronunciamiento de inadmisibilidad por desviación procesal, llegándose a admitir la posibilidad de plantear por primera vez en vía jurisdiccional *cuestiones implícitas o subyacentes* en la petición o en el expediente administrativo²², incluso tratadas por primera vez en los escritos de conclusiones²³. Esfuerzos ímprobos que ponen en evidencia la imperiosa necesidad de eliminar del proceso contencioso una serie de rigideces formales que no cumplen actualmente ninguna función específica.

Ahora bien, distintas de todas las anteriores son las llamadas por la jurisprudencia *pretensiones subsidiarias*. En estos casos, el recurrente pretende la indemnización de daños y perjuicios *por si no prosperase* la pretensión principal anulatoria. No existe, por tanto, relación de accesoriedad sino de subsidiariedad, pues la prosperabilidad de una de las pretensiones impide la de la otra. Se trata de pretensiones autónomas o independientes, pero supeditada la una a la no prosperabilidad de la otra²⁴. Precisamente por su carácter autónomo es imprescindible su planteamiento previo en la vía administrativa. De lo contrario, se opondría la excepción de “cuestión nueva” o desviación procesal y procedería declarar la inadmisibilidad del recurso:

“Realmente, lo que el demandante ha hecho al intentar la indemnización a la que nos venimos refiriendo es plantear en vía judicial una cuestión que no fue formulada ante la Administración. Su pretensión de indemnización no es una pretensión accesoria a la principal de anulación de los actos administrativos en cuestión, sino una *pretensión subsidiaria*, esto es, planteada para el caso de que no prosperase la de anulación de los actos de que se trata. No se está, por ello, ... ante la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 42 de la Ley de esta Jurisdicción, sino ante una

²⁰ Vid. az. 5991, sala 3ª, secc. 1ª, ponente J. García-Ramos Iturrialde.

²¹ Vid. STS de 26 de mayo de 1993, az. 3637, sala 3ª, secc. 2ª, ponente R. Enríquez Sancho, confirmatoria de la sentencia apelada de la Audiencia Territorial de A Coruña de 6 de abril de 1988 en su FJ. 6º.

²² Vid. la STS de 27 de octubre de 1995, az. 7826, sala 3ª, secc. 4ª, ponente R. Fernández Montalvo: “Por tanto, aun sin una formulación expresa de la cuestión en vía administrativa, ésta no debe tener la condición de nueva en vía jurisdiccional con el efecto excluyente de su conocimiento cuando subyace en la petición o en los datos aportados por el expediente administrativo” (FJ. 5º). En idéntico sentido, la sentencia de la misma sala, sección y ponente, de 26 de octubre de 1995, az. 7813.

²³ Vid. la STS de 10 de noviembre de 1994, az. 6934, sala 3ª, secc. 5ª, ponente A. Nabal Recio, FJ. 1º.

²⁴ No cabe entender como pretensiones accesorias las que, pese a su carácter secundario respecto a la cuestión principal debatida en el proceso, son independientes de ella. En tal caso, deberán haber sido planteadas en vía administrativa, so pena de inadmisibilidad parcial por desviación procesal. Vid. por todas las STS de 24 de febrero de 1994, az. 1290, sala 3ª, secc. 4ª, ponente M. Bacna del Alcázar, FJ. 4º.

solicitud de indemnización planteada al margen del referido precepto y con apoyo, en este caso, en el artículo 121 de la LEF y 40 de la LRJAE. Pero esta solicitud de indemnización con base en los referidos preceptos legales, debió de ser planteada previamente ante la Administración. Esta omisión, dada la naturaleza revisora de esta Jurisdicción, impide que la procedencia de la repetida indemnización pueda ser examinada en los presentes autos ..." (STS de 18 de julio de 1989, FJ. 5º)²⁵.

Estas pretensiones no pueden ser invocadas por primera vez en vía jurisdiccional (STS de 20 de septiembre de 1994²⁶). Se trata de una modalidad de las llamadas *pretensiones alternativas* (caracterizadas porque la satisfacción procesal se produce cualquiera que sea la pretensión estimada por el Tribunal), caracterizándose dentro de este genérico grupo porque el recurrente establece un orden de preferencia entre las diversas pretensiones planteadas al Tribunal²⁷.

4. LAS ALTERACIONES DE LA CAUSA PETENDI

Como se señaló en otro lugar, la *causa petendi* o título de pedir se define como el "fundamento de la pretensión", pero bien entendida la expresión no en el sentido de establecer los motivos o argumentos jurídicos que la apoyan (que no forman parte de la pretensión *stricto sensu*) sino como los acontecimientos de la vida en que se apoya la pretensión, los acontecimientos "de hecho" que la individualizan y la diferencian de cualquier otra, a modo de delimitación del trozo o parcela concreta de la realidad al que la pretensión se refiere.

Pues bien, formando parte integrante de la pretensión, también esos "fundamentos" o acontecimientos "de hecho" se ven inmersos en la regla de la inalterabilidad, que se traduce en la prohibición genérica, enmarcada en una interpretación rigorista del carácter revisor de la JCA, de traer al proceso hechos posteriores *al acto recurrido o a la reclamación previa en vía administrativa*²⁸.

²⁵ Vid. az. 5991, sala 3ª, secc. 1ª, ponente J. García-Ramos Iturralde. Y en el mismo sentido las SSTs de 14 de diciembre de 1989, az. 9130, sala 3ª, secc. 6ª, ponente J. García-Ramos Iturralde, FJ. 3º; de 27 de noviembre de 1990, az. 9301, sala 3ª, secc. 6ª, ponente J. Barrio Iglesias, FJ. 2º; y de 23 de enero de 1991, az. 593, sala 3ª, secc. 6ª, ponente M. de Oro-Pulido y López, FJ. 6º.

²⁶ Vid. az. 7037, sala 3ª, secc. 5ª, ponente J. Barrio Iglesias: "... esa pretensión no la deduce la parte como derivada de la anulación del acto impugnado, cual exige el artículo 42, en relación con el 41, de la misma Ley, sino como pretensión autónoma, y es más, como pretensión supeditada a la *confirmación* de dicho acto, pero haciéndolo sin la existencia de otro acto de la Administración denegatorio de lo pretendido e impugnado conjuntamente con el si impugnado, que pueda ser antesala de un enjuiciamiento jurisdiccional, conculcando así el espíritu y la letra de los artículos 1 y 37 de la precitada Ley jurisdiccional e incurriendo en desviación procesal ..." (FJ. 2º).

²⁷ A diferencia de otros casos de pretensiones alternativas, en las que el recurrente plantea *indistintamente* varias pretensiones, excluyentes entre sí (si se estima una de ellas deben obviarse las demás) pero de igual categoría o consideración, es decir, todas ellas autónomas, alternativas y no subordinadas. Por ejemplo, en un recurso de apelación planteado ante la aprobación definitiva de la revisión del PGOU de Tarrasa, el actor pretendía la declaración de nulidad de los actos recurridos o, alternativamente, disponer que la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalitat suspendiese la aprobación definitiva de la revisión del PGOU, para que se sometiese de nuevo a información pública. Estimado el segundo de los pedimentos, el TS entiende que se dejó satisfecho el interés del actor "... al denotar la alternatividad una indiferencia entre sus términos ..." (STS de 9 de octubre de 1989, az. 7343, sala 3ª, secc. 1ª, ponente J. Barrio Iglesias, FJ. 1º).

²⁸ En STS de 6 de julio de 1988 (az. 5873, sala 4ª, ponente A. Martín del Burgo y Marchán, FJ. 2º) el Tribunal impide traer a colación un convenio-marco entre Hidroeléctrica Española y la Confederación de Municipios de la Región de Murcia para resolver un conflicto planteado entre aquélla y el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas (Murcia) "por exigencias de la naturaleza revisora de nuestra Jurisdicción, que la hace inapta para enjuiciar problemas que previamente no hayan pasado por el tamiz de la vía administrativa".

Y también en estos casos es posible hallar pronunciamientos jurisprudenciales de lo más dispares que han tratado de dar salida a convicciones personales de justicia material, utilizando instrumentalmente el tan manido artículo 24 de la Constitución, el principio *pro actione*, el de economía procesal ... Y en el fondo de todos ellos late una resistencia más que justificada a los efectos del carácter revisor sobre la legítima pretensión de obtener una sentencia justa. Veamos algunos ejemplos:

1º) Las denegaciones de solicitudes de apertura de farmacia, contencioso repetido y consolidado en la jurisprudencia, por no concurrir alguno de los requisitos establecidos en el Reglamento regulador (distancia de la farmacia más próxima, existencia de núcleo de población y número de habitantes)²⁹:

El TS suele invocar de forma reiterada la siguiente doctrina:

“... el cumplimiento de los requisitos ha de referirse a la fecha de la solicitud. Por tanto es irrelevante el crecimiento del núcleo y de su población desde aquella fecha para la resolución del presente proceso” (STS de 24 de febrero de 1994³⁰).

La mayor parte de las veces, se justifica este tipo de decisiones invocando gratuitamente el carácter revisor de la JCA. Se dice:

“La función revisora siempre ha de proyectarse sobre la conformidad o disconformidad jurídica del acto revisado en consideración al *ordenamiento jurídico aplicable en la fecha en que aquél se produjo y de las circunstancias entonces concurrentes*” (STS de 14 de abril de 1993³¹).

“Dado el carácter esencialmente revisor de esta jurisdicción, los órganos de la misma han de decidir sobre la adecuación o disconformidad del acto sometido a su consideración respecto del ordenamiento jurídico, *en razón de las circunstancias fácticas preexistentes y coetáneas a la fecha en que aquél se produce*” (STS de 25 de junio de 1993³²).

“La función esencialmente revisora que a esta Jurisdicción corresponde exige que se proyecte en función de las *circunstancias preexistentes y coetáneas al tiempo de producirse el acto o resolución administrativa* que se somete a su consideración, prescindiéndose de proyectos, expectativas o previsiones de futuro irrelevantes por su carácter aleatorio o contingente” (STS de 27 de septiembre de 1993³³).

Lo que el TS está proponiendo con este tipo de afirmaciones es una vuelta (si es que alguna vez se había dejado atrás) a la concepción de la JCA como “proceso al acto”. El enjuiciamiento de la estricta legalidad del acto exige sin duda atender única y exclusivamente al grupo normativo y al entorno fáctico que rodearon la toma de decisión administrativa.

Muchas veces esta argumentación impide la satisfacción procesal de la pretensión, aun cuando en el momento en que se produce el debate jurisdiccional no existan dudas sobre la prosperabilidad de la acción. En tales casos, el conflicto jurídico sobrevive al proceso y la tutela judicial queda en entredicho.

²⁹ Vid. un análisis de esta problemática en los diversos trabajos de MEILAN GIL, J.L., sobre el objeto del proceso contencioso, principalmente en “El objeto del proceso contencioso-administrativo”, en *El proceso contencioso-administrativo*, EGAP, Santiago de Compostela, 1994.

³⁰ Vid. az. 1290, sala 3ª, secc. 4ª, ponente M. Baena del Alcázar.

³¹ Vid. az. 2624, sala 3ª, secc. 4ª, ponente J.M. Reyes Monterreal, FJ. 2º.

³² Vid. az. 4883, sala 3ª, secc. 4ª, ponente J.M. Reyes Monterreal, FJ. 3º.

³³ Vid. az. 6673, sala 3ª, secc. 4ª, ponente J.M. Reyes Monterreal, FJ.2º.

Afortunadamente, la jurisprudencia empieza a vislumbrar una salida a este tipo de conflictos en los que la contraposición de dos intereses individuales ha de ser examinada a la luz de la incidencia en los intereses generales, en el interés público de la salud y, más concretamente, en la prestación del servicio farmacéutico:

“ ... junto a esta consideración finalista basada en el mejor servicio público a prestar ha de tenerse en cuenta otra basada en el *principio de economía* que regula la actuación administrativa, duplicado en este caso por la necesaria aplicación de un *principio de economía procesal*. Pues si como consecuencia de una aplicación rígida de los principios procedimentales se denegase la autorización de apertura de farmacia y se iniciase acto seguido el procedimiento de solicitud de la misma, la peticionaria tendría derecho indudablemente a obtener una nueva autorización que solicitara, sin más consecuencia que el perjuicio de su interés legítimo por el retraso en la apertura y mucho más importante perjuicio para los habitantes del polígono, que se verían privados del adecuado servicio farmacéutico durante el tiempo que se demorase la tramitación del procedimiento.

Por tanto ha de entenderse y así lo entiende la Sala que existe un desequilibrio notable entre el interés del principio formalista de resolver según la situación inicial y el interés público en la prestación del servicio farmacéutico. Este último debe ser tutelado con preferencia al cumplimiento estricto de las normas procedimentales” (STS de 16 de diciembre de 1992³⁴).

La solución podría generalizarse respecto a tantos otros litigios prolongados en el tiempo, incluso sin necesidad de invocar la confrontación “principio formalista-interés público”. Bastaría con anteponer la pretensión al acto administrativo, ventilar con carácter primario si el ejercicio de los derechos e intereses de los ciudadanos ha sido impedido o limitado por la actuación de la Administración. Esto es lo primordial y lo secundario es la revisión del acto; lo primordial es si se acepta o no la pretensión del recurrente, que pide esencialmente la protección o reconocimiento de un interés o de un derecho. Mientras el Tribunal no se enfrente a esa cuestión, el conflicto subsiste y la efectividad de la tutela judicial queda en tela de juicio.

2º) La incorporación al servicio militar: Los supuestos son en la práctica de lo más variados. Por ejemplo, una STS de 29 de junio de 1988³⁵ resolvió sobre la solicitud de prórroga para la incorporación al Servicio Militar de un joven que invocaba las especiales circunstancias socio-económicas de su familia, a la cual él aportaba 67.345 pesetas mensuales necesarias para sufragar las cargas familiares, agravadas por la invalidez del padre de familia. En primera instancia el Tribunal desestima el recurso con una argumentación que no tiene desperdicio:

“ ... pues limitada su función revisora al enjuiciamiento de la legalidad del acto, *objeto del recurso*, es evidente que ésta es ajustada a Derecho en cuanto que rectamente interpreta las normas reguladoras de la Ley 19/1984, de 8 de junio ...” (FJ.1º, aceptado por el TS).

Son obvios los deslices de la resolución. En primer lugar, ni el acto administrativo es en este caso el objeto del recurso contencioso, ni la JCA está limitada al enjuiciamiento de la legalidad del acto. Pero pasando a la cuestión que ahora interesa, el recurrente alegó en vía jurisdiccional las nuevas normas sobre la concesión de prórrogas, contenidas en el RD de 21 de marzo de 1986, aplicables cuando se dictó la sentencia apelada. Ante esta nueva alegación, el TS desestimó el recurso, por haber sido planteado “desconociendo la naturaleza revisora de esta Jurisdicción a la que *compete examinar la*

³⁴ Vid. az. 9857, sala 3ª, ponente M. Baena del Alcázar.

³⁵ Vid. az. 4805, sala 5ª, ponente C. González Mallo.

legalidad de la actuación administrativa, sometida a la normativa que entonces estuviera vigente” (FJ. 1º).

En la práctica, no sólo no se dio solución al conflicto jurídico, sino que supuso la incorporación al servicio militar de una persona cuyas circunstancias eran consideradas por la propia normativa en vigor suficientes para gozar de la contenciosa prórroga o la reiniciación del procedimiento de solicitud de una nueva prórroga, con el consiguiente desgaste para el ciudadano. La concepción objetiva del proceso deja a un lado, una vez más, la tutela de los intereses subjetivos que la jurisdicción está llamada a salvaguardar.

3º) La anulación de sanciones administrativas: Una STS de 11 de julio de 1988³⁶ interpreta el carácter revisor de la JCA en sus justos términos, si bien en una materia -sancionadora- de especiales connotaciones. Se trataba de la aplicación de una sanción de separación del servicio a un funcionario por falta de probidad moral o material, tipo sancionable existente en la regulación vigente en el momento de cometerse los hechos y dictarse las resoluciones sancionadoras impugnables, pero no contemplado en la Ley Orgánica 2/1986, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. El Abogado del Estado sostuvo un argumento ya conocido en la jurisprudencia: al ser esta jurisdicción revisora, debe limitarse a declarar si el acto administrativo impugnado se dictó de acuerdo con la legalidad entonces vigente. No obstante, el TS rechazó esta argumentación y ofreció una vía de solución coherente a este tipo de conflictos temporales:

“... el carácter revisorio de esta jurisdicción no le impide *conocer todas las circunstancias* que se dan en los procesos para decidir lo procedente según ley: la exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional ya dice, en 27 de diciembre de 1956, que conserva una terminología, como la de recurso contencioso-administrativo, que sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la JCA exista un acto administrativo y se sigue un auténtico proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora en razón de un acto administrativo: la JCA es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración; y que esta jurisdicción no es más que una especie de la genérica función jurisdiccional, y la naturaleza de tales procesos no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento; lo que indica que *el carácter revisor no limita la actuación jurisdiccional al examen estricto del acto impugnado según el tiempo en que se dictó y acontecieron los hechos, sino que alcanza a todos los problemas jurídicos que se plantean a consecuencia de las reformas legislativas anteriores a pronunciar sentencia ...*” (FJ. 4º).

Confróntese esta jurisprudencia con la tradicional que afirmaba “la función revisora legalmente atribuida a esta Jurisdicción ... de pronunciarse sobre la conformidad a derecho, *en el tiempo en que fueron dictados*, de los actos administrativos que son recurridos” (STS de 25 de octubre de 1988³⁷). Y sobre todo, analícese en cada uno de los casos el grado de efectividad en la obtención de la tutela jurisdiccional que proclama el artículo 24 de la Constitución.

³⁶ Vid. az. 5574, sala 5ª, ponente A. Falcón García.

³⁷ Vid. az. 8223, sala 4ª, ponente M. Gordillo García, FJ. 1.; en el mismo sentido, la STS de 15 de junio de 1988, az. 4384, sala 4ª, ponente J. García-Ramos Iturrialde, FJ. 5º: “la naturaleza revisora de esta jurisdicción exige que la legalidad de la actuación administrativa se examine a la vista de los presupuestos fácticos y jurídicos *existentes en el momento que la indicada actuación se produjo*”, refiriéndose a un acto administrativo sancionador; y la STS de 24 de septiembre de 1993, az. 6672, sala 3ª, secc. 4ª, ponente J.M. Reyes Monterreal, FJ. 1º: “la función esencialmente revisora que compete a esta Jurisdicción ha de producirse en todo caso en función del ordenamiento jurídico aplicable *al tiempo de originarse el acto o disposición administrativa que por la misma se revisa ...*”.

4º) El reconocimiento de la condición de refugiado político: En contadas pero sugerentes ocasiones, la jurisprudencia tiene en cuenta para decidir el conflicto hechos inmediatamente relacionados con la pretensión aunque en el momento de su planteamiento inicial aún no se hubiesen producido.

Por ejemplo, por sentencia de 24 de junio de 1994³⁸ se resolvió conceder a don R.E.B. la condición de refugiado político. El Abogado del Estado había alegado en la apelación que la sentencia recurrida se fundaba en “hechos nuevos”, concretamente en un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1990 favorable a la condición de refugiado (y contrario a otro anterior de 28 de octubre de 1989, del mismo organismo, en el que se había basado la Administración para resolver en contra de aquella condición), “y que al ser posterior a aquél y referirse a *hechos posteriores al acto administrativo recurrido*, no podía influir en la decisión del proceso, dado el carácter revisor de la JCA”. Frente a este argumento, el TS rechazó que se tratase de hechos nuevos (y por tanto que se trate de cuestiones nuevas inadmisibles) porque dicho informe aludía a los mismos *hechos históricamente relevantes*: la aplicación de la amnistía de mayo de 1989 -cuya posible efectividad para el actor había determinado la denegación de su solicitud de obtener la condición de refugiado- y la persistencia de la situación de peligro y persecución política para los oficiales comprometidos en el golpe de Estado -entre los que figuraba el actor-. Así entendida la cuestión:

“ ... al estar configurado el llamado recurso contencioso-administrativo como un auténtico proceso, en el que según el artículo 69.1 de la LJCA pueden alegarse cuantos motivos procedan aunque no se hubiesen expuesto con anterioridad, no podía haber obstáculo a que la sentencia tuviera en cuenta unos *hechos que en definitiva estaban en inmediata relación con los aducidos por el demandante como fundamento de su pretensión* de nulidad del acto administrativo denegatorio de la condición de refugiado, objeto del proceso, y que no determinaba una nueva o distinta cuestión, diferenciable de las que se habían planteado ante la Administración” (FJ. 3º).

5º) La doctrina *pro actione* del Tribunal Constitucional: La problemática que analizamos llegó a sustanciarse ante el TC, con ocasión de un recurso de amparo presentado por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, al haber recaído resolución judicial sin entrar a conocer el fondo del asunto por haber aducido el demandante hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, concretamente un Convenio hispano-alemán en lugar de otro hispano-francés.

En este supuesto, el TC invoca el principio *favor actionis* para garantizar el contenido del derecho fundamental vulnerado:

“ ... es doctrina reiterada de este Tribunal que los órganos de la jurisdicción han de interpretar y aplicar los presupuestos, los requisitos y las reglas procesales de acceso a la justicia, tanto en vía principal como en la de los recursos, del modo que mejor cumplan su finalidad, que no es otra que la de regular el camino o decisión final o de fondo, positiva o negativa, que es lo que las partes en realidad postulan. De ahí la distinción entre requisitos ineludibles o inexcusables y salvables o subsanables, así como la necesidad de una interpretación de los mismos, que las leyes procesales y la LOPJ autorizan, según la actual y progresiva tendencia de favorecer la subsanación de los defectos susceptibles de reparación. Como se dijo, por otra parte, en la STC 5/1988, el artículo 24.1 de la Constitución impone al Juez el deber de favorecer la defensa de los derechos e intereses cuya tutela ante él se reclame, sin denegar dicha protección mediante la aplicación desproporcionada de las normas procesales que prevén una resolución de inadmisión o de eficacia equiparable, teniendo en cuenta, en el ejerci-

³⁸ Vid. az. 5193, sala 3ª, secc 7ª, ponente E. Cancer Lalanne.

cio de ese *favor actionis*, la entidad del defecto, la posibilidad de cumplir a pesar de todo los fines que la regla incumplida persigue, los datos normativos y los que resulten de la resolución judicial de instancia” (STC 15/1990, de 1 de febrero, FJ. 3).

En definitiva, y recapitulando lo dicho hasta este momento, la concepción tradicional del proceso contencioso-administrativo como un “proceso histórico”, es decir, “referido a la conformidad o disconformidad a Derecho del acto recurrido en la época en que fue dictado” (STS de 3 de diciembre de 1992³⁹), se enmarca en una concepción desacertada de aquél como “proceso al acto” que condiciona los resultados de la función jurisdiccional.

Referir la pretensión al momento en que fue dictado el acto con ocasión del cual se abre el proceso, a los hechos acaecidos hasta ese momento y no más, a la normativa entonces vigentes y a las circunstancias coetáneas al acto desvirtúa la afirmación del proceso contencioso-administrativo como un proceso pleno, uno más entre los de la genérica función jurisdiccional.

Si el acto administrativo juega como mero requisito de procedibilidad, no debe condicionar más allá los términos del debate. Los jueces y tribunales tienen como objetivo dispensar tutela judicial, y, además, de manera efectiva. Es esta efectividad la que queda en entredicho en muchos de los asuntos expuestos en las páginas anteriores. A menos que decididamente se opte por hacer gravitar el proceso en torno a la pretensión, en perjuicio del acto administrativo, admitiendo que los tribunales dispongan e invoquen todos los elementos de juicio necesarios para decidir todas las cuestiones controvertidas.

5. RECAPITULACION

En las páginas precedentes ha quedado en evidencia una realidad difícilmente alterable: la fuerza de la decisión administrativa en el seno del proceso contencioso-administrativo, que impide a veces un discurrir normal del pleito, o condiciona otras veces el contenido o la extensión de la sentencia.

Detrás de todas estas manifestaciones, nos topamos con la arraigada concepción del “proceso al acto”, sólo superada en manifestaciones jurisprudenciales aisladas y puesta en jaque por una novedosa Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que, pese a sus valientes intenciones, no ha logrado más que arrebatar la exclusividad, pero sin abatirlo, al acto administrativo como eje central del proceso.

En la actualidad, el recurso contra el acto comparte protagonismo con otros tan reclamados como ignorados hasta hace poco tiempo por nuestra jurisprudencia: el recurso contra el Reglamento en su íntegro contenido -tanto en su modalidad directa como indirecta-, el recurso contra la inactividad y el recurso contra la vía de hecho.

Las dudas surgen en torno al alcance verdadero de esta reforma. Si no pasa de ser una ampliación de las pretensiones ejercitables o de la actividad administrativa impugnabile, se habrá desperdiciado una ocasión de oro, tal vez irrepetible, de actualizar nuestro sistema de justicia administrativa. Si a lo único que hemos llegado es a reconocer que la Administración se manifiesta no sólo a través de actos administrativos típicos, sino de muchas otras maneras, sólo habremos logrado que el recurso contra el acto derive en un genérico recurso contra la actuación administrativa, y decir eso es decir muy poco.

³⁹ Vid. az. 9705.

Es esencial replantearse el contencioso como cauce de solución a conflictos jurídicos que surgen en relación con un asunto jurídico público. La afirmación debe tomarse en todo su significado, sin perder de vista ninguno de sus elementos.

En primer lugar, la idea misma del conflicto jurídico nos pone sobre la pista de lo que debe ser y lo que no debe ser el proceso. Este se concibe como una vía de solución de controversias, y en eso radica su verdadero sentido. En otras palabras, de nada vale el proceso si no resuelve el conflicto que lo motivó. En tenor constitucional: la efectividad de la tutela judicial debe medirse por la capacidad de jueces y tribunales para resolver conflictos.

En segundo lugar, la existencia de un asunto jurídico público es el elemento determinante del ámbito deseable de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. La especialización predicada de nuestro sistema judicial debe dirigirse a que los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo decidan sobre materias relacionadas con el Derecho administrativo. Este debe ser el elemento de unión entre el asunto a resolver y el órgano jurisdiccional que tiene encomendado su conocimiento. La afirmación no es baladí: el elemento subjetivo -la presencia de la Administración, aun cuando la expresión se acompañe de una amplitud generosísima- deja paso a un criterio o elemento objetivo mucho más perceptible y coherente -la pretensión jurídico pública se erige como verdadero objeto del proceso y será ésta la que determine la jurisdicción, la extensión del pleito, el límite del juzgador, los interesados para litigar, etc.

De lo que se trata, en definitiva, es de recuperar para el contencioso-administrativo una idea ya clásica, a la que se apuntaron -aunque sólo formalmente- tanto la vieja Ley de 1956 como la vigente: la asimilación de la pretensión procesal al *objeto del proceso*⁴⁰, si bien con un sin fin de peculiaridades en todos y cada uno de sus clásicos elementos, en ese intento tantas veces frustrado de hacer del proceso una manifestación más de la genérica función jurisdiccional.

⁴⁰ Como hiciera la LJCA de 1956, la actual LJCA se suma a la postura tradicional que asimila la pretensión procesal al *objeto del proceso*, al disponer aquélla en su artículo 43.1 y ésta en el 32, en el marco del Título III -"Objeto del recurso contencioso-administrativo"- que la JCA juzgará "dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes" que se deduzcan, según el artículo 1.1, "en relación con" los actos/la actuación de la(s) Administración(es) Pública(s) sujetos/a al Derecho administrativo ...".