

LA ARGUMENTACIÓN EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

JOSÉ LUIS MEILÁN GIL

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de A Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

RESUMEN: Las peculiaridades del orden contencioso-administrativo respecto de otros órdenes jurisdiccionales recaen también sobre la argumentación jurídica, reflejada en las sentencias de los juzgados y tribunales contencioso-administrativos. Los principios de congruencia y de motivación, la protección de la confianza legítima, la interdicción de la arbitrariedad y la tutela del servicio al interés general son analizados en las páginas que siguen.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción contencioso-administrativa. Congruencia. Motivación. Confianza legítima. Arbitrariedad. Interés general.

ABSTRACT: The peculiarities of the administrative litigation order in respect of other court systems also affect on the legal arguments, reflected in the judgments of the courts. The principles of consistency and motivation, protection of legitimate expectations, the prohibition of arbitrariness and the protection of general interest are discussed in the following pages.

KEY WORDS: Administrative courts. Congruence. Motivation. Legitimate expectations. Arbitrariness. General interest.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. 1. La teoría de la argumentación. 2. La argumentación jurídica. 3. La singularidad del contencioso-administrativo. II. LÍMITES Y CONTENIDO DE LA ARGUMENTACIÓN. 1. Congruencia. 2. Motivación. III. DE LA BUENA FE A LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA ADMINISTRACIÓN. IV. CONTROL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL: LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD. V. TUTELA DEL SERVICIO AL INTERÉS GENERAL. VI. REFLEXIÓN FINAL: LA VIRTUALIDAD INNOVADORA DE LA JURISPRUDENCIA EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

I. PLANTEAMIENTO

1. La teoría de la argumentación

La teoría de la argumentación tiene una larga historia. Tiene que ver con el arte de disputar en el que se adiestraban retóricos y sofistas –esencialmente dialécticos– en el mundo griego. Los Diálogos de Platón son un modo de reconducir los excesos de los sofistas. Aristóteles acuña el término *Tópica* que da título a una de sus obras. En ella trata de la técnica de la discusión, de la que forma parte la adecuación de las preguntas a formular, para alcanzar una idea que sea comúnmente aceptada y desarrollar desde ella la conclusión correspondiente en relación al interlocutor. Por eso se ha sostenido que la *tópica* en Aristóteles se compone de Retórica y Dialéctica, o, con más precisión, es una teoría de la dialéctica, entendida ésta como retórica¹.

En Cicerón la *tópica* aparece, no como una teoría, sino como una práctica de la argumentación. Tanto en uno como en otro caso se relaciona con el problema. Se trata de obtener, mediante razonamientos, una conclusión que zanje la cuestión, en diálogo con actores que aceptan unas mismas reglas y un ámbito común de razonamiento. Para llegar a la conclusión es menester, desde la singularidad del problema, buscar las adecuadas premisas– los *topoi* o lugares de común aceptación– para descender finalmente por un procedimiento de deducción lógica.

2. La argumentación jurídica

La argumentación jurídica ha cobrado una gran actualidad. Se ha sostenido que, de conformidad con una orientación pragmática, el Derecho es argumentación, tomando como referencia el conflicto. En ese sentido se ha sostenido que el Derecho puede verse, aunque no sea la única perspectiva posible, como una "compleja institución volcada hacia la resolución (o tratamiento) de conflictos por medios argumentativos y en las diversas instancias de la vida jurídica", que "en realidad, no hay práctica jurídica que no consista, de manera muy relevante, en argumentar"².

1 T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p.51.

2 Cfr. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel Barcelona, 2006, pp 59-60.

La argumentación puede ser formal, material o pragmática³, pero todas ellas pueden encontrarse relacionadas en el Derecho. Aunque la pragmática sea la relevante no puede desligarse de la concepción material que se relaciona con la verdad o corrección de la conducta a que se llega con la argumentación que, en buena medida, intenta persuadir o convencer. La argumentación está íntimamente relacionada con la exposición de motivos que justifica la decisión.

En este terreno se mueve la jurisprudencia. Y se comprende la importancia que tuvo en el Derecho romano. Hasta tal punto que se ha llegado a afirmar por un ilustre romanista, con pretensión general, que "Derecho es lo que aprueban los jueces"⁴. En ese sentido cobra todo su significado el "*esto ius*" con que el pretor refrendaba la sentencia del juez, hoy no necesitado ya de un posterior refrendo por quien ejerce el poder. Desde esa perspectiva puede afirmarse que, en buena medida, los operadores del Derecho trabajan para el juez.

La sentencia no es sólo una opinión deducida mediante un silogismo escolástico. Es una decisión y, como tal, de carácter volitivo, pero se funda en el conocimiento. En expresión del mismo romanista, enamorado de la época clásica -republicana- de Roma, "el juez, primero conoce y luego decide". Quizá resulta excesiva la afirmación, expresada con intencionalidad de validez absoluta, pero ilustra acerca de la importancia del juez: "lo más vigente de todo el Derecho es la decisión misma del juez". El juez dice lo que es derecho -*ius dicere*-.

La jurisprudencia es la doctrina de los prudentes al decidir sobre problemas, los asuntos litigiosos. Es algo más que una opinión técnica sobre un problema concreto que aparentemente permite más de una respuesta, como evidencian las pretensiones de los litigantes en un proceso y al que ha de darse una respuesta única, que no se presenta como lo verdadero, sino como lo justo en ese caso, atendida todas las circunstancias, o si se quiere "la verdad sobre lo que es justo o injusto"⁵.

Es algo más que la búsqueda de la adhesión de los actores en el proceso - y menos aún de la opinión pública-, como pretende Perelman, el patrocinador de la nueva retórica y del Tratado de la argumentación⁶. El razonamiento judicial no pretende poner fin a un conflicto de valores, aunque la decisión del conflicto no se limite al reducto de un positivismo, al que pudiera estar más proclive el juez del contencioso-administrativo, constreñido por el dominio del principio de legalidad.

El juez, ciertamente, es más que la *vox legis*. En el ámbito de lo contencioso-administrativo, la ley de 1956 admitió de un modo lapidario en su exposición de motivos que

"la conformidad o no conformidad del acto administrativo se refiere genéricamente al Derecho, al ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las

3 Ibidem, pp. 61 y ss.

4 A. D'ORS, Atlántida, 1970, núm 45.

5 A. D'ORS, "De la Prudencia iuris a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral", *Información jurídica*, 1947, núm. 95.

6 Cfr. P. SERNA (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermeneútica*, Comares, Granada, 2005 pp. 13 y ss.

disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente de las instituciones".

La Constitución, en su artículo 103, eleva el rango de esa afirmación al disponer que la Administración Pública está sometida a la ley y al Derecho, como concreción del sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Eso ha permitido, con toda naturalidad, que la jurisprudencia de este orden jurisdiccional haya declarado reiteradamente la aplicación de los principios generales del Derecho "que al informar sobre todo el ordenamiento jurídico son la atmósfera en que vivimos jurídicamente"⁷, "en que se desarrolla la vida jurídica", "el oxígeno que respiran las normas"⁸. Y por eso ha podido afirmarse por quien fue Presidente del Tribunal Supremo que la jurisprudencia contencioso-administrativa es "claramente una jurisprudencia principal"⁹.

El juez no crea el Derecho, pero en la lógica jurídica que emplea a través de la argumentación existe una cierta creatividad, al menos el descubrimiento de lo que es justo en cada caso. De algún modo no le es ajena la naturaleza atribuida a la tópica como arte de la invención¹⁰, que habría que entender como hallazgo o descubrimiento. El análisis de la evolución de la jurisprudencia así lo confirma y lo testimonian los leading cases existentes en todos los ordenamientos, a veces ligados a los nombres de los jueces que proclamaron sentencias que son puntos de inflexión en la aplicación y entendimiento del Derecho.

La actividad del juez está ligada al caso concreto. Aunque puntual construye una doctrina que, sin embargo, puede matizarse o revisarse. En palabras de la STS de 5 de julio de 2002 (RJ 200/7077):

"nada impide a los Tribunales variar sus criterios o interpretar de forma diferente las normas aplicables, siempre que el cambio de criterio no sea fruto de un mero voluntarismo acrítico, sino consciente, justificado y razonado" (STC 91/1990 de 23 de mayo, 200/1990 de 10 de octubre).

El artículo 1 del título preliminar del Código civil, de aplicación general, relativo a las fuentes –ley, costumbre y principios generales del derecho– dice que "la jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar las citadas fuentes". Jurisprudencia que valdrá en todo caso, como elemento de la argumentación jurídica, en todos los niveles, y cuya infracción, al constituir una doctrina aceptada, será motivo en el que puede fundarse un recurso de casación, (artículo 88,1 d LJCA).

Como contraria a la buena fe¹¹ ha sido considerada la reiteración de procesos instados por la Administración después de numerosas sentencias –catorce– sobre idénticos

7 *Ad exemplum*, STS de 19 de mayo de 1987 (RJ 5815).

8 STS de 8 de octubre de 1990 (RJ 7842).

9 Cfr. J. DELGADO BARRIO, "Reflexiones sobre el artículo 106 CE", *Estudios homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. III, p. 2315.

10 Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, p.56.

11 Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 3ª ed., p. 230.

problemas, demostrativa de resistencia al cumplimiento de las resoluciones judiciales que impone el artículo 118 de la Constitución, que abarca *"el acatamiento efectivo del criterio jurisprudencial –dice una STS de 1 de marzo de 1988- evitando así litigios innecesarios, que están siempre en la patología de la convivencia"*. Esto es más ostensible en el orden jurisdiccional en el cual nos encontramos ahora, por la función de ejemplaridad inherente al Poder, de la que forma parte el principio de buena administración.

No es necesario emplear muchas palabras para subrayar la importancia de la función judicial en un Estado de Derecho, a cuya existencia y realización colabora decisivamente. Años antes de que la Constitución autodefiniera al Estado como social y democrático de Derecho, una Sentencia de 27 de enero de 1965, saliendo al paso de una alegada inadmisión y falta de interés directo¹² acuñó la frase de *"el genio expansivo del Estado de Derecho ... no consiente que ningún agravio que se cause a un particular por la acción administrativa quede sin posibilidad de su reparación, y si tal ocurriera, ya no sería Estado de Derecho completo"*.

3. La singularidad del contencioso-administrativo

Aunque la sustancia del proceso sea la misma en todos los órdenes jurisdiccionales, en el contencioso-administrativo, uno de los actores introduce singularidades. La Administración Pública es un actor cualificado al ser titular de potestades que se justifican en relación con el interés general que debe servir. Los artículos 103 y 106 de la Constitución lo expresan con claridad.

"La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".

"Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como al sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

La jurisprudencia ha hecho uso de estas afirmaciones constitucionales como vía de control de los actos y de la potestad reglamentaria de la Administración siguiendo una plausible tradición:

"Un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende los Principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento" (STS de 29 de enero de 2008, RJ 2008/685)

Administración y particulares se encuentran en una posición desigual, justamente lo contrario de lo que sucede en el Derecho civil, aunque el proceso contencioso-administrativo se desarrolle entre partes con ocasión de una actuación -comportamiento- de la Administración y se haya superado el contencioso como un proceso al acto. La desviación de poder de la Administración, como vicio del acto, supone algo más que el abuso de derecho de un particular.

12 Comentario de L. MARTÍN RETORTILLO, R.A.P., 47 (1965) pp. 183 y ss. Se trataba de la denegación de unas becas y el recurso se interpuso por el Director del Colegio.

No ha sido fácil superar las consecuencias que derivan de los privilegios o prerrogativas de la Administración, empezando por la presunción de legalidad del acto administrativo, fruto de la Revolución francesa y de su construcción al modo de la Sentencia en Alemania al calor de la filosofía idealista¹³. Durante mucho tiempo, en la órbita francesa, "juzgar a la Administración es también administrar" (Laferrière). La judicialización de lo contencioso-administrativo y la preeminencia de los derechos fundamentales han hecho más accesible y más real el control de la Administración.

A título de ejemplo, en materia tan sensible como las sanciones administrativas, una progresista jurisprudencia ha sostenido que no se puede ejecutar el acto sancionador en tanto no sea firme.

Así, STS de 17 de julio de 1982 o de 27 de marzo de 1986 a la que pertenecen afirmaciones como las siguientes: la presunción de legitimidad de los actos de la Administración "justifica razonablemente la potestad de la Administración por sí e inmediatamente sus propios actos", pero "tiene su límite más exigente en otra presunción, la presunción de inocencia configurada también constitucionalmente". La ejecutividad del acto cede ante el derecho fundamental de la persona. Y es que concluirá:

"Las potestades que la Constitución y las leyes encomiendan a la Administración no son privilegios, sino instrumentos normales para el cumplimiento de sus fines y, en definitiva, para la satisfacción de los intereses generales".

De lo delicado que es el ejercicio de la función judicial en lo contencioso-administrativo se ha dicho de un modo gráfico que los Tribunales discurren "entre la peña Sibyla de una tolerancia excesiva de los abusos del Poder a quien ninguna norma sujeta y la Carybdis de un control excesivo de lo que corresponde irrenunciablemente a la Administración"¹⁴. La historia –y la experiencia– muestra, sin embargo, que el fiel de la balanza se inclina más al exceso del poder que al arbitrio judicial.

II. LÍMITES Y CONTENIDO DE LA ARGUMENTACIÓN

1. Congruencia

El principio de congruencia, como es lógico, ha de ser observado en las sentencias de lo contencioso-administrativo. Pero el límite, dentro del que los órganos del citado orden jurisdiccional actúan, está acotado de un modo más estricto que en el civil. El artículo 33 de la LJCA dispone que juzgarán "dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes", pero también "de los motivos que fundamente el recurso y la oposición". Y el 67, que la sentencia "decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso".

13 Cfr. J.L. MEILÁN GIL, "Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Administración" en *Administración Pública en perspectiva*, Universidad de A Coruña, 1996, pp. 389 y ss.

14 Cfr. A. NIETO, "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", *Estudios homenaje*, cit., p. 2253.

El no cumplimiento de esos preceptos dará lugar a los conocidos supuestos de incongruencia omisiva, positiva, mixta o por desviación. Que no siempre se cumplen lo testimonian frecuentes sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación¹⁵.

No ofrece dudas la existencia de una incongruencia omisiva -las más frecuentes- cuando falta resolución sobre una de las pretensiones de las partes¹⁶, aunque admitido el recurso de casación por esa falta no es obstáculo para que el Tribunal Supremo desestime el recurso contencioso originario, entrando en el fondo del asunto, sin limitarse a anular la Sentencia del Tribunal "a quo"¹⁷. La alteración sustancial de los términos del debate procesal, al enjuiciar un hecho referido de pasada por el recurrente y no integrado en la pretensión, además de incongruencia produce indefensión y así lo reconoce el Tribunal Supremo¹⁸.

La evolución en esta materia se refleja en la STS de 14 de diciembre de 2007 (RJ 492):

"Debe precisarse que en un primer momento la jurisprudencia identificaba "cuestiones" con "pretensiones" y "oposiciones", y aquellas y estas con el "petitum" de la demanda y de la contestación, lo que llevó en más de una ocasión a afirmar que cuando la sentencia desestima el recurso resuelve todas las cuestiones planteadas en la demanda. Pero es cierto, sin embargo, que esta doctrina fue matizada e, incluso superada, por otra línea jurisprudencial más reciente de esta misma Sala que viene proclamando la necesidad de examinar la incongruencia a la luz de los arts. 24.1 y 120.3 de la CE (RCL 1978, 2836); de aquí que para definirla no baste comparar el "suplico" de la demanda y de la contestación con el "fallo" de la sentencia, sino que ha atenderse también a la "causa petendi de aquellas" y a la motivación de ésta (Sentencias de 25 de marzo de 1992, [RJ 1992, 1586], 18 de julio del mismo año [RJ 1993, 6459] y 27 de marzo de 1993 [RJ 1993, 2442], entre otras). Así, la incongruencia omisiva se produce esencialmente cuando no existe correlación entre las pretensiones de las partes y el fallo de la sentencia, pero ello incluye también los supuestos en que en la fundamentación de ésta se produce una preterición de la "causa petendi", es decir, de las alegaciones o motivos que sirven de fundamento a los escritos de demanda y contestación (Cfr. SSTS de 13 de octubre de 1998 [RJ 1998, 8410] y 12 de mayo de 2001 [RJ 2001, 3707]).

En ese sentido, desde la STS de 5 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 8673), esta Sala viene señalando determinados criterios para apreciar la congruencia o incongruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda Contencioso-Administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica".

15 La STS de 3 de junio de 2003 (RJ 5421) cita la jurisprudencia constitucional.

16 STS de 1 de diciembre de 2003 (RJ 2004/304).

17 STS de 17 de julio de 2007 (EDJ 2007/100859).

18 STS de 14 de junio de 1999 (RJ 5538).

Como dice la STS de 22 de marzo de 2005 (RJ 2660), en la que se observa incongruencia por desviación y por defecto:

"La Sentencia debe tener una coherencia interna, ha de observar la necesaria correlación entre la ratio decidendi y lo resuelto en el fallo o parte dispositiva; y, asimismo, ha de reflejar una adecuada conexión entre los hechos admitidos o definidos y los argumentos jurídicos utilizados. Se habla así de un supuesto de incongruencia o de incoherencia interna de la sentencia cuando los fundamentos de su decisión y su fallo resultan contradictorios. Y es que los fundamentos jurídicos y fácticos forman un todo con la parte dispositiva esclareciendo y justificando los pronunciamientos del fallo, y pueden servir para apreciar la incongruencia interna de que se trata cuando son tan contrarios al fallo que éste resulta inexplicable. No obstante, la jurisprudencia de esta Sala ha realizado dos importantes precisiones: la falta de lógica de la sentencia no puede asentarse en la consideración de un razonamiento aislado, sino que es preciso tener en cuenta los razonamientos completos de la sentencia; y, tampoco basta para apreciar el defecto de que se trata, cualquier tipo de contradicción sino que es preciso una notoria incompatibilidad entre los argumentos básicos de la sentencia y su parte dispositiva, sin que las argumentaciones obiter dicta, razonamientos supletorios o a mayor abundamiento puedan determinar la incongruencia interna de que se trata".

La cuestión litigiosa que determina objetivamente el ámbito del proceso se distingue, obviamente, de los motivos o razones jurídicas alegadas. Como dice la STS de 12 de enero de 1996 (RJ 228) el primero se enmarca "*en el ámbito propio de los hechos, y el 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 (supuestos de hecho), sobre todo y especialmente en los escritos de conclusiones, y la elasticidad y ductilidad permitida en el campo de lo segundo (fundamentos o razones jurídicas)*".

El Tribunal puede, no obstante, fundar la sentencia en motivos distintos sometiéndolos a las partes para que aleguen (artículo 33,2).

Por todo ello se ha dicho que

"El principio de congruencia es en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo más riguroso que en el orden civil, pues, mientras que en éste la congruencia de la sentencia viene referida a la demanda y a las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito (art. 359 LEC), pero no a los motivos que sirven de fundamento a la pretensión o a la oposición del demandado, las Salas de lo Contencioso-Administrativo están obligadas a juzgar dentro del límite de las pretensiones trazadas por las partes y de las alegaciones formuladas para fundamentar el recurso y la oposición"¹⁹.

2. Motivación

En la motivación exigida a las resoluciones judiciales se pone a prueba la argumentación utilizada para justificarlas. Está relacionada con la congruencia. De un modo certero lo expresa la STS de 27 de marzo de 1993 (RJ 2442), con cita de otras:

¹⁹ STS de 28 de Enero de 1997 (RJ 98).

"el contenido puramente desestimatorio del fallo no es un manto protector que garantice frente a la incongruencia pues, aun existiendo la respuesta judicial, puede faltar su motivación ...".

También la STS de 10 de marzo de 2003 (RJ 3019):

"el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abonadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas".

La motivación de las Sentencias es una obligación constitucional (artículo 120.3 CE) que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, pero también corresponde a una adecuada argumentación jurídica de relevancia procesal, incuestionable en el diálogo que se establece entre actores y juez en el proceso.

Es cierto que como señala la STC 301/2000, de 13 de noviembre:

"el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla.

Pero no es menos cierto que el principio es claro. En palabras del TC en su STC 6/2002, de 14 de enero:

"la obligación de motivar las Sentencias no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el art. 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Es por lo tanto -y sobre todo- una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad".

Que no siempre se cumple con la obligación de describir el proceso intelectual que conduce a la decisión judicial (STC de 12 de febrero de 2001) lo testimonia la jurisprudencia:

"la Sentencia no contiene el más mínimo razonamiento sobre ni un solo de los fundamentos jurídicos expuestos en la demanda para sostener la pretensión de nulidad de la resolución".

En el mismo sentido, STS de 24 de enero de 2011:

"No explica la Sala de instancia en qué datos o medios de prueba se basa la conclusión de que la parcela cuenta con los servicios que son propios del suelo urbano, ni explica las características de tales servicios ni el grado de suficiencia de los mismos para la edificación a la que han de servir. Tampoco se ofrece en la sentencia dato alguno que sirva de sustento a la conclusión de que la parcela está inmersa en la malla urbana".

O la STS de 12 de abril de 2010:

"se limitan tales informes, lo mismo que la resolución administrativa y que la propia sentencia, a afirmar de manera apodíctica la afectación paisajística y medioambiental de la actividad pretendida, sin dar justificación alguna de esa afirmación".

La aplicación razonada del ordenamiento jurídico implica necesariamente invocar al menos los preceptos de las normas en que se funda el fallo. Parece una afirmación elemental e incluso superflua. Y, sin embargo, con mayor frecuencia de lo deseable la experiencia revela sentencias en las que no se cita precepto alguno, ni se invocan principios generales de Derecho, ni jurisprudencia adecuada al caso.

En alguna ocasión la jurisprudencia, como una muestra de la incorporación del Derecho comunitario, ha invocado la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la que la motivación se enlaza con el derecho a una buena administración (STS 19 de junio de 2007 con cita de otras) o la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos humanos (STS de 5 de abril de 2011).

La argumentación conlleva de un modo natural la hermenéutica. La guía jurisprudencial del principio "pro actione" ha sido reforzada con la interpretación que del derecho a la tutela judicial efectiva ha hecho el Tribunal Constitucional que vincula a jueces y tribunales (artículo 5 de la ley orgánica del Poder Judicial, 6/1985). En ese sentido ha declarado que:

"... los órganos judiciales quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio pro actione" (STC 112,2004, de 12 de julio).

Un principio de interés especial al tratar de inadmisión del recurso contencioso, ya que

"los presupuestos legales de acceso al proceso deben interpretarse de forma que resulten favorables a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial" (STC 23/1992).

El recurso de casación para unificación de doctrina y el de en interés de la ley tienen por finalidad fijar la doctrina cuando existen interpretaciones distintas.

Un supuesto de interés práctico, casi cotidiano, sobre el que se ha utilizado ese cauce procesal, es el de las notificaciones que tienen una importancia innegable en el cómputo de los plazos para interponer recursos, o para entender caducado un procedimiento sancionador. Existe una cierta tensión entre las posiciones de la Administración y de los particulares, que, con frecuencia, adoptan la de no recibir las notificaciones. La STS de 17 de noviembre de 2003

(RJ 2004/597) zanja la cuestión sosteniendo que el "*dies ad quem*" es el de la devolución por el servicio de correos de la notificación intentada infructuosamente por dos veces. No se puede sustituir la notificación personal con la notificación por edictos.

La argumentación del contencioso-administrativo, tiene características propias. No parte de una convicción, sino que llega a ella después del análisis de las pretensiones y motivos aducidos por las partes y su conexión con el ordenamiento jurídico. En ocasiones, sin embargo, se produce la impresión de que la argumentación se desarrolla "*more penale*". Ha ocurrido en materia de desviación de poder. Producida una convicción se interpretan los hechos en función de ella, pudiendo llegar a incurrir en contradicción con lo contenido en los escritos de demanda o contestación a la misma.

Puede ocurrir también lo contrario. En materia de recursos contra sanciones administrativas, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha seguido la doctrina temprana del Tribunal Constitucional según el cual "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador", y por eso ha sostenido que el elemento subjetivo de culpabilidad "*debe concurrir como circunstancia informadora de toda infracción al objeto de su sancionabilidad*" (STS de 22 de abril de 1990, RJ 3328, entre otras muchas). Y, sin embargo, en algún caso –en materia de protección del dominio público marítimo terrestre– se ha hablado de un efecto sancionador *ope legis* (STSJ Galicia de 15.05.2002), sin posibilidad de razonar la ausencia de culpabilidad o de negligencia. La responsabilidad objetiva es admisible, y de hecho existe una copiosa jurisprudencia, en relación con el Estado, no con el ciudadano. En realidad, examinados los hechos de la citada sentencia se constata que era imposible la legalidad de la edificación que se había sancionado. No era posible alegar diligencia excusable.

La sentencia, en fin, ha de reflejar un auténtico diálogo que, como tal, permite una amplia diversidad. Lo fundamental es que se perciba con claridad. En alguna ocasión el Tribunal Constitucional, al estimar un recurso de amparo (STC 10-3-2008) ha criticado la "redacción estereotipada" de una sentencia que se limita a la mera desestimación del recurso contencioso-administrativo, sin respuesta a una pretensión subsidiaria, ni siquiera por remisión a la propia resolución administrativa recurrida.

Un cuidado especial ha de tenerse, como resulta obvio, en la correcta transcripción de los hechos, ya que, de otro modo, puede dejarse sin fundamento razonable a la argumentación. Tampoco esto es una mera hipótesis, ya que el supuesto contencioso puede ser muy complejo. La pericia del recurrente en la exposición de los hechos tiene, con frecuencia, una positiva influencia en el planteamiento y desarrollo del debate.

En relación con los hechos son paradigmáticas las sentencias que anulan el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declara urgente una ocupación de bienes y derechos a los efectos de utilizar el procedimiento excepcional de urgencia de la ley de Expropiación Forzosa (*ad exemplum*, STS de 7 de mayo de 1996 -RJ 1996/4220- o de 18 de mayo 2002 -RJ 2002/5739-).

Una STS de 24 de julio de 1989, por la que se confirmó la anulación de la aprobación de un plan parcial de urbanismo por el trámite de urgencia en Santiago de Compostela,

también vivido profesionalmente, se fundó en la comprobación de que por ese procedimiento se tardó más del plazo previsto en el procedimiento ordinario, con merma de las mayores garantías que esto supone. La urgencia es un concepto jurídico indeterminado, un hecho susceptible de ser constatado y no objeto de una elección libre o discrecional.

En ocasiones se enturbia el diálogo, cayendo en una suerte de argumentación estereotipada, con el amontonamiento de citas de jurisprudencia, no convenientemente seleccionada. A veces, la dificultad proviene de ese mismo fenómeno provocado por las partes y que es ahora más fácil con las técnicas informáticas.

Resulta obvio que cuanto más clara y ordenada sea la argumentación mejor se satisfará la finalidad del proceso en la realización de la justicia. Existen diferentes estilos, y el ponente de la sentencia goza de una sana libertad. Una colega, por ejemplo, aprovecha los *obiter dicta* para exponer su concepción sistémica del Derecho con enriquecedoras exposiciones doctrinales. De esa libertad da fe la línea doctrinal iniciada por un Auto de 25 de enero de 1971 sobre inexecución de sentencia en materia de urbanismo apelando al principio de "inaceptación de lo absurdo" como sería "derribar como ilegal un edificio para levantarlo como legal seguidamente" por haberse modificado el plan de urbanismo. El derribo se substituye por una indemnización. La solución se fundamentó nada menos que en el Digesto romano y en las medievales Partidas.

Cuando se trata de excesos de escasa entidad sobre lo legalmente permitido se acude al principio de proporcionalidad²⁰ de una larga tradición en materia urbanística, como justificación de adoptar la medida "menos restrictiva posible" (STS de 14 de julio de 1997, RJ 5732).

En todo caso, junto a la claridad y el orden en la argumentación, puede resultar provechoso el consejo del humanista Gracián: lo bueno, si breve, dos veces bueno.

III. DE LA BUENA FE A LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA ADMINISTRACIÓN

La singularidad de la Administración Pública como actor esencial del contencioso-administrativo explica que principios generales y supraconceptos, como la caducidad o el precario o el contrato por citar unos ejemplos, de común aplicación a partes diversas del ordenamiento jurídico del Estado, experimenten una adaptación en el jurídico-administrativo hasta el punto de dar lugar a la configuración de un nuevo principio general, como sucede con el principio de la confianza legítima en la Administración.

La explicación, como se apuntó con anterioridad, proviene de la naturaleza jurídica de la Administración Pública como poder, titular de potestades. Puede aprobar normas que obligan a los ciudadanos y producir actos unilaterales que se imponen a aquellos. De otra

20 Cfr. D. SARMIENTO RÁMIREZ-ESCUADERO, *El control de la proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla 1988. Con carácter general a todo el ordenamiento jurídico, en el Derecho español y otros, "El principio de proporcionalidad", *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, Madrid, 5 (1998). M. GONZÁLEZ BEILFUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

parte, como el envés del poder, es servidora del interés general y, por consiguiente, obligada ella misma frente a los ciudadanos a un comportamiento caracterizado por una ejemplaridad que excede de lo que puede exigirse al ciudadano.

De acuerdo con esta última observación resulta razonable que la Administración Pública como el ciudadano deban observar el principio de la buena fe en sus relaciones. Pero la Administración tiene el deber de inspirar confianza en el ejercicio de su potestad reglamentaria y en la emisión de sus actos unilaterales. Es ese plus, derivado del carácter público del derecho que rige las relaciones entre la Administración Pública y los particulares, lo que justifica que se haya configurado el principio de confianza legítima²¹, primero en el Derecho alemán, aceptado por la jurisprudencia del TJCE y, consecuentemente por la jurisprudencia española y admitido en el artículo 3,1 de la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común en virtud de la reforma operada por la Ley 4/1999 de 13 de enero. Aparece junto al de buena fe, consagrándose así su no identidad.

Antes de su aceptación la jurisprudencia utilizó el principio general de la buena fe, que sigue empleando, y el legislador prevé como límite a la revocación de los actos (art. 106 LRJPAC). El reconocimiento legislativo obliga a acotar el ámbito en el que ha de jugar el principio de confianza legítima. La propia jurisprudencia reconoce su origen comunitario y su relación con principios más tradicionales de la seguridad jurídica y la buena fe y comporta

"que la autoridad pública no puede adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella y, en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones" (STS de 15 de abril de 2002, RJ 6495).

La adecuada configuración del principio obliga a un delicado análisis por los Tribunales, dada la relativa frecuencia de su invocación y el portillo que su admisión abriría en cuanto a impedir la potestad de innovación por parte de la Administración Pública para modificar o cambiar reglamentos o para admitir el reconocimiento de responsabilidad con la consiguiente indemnización al revocar o dejar sin efectos un acto.

Desde la acogida del principio, se ha sentado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre el citado principio:

"que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se base en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa" (STS de 1 de febrero de 1990, RJ 1258).

No se aplica el principio por la invocación de *"una mera expectativa de la invariabilidad de las circunstancias"*, sino cuando la alteración se produce *"sin conocimiento anticipado"*,

21 J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio ...* p. 48, no se muestra muy convencido de la necesidad de diferenciar ese principio del de buena fe.

Cfr. F. A. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998; P. J. JORGE COVIELLO, *La protección de la confianza del administrado*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias" (STS de 15 de abril de 2002, RJ 6495), "desarticulando por sorpresa una situación cuya perdurabilidad podría legítimamente confiarse" (STS de 27 de enero de 1990, RJ 562). El problema reside en cuándo es legítima esa confianza.

El principio se acoge por primera vez en STS de 28 de febrero de 1989 (RJ 1458) sobre la percepción de una subvención para un centro escolar, que no reunía los requisitos exigidos y al que se le reclama su devolución:

"Ha de tenerse en cuenta que en cursos anteriores y, sobre todo en parte del mismo cuya denegación ahora se recurre, por la Administración se proporcionó una subvención en las mismas circunstancias en que ahora se le deniega: luego si la misma Administración antes de comenzar el curso 1983/1984 otorgó una subvención parcial –que ahora pretende denegar–, aquel acto era lo suficientemente concluyente para que el titular del Colegio se decidiera a continuar impartiendo la docencia, con la razonable esperanza de que al igual que antes obtendría la subvención y la ayuda que después posteriormente le es denegada".

Otra manifestación, en la STS de 7 de octubre de 1991 (RJ 7520):

"Así, en el supuesto de actual referencia –la Administración– difundió profusamente una "nota" entre el sector de fabricantes de harinas, donde se anunciaban dichos "criterios" a seguir, que si bien no eran jurídicamente vinculantes en el sentido propio del concepto sí representan unos actos externos propios de la Administración, a tener en cuenta el principio constitucional de la "seguridad jurídica" que no puede defraudar el principio jurisprudencial de la "confianza legítima del Administrado" ...".

A propósito de la confianza legítima se plantea un conflicto entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Los signos o hechos externos producidos por la Administración han de ser lo suficientemente concluyentes para que induzcan a confiar en la *"apariencia de legalidad, que muevan al administrado a realizar actos, inversiones económicas, medios materiales que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la Administración"* (STS de 5 de octubre de 1990). Con base en esa doctrina se admite la vulneración del principio porque una empresa anticipó un dinero para una determinada construcción a cuyo reembolso se negaba la Administración aduciendo que quienes se habían comprometido en una reunión no "eran quienes para obligar al Municipio" (STS de 21 de septiembre de 2000, RJ 7299).

Con motivo de los cambios que supuso el ingreso de España en la Comunidad Económica Europea en cuanto a los principios del mercado en ella imperantes se ha admitido el derecho a indemnización con base en el principio de confianza legítima, aunque se utilice indiscriminadamente el de buena fe.

Así, STS de 19 de diciembre de 1997 (RJ 9424):

"La S. de 5 de marzo de 1993 (Ar. 1623) de esta misma Sala, cuya doctrina ha sido seguida por la de 27 de junio de 1994 (Ar. 4981), aun reconociendo que la eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios derivados de Tratado de Adhesión a la Comunidad

Europea podía considerarse producida "incluso, y más propiamente, como consecuencia de las determinaciones del poder legislativo", reconoció en el caso allí enjuiciado la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, por apreciar que los particulares perjudicados habían efectuado fuertes inversiones –que se vieron frustradas– fundados en la confianza generada por medidas de fomento del Gobierno, que a ello estimulaban, plasmadas en disposiciones muy próximas en el tiempo al momento en que se produjo la supresión de los cupos, de tal suerte que existió un sacrificio particular de derechos o al menos de intereses patrimoniales legítimos, en contra del principio de buena fe que debe regir las relaciones de la Administración con los particulares, de la seguridad jurídica y del equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas".

De todos modos la ponderación del interés general en juego y el del particular hace que el Tribunal se incline con frecuencia a considerar que no se ha producido una vulneración del principio. Así, en relación con el aseguramiento del adecuado funcionamiento del mercado de telecomunicaciones frente a la pretensión del proveedor dominante del servicio (STS de 14 de febrero de 2007, RJ 2175, con un amplio resumen del principio).

IV. CONTROL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL: LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

La existencia de potestades como algo propio y natural de la Administración pública en su servicio eficaz al interés general proporciona una peculiaridad notoria al contencioso-administrativo. Y en ese sentido cobra especial importancia el control de la potestad discrecional que el ordenamiento reconoce no para elegir una entre varias posiciones igualmente justas, como se dice con frecuencia por autorizada doctrina, sino la que se estima justa en un proceso volitivo que se diferencia del cognoscitivo o de constatación que es propio de los conceptos jurídicos indeterminados, a través de los cuales se pretende controlar la potestad de la Administración a ellos vinculada.

Aunque es frecuente, como reflejo de una posición doctrinal, que la jurisprudencia hable de la potestad de la Administración para "elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes" "igualmente válidas (STS 4 de abril 1988; 9 de febrero de 1985, etc)", no faltan sentencias críticas, teóricamente más acertadas (STS de 19 de julio de 2000), preguntándose la STS de 13 de junio de 2000 si en un Estado de Derecho puede admitirse la existencia *a priori* de algo jurídicamente indiferente.

La jurisprudencia ha ido alumbrando una serie de técnicas para el control de la potestad discrecional, descubriendo elementos reglados existentes en el acto correspondiente, a través del control de los hechos determinantes y de los principios generales del Derecho, como una manifestación del "genio expansivo del Estado de Derecho"²².

Esa orientación jurisprudencial se ha visto confirmada y fortalecida, con nueva virtualidad, con el reconocimiento explícito de la "interdicción de la arbitrariedad" como principio en la Constitución (artículo 9,3). Con ella se abren alternativas de control, sin tener

22 *Ad exemplum*, STS de 8 de octubre de 1990, RJ 7842, Ponente: Francisco Javier Delgado.

que acudir a la desviación de poder, de no siempre fácil acreditación. Así, por ejemplo, en STS de 19 de febrero de 1986, (RJ 1604) respecto a la autorización de un Casino de juego a una empresa que no tenía, en contra de la previsión legal, como objeto social la explotación de un Casino de juego.

El ejercicio de la potestad discrecional requiere esencialmente motivación, ya que en su ausencia se cae en la arbitrariedad²³. Es una constante de la jurisprudencia, como sucede, por ejemplo, en la determinación o cambio de un puesto de trabajo en la Administración (STS 11 de febrero de 2008, EDJ 25741). No se trata sólo del cumplimiento formal de la motivación, sino de *racionalidad*, "el reverso positivo del mandato de interdicción de la arbitrariedad" (STS de 12 de marzo de 2008, EDJ 35454).

Y es esa apelación la que permite al tribunal no anular simplemente un acto, sino sustituir la solución de la Administración por la justa, ateniéndose a los datos y hechos que obran en autos del proceso, con lo que puede superar la barrera que supone la llamada discrecionalidad técnica. Cuestión esta de la sustitución de la Administración por el juez, no imposible, pero delicada:

"nuestro control jurisdiccional ... se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquella trata de ordenar, careciendo este Tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno" (STS de 29 de enero de 2008, RJ 2008/685).

En materia de concursos, como he tenido ocasión de comprobar, pueden manifestarse las dos posiciones. En numerosos casos la invocación de la discrecionalidad técnica que se atribuye a las comisiones juzgadoras del concurso impide que se vaya más allá de la anulación del acuerdo recurrido por haber *"incurrido en error ostensible y manifiesto o en arbitrariedad"* (STS 16 de junio de 2009). En ocasiones se estima que no ha existido motivación suficiente y se obliga a una nueva motivación, que puede cumplirse formalmente con facilidad, con lo que poca satisfacción consigue el recurrente. Pero existe una importante corriente jurisprudencial que va más allá y ordena a la Administración nombrar al recurrente para la plaza controvertida²⁴.

En materia de urbanismo, por ejemplo, aprobada la ampliación de la anchura de una calle carecía de razón no adaptar las alturas de los edificios a la nueva situación, *"exceptuar el terreno afectado por la modificación litigiosa de la aplicación de las reglas generales sobre alturas"* (STS 20 de marzo de 1990).

La consideración del medio ambiente, como consecuencia de una mayor sensibilidad, amparada constitucionalmente y por el Derecho de la UE, está influyendo en la consideración

23 Cfr. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, pp 106 y ss.

24 Cfr. J.A. TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes médicos*, Civitas, Madrid, 1986, Ad exemplum, STS de 29 de julio de 1994 y de 5 de junio de 1995, sobre la posibilidad de controlar la discrecionalidad técnica.

judicial de la potestad de planeamiento urbanístico. Se declara que es conforme a Derecho que la proporción destinada en el Plan General de ordenación urbana sea muy superior a la fijada por la Ley del suelo y el Reglamento de planeamiento porque no se demostró *"que fuese desproporcionado o irracional"* (STS de 9 de marzo de 2004 RJ 2805). Por el contrario, se anula unas Normas Subsidiarias de Planeamiento por entrañar *"el riesgo de formación de una pantalla arquitectónica"* (STS de 7 de junio de 2004, RJ 4004)²⁵.

En materia de contratación *"en igualdad de alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes"* para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución" (STS de 11 de junio de 1991, RJ 4874).

El control de acuerdo con el estándar de racionalidad se aplica también al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su límite es que *"el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la naturaleza de las cosas o la esencia de la institución"* (STS de 19 de febrero de 2008, EDJ 25676): se trataba de un reglamento de protección de familias numerosas que se anuló parcialmente porque algunos de sus preceptos, paradójicamente, no eran adecuados a la protección declarada.

La ilegalidad por omisión de una norma reglamentaria presenta una cierta singularidad como se reconoce en una STS de 9 de febrero de 2011 (que subraya la tradicional dificultad de admitirla por el doble obstáculo del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y la consideración de la potestad reglamentaria como discrecional. No obstante se reconoce una corriente jurisprudencial que *no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o a que ésta se refiera a un determinado aspecto, aunque resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido* en función del artículo 71.2 de la LJCA según el cual *los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen*.

El control judicial de las potestades de la Administración colabora a la realización del Estado democrático de Derecho. A ello se refiere, con cierta solemnidad, la STS de 17 de abril de 1990, RJ 3644, ponente Francisco González Navarro con motivo de suprimir una autorización para parking sin oír a su titular, una actuación arbitraria, que no provoca la confianza y el respeto de los ciudadanos, que se ven abocados a *"embarcarse en la siempre incierta y costosa aventura de un proceso judicial"* y que además trata de prevalerse del acto presunto generado por su silencio, el cual *"no supone una autorización a la Administración para no resolver cuando le venga en gana"*. Contra lo que en la sentencia se denomina "hierofanía del poder" es preciso: "limitación, freno y control".

25 Cfr. J. LÓPEZ-BREA, "La nueva línea jurisprudencial del control jurisdiccional sobre la discrecionalidad de la potestad de planeamiento" RDU y MA, 241 (2008) pp. 44 y ss.

V. TUTELA DEL SERVICIO AL INTERÉS GENERAL

La Administración sirve el interés general con objetividad y su actuación, está sometida a los fines que la justifican, como manifestación de su sometimiento pleno a la ley y al Derecho (artículo 103 y 107 CE). Ese servicio al interés general es otro canon o parámetro para el control judicial de la Administración Pública²⁶.

Numerosos son los casos en que la jurisprudencia aplica ese canon de enjuiciamiento. Paradigmática es la jurisprudencia recaída en relación con los servicios esenciales que deben asegurarse por la Administración en caso del ejercicio del derecho constitucional de huelga. La actuación administrativa se juzga "*en función de los intereses generales que ha de servir*" (STS de 11 de abril de 2003, RJ 3705).

El mismo parámetro o canon ha sido utilizado en la apertura de farmacias. Un caso vivido profesionalmente fue resuelto favorablemente por STS de 18 de mayo de 1989. La apertura estaba condicionada a la existencia de un núcleo de población de 2000 personas. En Galicia la población está dispersa y se planteaba cómo entender el núcleo. "*Lo decisivo, dice el tribunal, es que la nueva instalación suponga un mejor servicio a un núcleo de población con independencia de las características físicas o materiales sobre las que se asienta la población*". Fue un *leading case*. Domina en la materia el principio "pro apertura", para una mejor atención sanitaria, como reclama el interés general, frente al corporativista de los titulares anteriores de farmacias.

El mismo criterio del fin, consecución eficaz del interés general, es lo que ha de justificar la creación de una empresa pública, además de someterse a las "reglas de la libre competencia que rige el mercado" (STS 10 de octubre de 1989, RJ 7352)²⁷.

En pleno siglo XIX, antes de que se hubiera importado en España de Francia la categoría jurídica del servicio público, teniendo en cuenta "los intereses de los pueblos" a los que hacía referencia la legislación local, los Municipios suscribieron contratos para incorporar los beneficios que procuraba el progreso técnico emergente. Uno de ellos se refería a la novedad del alumbrado público, primero por gas y después por electricidad. Desde el derecho público fue preciso encontrar solución ante el callejón sin salida que ofrecía el Derecho privado. Es la famosa "*querrelle du gaz et de l'électricité*" que se da en varios países de Europa²⁸. Se trataba de hacer posible el acceso al alumbrado por electricidad, demandado por los ciudadanos, cuando el realizado por gas había sido objeto de un contrato, cuyas cláusulas, incluido el plazo, habría que respetar de conformidad con vinculación de la *lex contractus*, con el *pacta sunt servanda*.

La solución francesa o italiana fue considerar implícita en el contrato una "cláusula de progreso" manteniendo el monopolio. La española, anterior en el tiempo, partió de la prohibición de monopolio o exclusiva. Esta se encuentra en el servicio de los intereses

26 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5ª Ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 250-251.

27 Cfr. J.L. MEILÁN, *Administración ...* p. 374.

28 Cfr. J.L. MEILÁN, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, 2006.

públicos. En cuanto se demuestre que no los favorece el Municipio puede desligarse de las cláusulas del contrato. Una sentencia de 27 de marzo de 1894, asunto gas lebon de la ciudad de Almería, declara que la prórroga del contrato que tenía el Ayuntamiento con esa compañía para el alumbrado por gas no era conforme a Derecho porque no tenía facultades para atribuirse monopolio ni privilegio sobre los servicios que se ejercen en la vía pública. El Ayuntamiento es libre –como así había hecho– para contratar el alumbrado público con otra compañía por electricidad al no haber hecho uso la anterior de su derecho de preferencia. No habiéndose disminuido el número de luces de gas que ésta tenía derecho a encender –concluye la sentencia– “no procede la indemnización solicitada”. Un auténtico *leading case*.

El punto de arranque de la argumentación no deja lugar a dudas:

“La cuestión objeto de este pleito ha de ser resuelto conforme al espíritu de las leyes administrativas y no según el criterio de los contratos puramente civiles”.

Es el interés general, mucho antes de que así lo reconociese la Constitución, “los intereses de los pueblos”, lo que justifica una argumentación jurídica propia.

VI. REFLEXIÓN FINAL: LA VIRTUALIDAD INNOVADORA DE LA JURISPRUDENCIA EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La jurisdicción contencioso-administrativa reclama, como se ha expuesto, una argumentación propia de ese orden jurídico que no coincide siempre con la que es característica del Derecho privado. La variedad de supuestos con los que ha de enfrentarse potencia la capacidad innovadora que toda jurisprudencia tiene desde el Derecho romano.

En unas ocasiones ha ido por delante del legislador en un diálogo más o menos explícito con la doctrina científica. Es lo que ha sucedido con la regulación de las medidas cautelares en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, superando la única medida hasta entonces existente en la legislación: la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo²⁹. Fue posible por la relectura del texto de 1956 a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en la Constitución de 1978 y coincidente con la jurisprudencia del TJCE.

Un auto del TS de 20 de diciembre de 1990 (RJ 10412) habla de “una nueva manera de ver las cosas”, de una nueva matriz teórica que “hace patente lo que antes ... no se alcanzaba a ver”. Y no es otra que la tutela judicial efectiva que da lugar a “una tutela cautelar cuando se aprecia la existencia de una apariencia de buen derecho”. Es el “*fumus boni iuris*” de la doctrina y que otras sentencias anteriores del mismo año habían reconocido como el principio general según el cual “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón”, coincidente con lo que meses después declararía el TSJCE (asunto Factortame) “la necesidad del proceso para tener razón no debe

29 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia ...*, pp. 294 y ss. J.L. MEILÁN “La suspensión jurisdiccional de los actos administrativos en el Derecho español”, *Revista andaluza de Administración Pública*, 28 (1996) pp. 11 y ss.

convertirse en un daño para el que tiene razón". El resultado –aunque es susceptible de mejora– es lo que dispone el artículo 130,1 de la LJCA: "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición podrán hacer perder su finalidad legítima el recurso".

En otras ocasiones, la aplicación de los preceptos legales ha ido más allá de lo que un nuevo legislador, en una nueva circunstancia desea, como es el caso paradigmático de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Lo que para el derecho civil es punto de arribo es de partida para el Derecho administrativo, al admitir la responsabilidad objetiva.

Su reconocimiento amplio en los años 50 y 60 del pasado siglo ha sido delimitado al final del mismo, en 1999, al disponerse que "no serán indemnizables los daños que deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos". Detrás se encuentran las indemnizaciones como consecuencia de actos médicos en el muy completo sistema público de sanidad. Nuevamente la jurisprudencia contencioso-administrativa ha tenido que proyectar luz sobre la cuestión, para lo que la STS de 31 de mayo de 1999 (RJ 6154) puede considerarse un *leading case*. El estado de los conocimientos no es el de la legislación, sino el que deriva del circuito informativo de la comunidad científica internacional, que suele ir por delante.

Para concluir, a todos los jueces son aplicables estas palabras:

"... que la aceptación de la confianza social "constituye un elemento esencial del sistema de convivencia" ... que la mejor funcionalidad democrática de jueces y magistrados la constituye su escrupuloso respeto al Derecho, que la mejor garantía para lograr ese respeto es su alta solvencia profesional y que todo ello, junto a la imagen de neutralidad política son importantísimos factores para que no se quiebre esa confianza social" (STS de 27 de noviembre de 2007, RJ 2008/794)

Frente a otros órdenes jurisdiccionales, a los jueces de lo contencioso-administrativo incumbe la alta responsabilidad y el alto honor de controlar al Poder, de contribuir a que el Poder se ejerza democráticamente al servicio del interés general, para el que están legitimados en un servicio magnánimo a la realización del Estado social y democrático de Derecho.