

EL OBJETO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Marta García Pérez

Profesora Titular de Derecho Administrativo

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de la reforma del contencioso no es nada nuevo. Ya en 1968, en plena adolescencia de la LJCA, el Profesor Nieto hacía una reflexión que parece ser de hoy mismo: "Hay cuestiones del Derecho administrativo que, al igual que los cometas, aparecen un día en el horizonte científico de los autores y son objeto de un interés creciente que puede llegar a hacerse obsesivo. A veces esto sucede por razones de una alteración evidente e inmediata del trasfondo social, como puede ser hoy el caso del urbanismo; pero a veces las razones son más sutiles, y anuncian quizá una crisis profunda de instituciones cuya superficie se mantiene aun aparentemente sólida. Esto es lo que está ocurriendo actualmente en España con la JCA" ("Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo c-a", RAP núm. 57, 1968, pág. 9).

Casi treinta años después, seguimos dándole vueltas a esa crisis profunda de lo contencioso que ya, a estas alturas, trasciende a la superficie.

Y, si entre las múltiples reformas pendientes, corresponde abordar el "Objeto del Proceso Contencioso-administrativo", entonces podríamos hablar, con el permiso del ilustre escritor, de la "crónica de una muerte anunciada", la del proceso al acto, enraizado profundamente en los orígenes franceses de nuestro sistema jurisdiccional contencioso-administrativo. Será fácil demostrar cómo hoy en día es ya imposible continuar ha-

blando de esa categoría, que ha sido sustituida por la de un proceso pleno, resolutorio de conflictos intersubjetivos.

La LJCA de 1956 establecía en su Preámbulo la imperiosa necesidad de superar esta idea. Se leen en la Exposición de Motivos las siguientes palabras:

" ... ante ella ... se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la parte actora por razón de un acto administrativo".

Partiendo de esta afirmación, y durante los últimos cuarenta años, la doctrina y un importante sector de la jurisprudencia han intentado llevar estas palabras a sus últimas consecuencias, topándose, como se verá, con el casi insalvable y mal interpretado carácter revisor de la JCA.

Se ha proclamado que el proceso contencioso-administrativo es una subespecie del género procesal, sin otra particularidad que "la existencia previa de un acto de la Administración". Pero esto último ha condicionado decisivamente, en la teoría y en la práctica, el objeto del proceso contencioso-administrativo.

El Anteproyecto pretende darlo por superado introduciendo en su Título III algunas de las principales novedades, que a partir de ahora corresponde examinar(*).

II. EL OBJETO DEL PROCESO EN LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1956:

1. El llamado caracter revisor de la JCA:

En la Memoria del Anteproyecto se puede leer:

"Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un re-

* En el momento de revisar esta intervención para su publicación el texto del Anteproyecto es ya, con escasas novedades Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Las referencias a pie de página del articulado se referirán a este último texto.

curso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración" (Memoria, pág. 15).

Esta no es una afirmación nueva. A poco que analicemos la jurisprudencia de los últimos años, encontraremos ejemplos significativos de la práctica judicial en este mismo sentido. Pero para llegar a ello se han tenido que hacer ímprobos esfuerzos por reconducir el llamado carácter revisor de la Jurisdicción a lo que realmente es: un mero requisito de procedibilidad o presupuesto procesal, es decir, el requisito o condición que ha de darse en un determinado proceso para que el mismo pueda desenvolverse en su totalidad y finalizar con una resolución sobre el fondo del objeto litigioso, o, dicho en otras palabras, el requisito o condición cuya ausencia ha de determinar una resolución absolutoria de la sentencia¹.

Efectivamente, cuando las normas procesales se refieren al objeto del proceso invocando las pretensiones ejercitables *en relación con los actos de la Administración* obligan, simplemente, a esperar a que estos se produzcan o a provocarlos previamente mediante la técnica del silencio administrativo². Pero ello no significa que el recurso deba limitar sus pretensiones a la anulación del acto, ni que deba restringirse a las declaraciones sobre los hechos y pruebas realizadas anteriormente en vía administrativa.

"La existencia de un acto administrativo como presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la JCA", declara la Exposición de Motivos de la LJCA (IV,2).

¹ Cfr. GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 324.

² Sin decisión, no hay acción. HAURIUO decía que "la décision préalable sert comme d'escalier aux recours". Cfr. Note s. CE 13.12.1889, *Arrêt Cadot*, s. 1892, 3,17. Por eso, precisamente, nuestra LJCA configura la presencia de los actos de la Administración como un requisito de admisibilidad del recurso; léase detenidamente el art. 37.1: "El recurso contencioso-administrativo *será admisible* en relación con ... los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa ...".

Como habrá ocasión de comprobar, el acto previo se configura como un elemento accesorio e instrumental de marcado carácter procesal, constitutivo de un auténtico *requisito de procedibilidad*:

"Con carácter general, de la propia jurisprudencia de esta Sala ... se induce ya que, frente a la tesis tradicional de que la naturaleza estrictamente revisora de esta Jurisdicción impide a la misma incurrir en declaraciones que, por no corresponderse exactamente con el contenido mismo del acto de cuya revisión se trata, supondrían una invasión de la competencia de la previa actividad administrativa, comienza a atisbarse el criterio, más elástico, de que el acto administrativo impugnado, más que el patrón o módulo constriñente del recurso contencioso-administrativo, *es más bien y exclusivamente su presupuesto*, y nada más, porque, como se indica en la propia Exposición de Motivos de la LJCA, la necesidad de que antes de acudir a dicha Jurisdicción exista un acto administrativo "no significa que se haya querido concebir la JCA como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, *cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la parte actora por razón de un acto administrativo*" ..." (STS de 22 de febrero de 1991³).

Requisito de procedibilidad que no debe condicionar el carácter pleno del recurso jurisdiccional. Una vez que se ha producido en la realidad o en la ficción (silencio) y cualesquiera que fuesen los pronunciamientos de la Administración (sobre el fondo o interlocutorios) los jueces tienen vía libre y jurisdicción plena para juzgar *todas las cuestiones* planteadas.

El Tribunal Supremo afirma que el contenido del acto no puede condicionar el ámbito de la potestad judicial, porque entonces quedaría en manos de la Administración la posibilidad de limitar, obstaculizar o demorar el ejercicio de aquella potestad respecto de la actividad cuyo control se encomienda a los tribunales precisamente en el artículo 106 de la Constitución⁴.

³ Vid. az. 1122, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J. Rouanet Moscardó, FJ.3º.

⁴ Con estas palabras se expresa R. Mendizábal Allende, como ponente de una STS de 15 de octubre de 1990, az. 8126, sala 3ª, secc. 3ª, FJ.3º.

¿Qué quiere decir que el acto administrativo deviene *presupuesto objetivo del recurso contencioso-administrativo*?. Para que pueda prosperar una pretensión ante la referida jurisdicción -dice el Tribunal Supremo-, siempre es necesaria la existencia previa del acto administrativo y que aquélla se deduzca precisamente en relación al mismo, ya sea para pedir una declaración de disconformidad a derecho y consiguiente anulación - artículo 41-, bien para solicitar además el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios -artículo 42 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción-"⁵.

Pero entiéndase bien cuál es su verdadero alcance:

1º. Supone *ofrecer* a la Administración la posibilidad de pronunciarse sobre las cuestiones planteadas, y nada más. Si la Administración no se pronuncia, o no lo hace sobre todas las cuestiones, ello no debe limitar el debate procesal en vía jurisdiccional⁶.

Esta afirmación se enmarca en una línea jurisprudencial que nos enseña que la Administración no goza de sus "prerrogativas" cuando incumple sus obligaciones, o que no puede ampararse en la "autotutela" cuando previamente no ha resuelto expresamente una petición⁷. En palabras de MEILÁN, "resulta contrario al "sentido de justicia" y a principios generales del Derecho que la Administración se aproveche de su pasividad ... utilizando un título de privilegio"⁸.

⁵ Vid. STS de 31 de enero de 1989, az. 629, sala 3ª, secc.3ª, ponente B.S. Martínez Sanjuán, FJ. 2º.

⁶ Vid. la STS de 7 de noviembre de 1994, az. 10119, sala 3ª, sección 6ª, ponente J.E. Peces Morate: "La naturaleza revisora de esta JCA no puede quedar condicionada por el contenido del acto objeto de impugnación porque, de lo contrario, la Administración podría limitar, obstaculizar y demorar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, haciendo inaplicable el control que le encomienda el artículo 106 de la Constitución y, en consecuencia, basta el hecho de que la Administración haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del tema discutido para que se estime cumplido el principio de contradicción y, en consecuencia, debe el Tribunal resolver el fondo del asunto siempre que existan, como en este caso, elementos de juicio suficientes para ello" (FJ.3º).

⁷ Vid. por todas las sentencias del TS de 27 de diciembre de 1984, az. 6723, 21 de enero de 1985, az. 833, y 4 de marzo de 1986, az. 1022.

⁸ Cfr. *Administración pública en perspectiva*, 1996, pág. 399.

2º. No debe caerse en el tópico, frecuente en la jurisprudencia, de que la falta de previo planteamiento de una cuestión en vía administrativa provoca indefensión de la Administración⁹.

Está claro que no existe tal indefensión al quedar abierta la posibilidad del tratamiento judicial de la cuestión, como viene admitiendo la jurisprudencia en su interpretación del artículo 24 de la Constitución, extensible tanto a los particulares como a la Administración¹⁰. La indefensión, se afirma, se produce cuando se priva al interesado de la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional de sus derechos o intereses mediante la apertura del adecuado proceso, o de realizar dentro de dicho proceso las adecuadas alegaciones y pruebas o, finalmente, cuando se crea un obstáculo que dificulta gravemente las actividades antedichas¹¹.

Pero, además, no puede aducir indefensión quien voluntariamente, por sus propios actos, se coloca en dicha posición, como normalmente hace la Administración al incumplir el ordenamiento jurídico infringiendo los deberes legalmente establecidos, cual es el de resolver las peticiones que le dirijan los administrados o comunicar los recursos que contra sus resoluciones puedan darse¹². Con carácter general, no cabe hablar de indefensión en los supuestos en que el comportamiento omisivo, la impericia o la falta de la necesaria diligencia de la parte interviniente en un procedimiento o en un proceso haya podido producir la limitación de los correspondientes medios de defensa¹³.

⁹ Vid. STS de 8 de abril de 1989, az. 2831, sala 3ª, secc. 2ª, ponente J.M. Sánchez-Andrade y Sal, admitiendo el FJ.1º de la sentencia apelada: "Tal petición debe ser rechazada ya desde ahora al no poderse fiscalizar en esta vía aquello que no fue objeto de debate o planteamiento en vía administrativa, so pena de incurrir en indefensión para una de las partes, la Administración ...".

¹⁰ Vid. la STC 26/1983, de 13 de abril, afirmando que son los órganos judiciales "los únicos que han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar la violación de ese derecho que la Constitución reconoce".

¹¹ Cfr. VACAS GARCÍA-ALOS, L., *El derecho a la tutela judicial efectiva en lo contencioso-administrativo*, La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 1996, pág. 48 y ss.

¹² Vid. por todas la STS de 17 de octubre de 1995, az. 7705, sala 3ª, secc. 5ª, ponente M.V. Gargón Herrero, FJ.3º.

¹³ Cfr. VACAS GARCIA-ALOS, L., op. cit., pág. 48 y ss.

3º. Igualmente debe matizarse la tesis tradicional de que la naturaleza revisora de la JCA impide a la misma incurrir en declaraciones que, por no corresponderse "exactamente" con el contenido mismo del acto de cuya revisión se trata, supondrían una "invasión de la competencia de la previa actividad administrativa"¹⁴.

Según esa interpretación, la resolución de un recurso administrativo declarativa de inadmisibilidad impedía al Tribunal entrar a conocer el fondo del asunto cuando no estimase conforme a Derecho aquella declaración de inadmisibilidad. El TS se opone a este tipo de razonamientos:

"Que una doctrina tradicional del Tribunal Supremo venía declarando que, en aras de la función revisora que los tribunales contenciosos tenían encomendadas, al no haberse pronunciado la Administración sobre la cuestión de fondo debatida, por no estimar que existía causa de inadmisibilidad, tenía que retrotraerse lo actuado en el expediente administrativo a aquel momento procedimental, para que la Administración entrase a conocer del fondo de la cuestión; y sólo tras la desestimación de la misma cabía -por supuesto en otro proceso- la revisión jurisdiccional sobre la cuestión de fondo ... *Que tal tesis está siendo sometida a revisión en una nueva doctrina del Tribunal Supremo ... en donde se declara que el carácter revisor de la Jurisdicción contenciosa no quiebra porque rechazada la motivación formal única del acto resolutorio de la alzada, se entre a enjuiciar el acto originario en toda su extensión ...*" (FF.JJ. 5º y 6º¹⁵).

¹⁴ Así lo admite el TS, al afirmar que, hoy en día, "comienza a atisbarse el criterio, más elástico, de que el acto administrativo impugnado, más que el patrón o módulo constrinente del recurso contencioso-administrativo, es más bien y exclusivamente su presupuesto y nada más" (STS de 17 de diciembre de 1990, az. 10211, sala 3ª, secc. 4ª, ponente J. Rouanet Moscardó, FJ.4º). En contra, por ejemplo, la STS de 25 de noviembre de 1995, az. 8345, sala 3ª, secc. 5ª, ponente J.M. Sanz Bayón: "... el objeto del proceso es, desde luego, la pretensión ejercitada por la parte en el ejercicio de su acción, pero el contenido de la misma ha de restringirse al acto administrativo que constituye el presupuesto de la pretensión, sin que ésta pueda extenderse a cuestiones objetivas o subjetivas, pues ello conduciría a la apreciación de la oportuna desviación procesal ..." (FJ.2º).

¹⁵ Vid. STS de 6 de junio de 1988, az. 4530, sala 3ª, secc. 5ª, ponente E. Cancer Lalanne.

En conclusión, habría que afirmar sin titubeos el carácter accesorio o instrumental del acto previo en el proceso contencioso-administrativo, frente al carácter principal y determinante de la pretensión procesal. Desde esta perspectiva, el enjuiciamiento del acto administrativo encuentra su razón de ser en el marco de la concepción subjetiva del proceso y, por tanto, en el marco de la tutela de los derechos e intereses legítimos: para tutelar éstos es necesario entrar en el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos y proceder a su anulación, como medio de garantía de los propios derechos e intereses.

2. El control jurisdiccional de toda la actuación administrativa:

La anterior reinterpretación del carácter revisor de la JCA da salida a determinados problemas del proceso, pero no es suficiente para garantizar el carácter pleno del contencioso. Y así es hoy unánimemente aceptado: no basta con considerar el "acto" como requisito de procedibilidad, porque los problemas surgen, precisamente, de su propia calificación jurídica: acto administrativo.

A nadie se le escapa que la Administración no sólo se manifiesta a través de los estereotipados "actos administrativos". Pero es que, además, el propio artículo 106.1 de la Constitución emplea la expresión "actuación administrativa" para delimitar el objeto del control jurisdiccional, dotándola, por lo pronto, de un significado negativo: no se circunscribe, estrictamente, a la modalidad de actuación administrativa que se produce mediante "actos administrativos", en el sentido tradicional de la palabra, ni mucho menos, dentro de estos, mediante actos administrativos expresos.

Hacer esta afirmación con la naturalidad de quien se limita a constatar la evidencia deja atrás un importante poso científico que en las últimas décadas ha centrado sus esfuerzos en superar la idea de que el control y la tutela judiciales se limitaban a la actividad "jurídica" o "formal" de la Administración. La sistematización de todo el Derecho Administrativo en torno a las formas típicas de actuación de la Administración (acto y contrato) dejó durante largo tiempo marginada a toda actuación administrativa ajena a aquel esquema, concretándose en nuestro Derecho en la ge-

neración de instrumentos de defensa frente a patologías en el campo de la actividad formal y, en todo caso, de la inactividad formal mediante la técnica del silencio¹⁶.

La superación de dicha situación supuso el adecuado tratamiento del amplio campo de la "actuación material" de la Administración, comprensiva de un conjunto de supuestos difícilmente sistematizables¹⁷ pero no por ello ajenos al control jurisdiccional, y de la inactividad material, es decir, la resistencia de la Administración a cumplir los mandatos u obligaciones nacidos de las normas, de los actos o de los contratos.

Ciertamente, la Constitución no distingue entre una actividad y otra, quedando toda ella, sin excepción, sujeta a los principios y reglas del artículo 103.1 y al control de los tribunales, con independencia de que se formalice o no a través de procedimientos y esté dirigida a producir actos jurídicos.

En este tema, como en tantos otros, la jurisprudencia camina por delante de la norma escrita, y hoy en día no hay duda sobre la posibilidad de controlar la actuación material de la Administración.

La paradigmática STC 160/1991, de 18 de julio, marcó un hito jurisprudencial importante en la actual configuración del objeto del contencioso-administrativo, al admitirse sin vacilación toda pretensión relativa a actuaciones materiales de la Administración, no revestidas de las peculiaridades formales y sustantivas de los actos administrativos¹⁸.

¹⁶ Cfr. PAREJO ALFONSO, en el prólogo a la obra de PARADA VÁZQUEZ, R., *La Administración y los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 1988, pág. 52.

¹⁷ Vid. un intento de sistematización en NIETO, A., "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *Documentación Administrativa*, núm. 208, 1986.

¹⁸ En esa ocasión, los recurrentes dirigieron su acción contra las "actuaciones materiales" en virtud de las cuales, unas veces por vía de hecho y otras en ejecución de resoluciones administrativas no notificadas, se procedió a la demolición de sus viviendas. Tanto el TS como la Audiencia Territorial de Valladolid inadmitieron el recurso basándose en la incompetencia de la JCA. El Auto de inadmisión de la Audiencia estableció en su fundamento jurídico primero que cuando los titulares de un cargo público prescinden por completo del derecho en el ejercicio del mismo no hay verdadera actuación administrativa, sino una conducta ilegal generadora de la responsabilidad personal de sus autores. En este caso, se trataba de la demolición de las viviendas de Riaño, lo cual no constituía, a juicio de la Audiencia, acto de la Administración Pública sujeto al Derecho administrativo.

El TC se pronunció tajantemente sobre la impugnabilidad de las actuaciones materiales de la Administración, afirmando:

1º) La expresión "actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo", y otras similares que aparecen en varias leyes vigentes (Ley 62/1978 y LOTC) debe comprender los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho (F.J.4).

2º) Las actuaciones materiales de la Administración pueden considerarse: a) como *actos tácitos*, es decir, como un conjunto de *facta concludentia* o conductas y comportamientos de la Administración de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la actuación, es decir, una declaración de voluntad administrativa manifestada a través de la actuación material; y b) como una simple *vía de hecho*, es decir, como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica.

La propia Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 señala que el acceso a este orden jurisdiccional no ha de ser posible únicamente cuando la Administración produce actos expresos y escritos, sino también cuando revisten *cualquier otra forma de manifestación regulada por el Derecho*, o cuando son actos tácitos o presuntos, porque todos ellos, y no solamente los primeros, pueden incurrir en infracciones jurídicas que requieran la asistencia jurisdiccional.

Interesa destacar los efectos de esta doctrina en aquellos casos en que la inactividad formal de la Administración -provocada por el ciudadano generalmente por vía de petición- deja al descubierto una inactividad material, es decir, un incumplimiento de mandatos, obligaciones o debe-

La postura de la Audiencia fue posteriormente defendida por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado a propósito de la interposición del recurso de amparo constitucional por violación de los derechos fundamentales contemplados en los artículos 18, 19 y 24 de la CE. A juicio de aquellos, se trataba de una "*actuación material de la Administración que no constituye objeto del recurso contencioso-administrativo*". Los recurrentes, se dijo, incurrieron en un error de planteamiento en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, al haber impugnado la "actuación material" de la Administración en vez de la "orden de ejecución" que le sirvió de título o cobertura y que sí era objeto del recurso.

res, difícilmente controlable desde la comprensión estricta de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. La ausencia en estos casos de un acto ilegal complica el papel de los tribunales cuando se aplica el rígido molde de pretensiones previstas en la Ley de 1956. El juicio de legalidad impide, a priori, otorgar amparo jurisdiccional a quien se limita a pretender la condena de la Administración por su actitud inhibitoria de los mandatos legales, si no es echando mano de la institución o ficción del silencio, que obliga a respaldar aquella petición en la ilegalidad del acto presunto denegatorio de la previamente planteada ante los órganos administrativos.

Para terminar, una referencia a la llamada "*vía de hecho*". Actualmente también tiene cabida en el orden contencioso-administrativo, con independencia de que, además, otro orden jurisdiccional pueda ser competente para depurar la responsabilidad personal de los agentes si se hubiera hecho uso de la fuerza. La polémica está superada y se admiten diversos supuestos de *vía de hecho*¹⁹: cuando la actividad ejecutoria administrativa no se legitima en un acto administrativo previo, porque no se ha dictado o porque ha dejado de existir (por haber sido anulado o revocado); cuando el acto incurre en tan grave defecto que carece de toda fuerza legitimadora; cuando la ejecución material no guarda conexión con el supuesto de hecho del acto que le sirve de fundamento o es desproporcionada con los fines que se propone; cuando, con posterioridad al título de la ejecución (acto administrativo), no se realizan los actos conminatorios previos a la ejecución (notificación y apercibimiento, cuando su ausencia constituye un vicio esencial y no se reducen a una mera comunicación o aviso de lo que la Administración se propone realizar); o cuando las actuaciones ejecutorias se realizan sin previo procedimiento o sin observar las reglas de competencia²⁰.

¹⁹ Vid. por todos LÓPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988, 1ª ed.

²⁰ Vid. en todos estos casos el artículo 93 LPAC: *Título.-* "1. Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico. 2. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa".

En todos estos casos la vía de hecho se identifica, en mayor o menor medida, con una ausencia total de formas que la hace, cuando menos, poco identificable con el prototipo de "acto administrativo"²¹. Ante esta realidad, el carácter revisor de la JCA logró durante largo tiempo que el conocimiento de estas cuestiones se remitiese a la jurisdicción civil, por la vía de la admisión de interdictos contra la Administración Pública. La ausencia de acto administrativo, la consiguiente actividad material de la Administración y la naturaleza revisora de la jurisdicción contenciosa provocaron una línea jurisprudencial con escasas excepciones proclive a la declaración de inadmisibilidad de los recursos planteados ante vías de hecho, salvo que previamente se hubiese provocado una decisión administrativa²².

Sin embargo, tras la Constitución es imprescindible replantearse la situación. Algún significado tendrá la expresión utilizada por el artículo 106.1 del texto constitucional para designar el objeto del control jurisdiccional: junto a la potestad reglamentaria, la legalidad de la "actuación administrativa" y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, sin limitar ni condicionar la forma externa en que dicha actuación se produzca.

La corroboración de esta visión generalizadora del ámbito de la JCA se confirma en otras leyes posteriores. Por ejemplo, la LOTC incluye expresamente la vía de hecho entre los supuestos que pueden originar la interposición del recurso de amparo constitucional:

"El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, *actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos* del Estado, de las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corpora-

²¹ Cualquiera que sea la concepción de "acto administrativo", subjetiva o material, siendo común a ambas que se trata de una especie de "acto jurídico", emanado de la Administración Pública o de otro órgano que realice funciones administrativas, ajustándose al procedimiento administrativo y sometido al Derecho administrativo. Vid. BOQUERA OLIVER, J.M., *Estudios sobre el acto administrativo*, 7ª ed., Madrid, 1993, pág. 19 y ss.

²² Vid. la STS de 20 de mayo de 1977, az. 2235, sala 5ª, ponente A. Algara Saiz.

tivo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes" (artículo 41.2).

La afirmación reviste vital importancia si se tiene en cuenta que el recurso de amparo exige el agotamiento de la vía judicial previa, constituida en nuestro caso por la contencioso-administrativa ordinaria o la contemplada en la sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

En otras ocasiones, el legislador ha evitado la expresión "actos administrativos" y, en su lugar utiliza expresiones de carácter marcadamente más amplio. La LOPJ, por ejemplo, declara competente en el orden contencioso-administrativo a la jurisdicción española "cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a *actos de las Administraciones Públicas* españolas ...". Aunque no se menciona expresamente la vía de hecho, tampoco se determina la competencia de la JCA en relación con "actos administrativos", utilizando el concepto más amplio de simples "actos" o, como reza su Exposición de Motivos, la "actividad administrativa"²³. Y la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, finalmente, aunque también restringiéndose a la posible violación de derechos fundamentales y libertades públicas, se refiere expresamente en su artículo 6 a "los actos de las Administraciones Públicas, sujetos a Derecho administrativo".

La jurisprudencia ha terminado por admitir expresamente que el concepto de "acto de la Administración Pública" es más amplio que el de "acto administrativo" tradicionalmente ligado al objeto del contencioso (ex. artículo 37.1)²⁴. Todo ello pasa por superar la idea de que la expre-

²³ Exposición de Motivos, apartado III, párrafo 3º.

²⁴ Vid. la STS de 9 de marzo de 1988, az. 2251, sala 5ª, ponente P.A. Mateos García. En contra, la STS de 15 de junio de 1989, az. 4388, sala 3ª, secc. 2ª, ponente F.J. Hernando Santiago, según la cual acto administrativo es aquel "que comprende, en un concepto amplio, como ha sido definido por la jurisprudencia de este Alto Tribunal, la actuación de la Administración del Estado en cualquiera de sus actividades, pero en el sentido técnico comprende sólo las resoluciones o decisiones de las autoridades administrativas en el ejercicio de las funciones y dentro de las atribuciones que le están conferidas y en relación con el fin en cuya razón legal se produce ..." (FJ. 2º).

sión "acto de la Administración" en sentido técnico sólo comprende las resoluciones o decisiones de las autoridades administrativas en el ejercicio de las funciones y dentro de las atribuciones que les están conferidas y en relación con el fin en cuya razón legal se produce (STS de 15 de junio de 1989²⁵). Interpretación que ha hecho suya la jurisprudencia cuando se trata de actuaciones de la Administración vulneradoras de los derechos fundamentales pero que topa con dificultades cuando pretende hacerse extensiva a toda la JCA²⁶. Especialmente tras la redacción que la Disposición adicional 10ª de la LPAC ha dado al antiguo artículo 37.1 de la LJCA, la cual, pese a mantener sustancialmente que "el recurso será admisible en relación con ... los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa", parece entorpecer la interpretación antiformalista en su último inciso "de conformidad con lo previsto en la LPAC". Con ello parece querer ceñirse el concepto "actos de la Administración" al más restringido de "actos administrativos", en lo que supone una interpretación restrictiva del ámbito de la JCA.

III. EL OBJETO DEL PROCESO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE LA JURIDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1997:

1. Introducción:

Como acabamos de ver, aun sin un nuevo texto legal, existe una base sólida para afirmar que el objeto del proceso contencioso-administrativo no está constituido por el "acto administrativo", ni tan siquiera por las pretensiones de anulación y de plena jurisdicción que tradicionalmente se han venido ejercitando.

Hoy en día se admite de forma unánime que el objeto del proceso lo constituyen cualesquiera "pretensiones de las partes", literalmente "deducidas en relación con los actos de la Administración sujetos al Derecho

²⁵ Ibid.

²⁶ Vid. STS de 10 de enero de 1990, az. 1982, sala 3ª, secc. 2ª, ponente R. de Mendizábal Allende.

administrativo", pero admitiéndose su extensión a cualquier forma de actuación o inactividad de la Administración.

Esta afirmación plantea un nuevo problema: los tipos de pretensiones previstos en la LJCA no alcanzan a agotar las posibilidades de control que con la nueva interpretación pueden exigir los ciudadanos.

La doctrina ha puesto de relieve en los últimos años que existe una cierta inadecuación entre los intereses o necesidades de protección jurídica de los sujetos que acuden a la JCA y el sistema de pretensiones procesales que el ordenamiento ofrece. Esta inadecuación es evidente en relación con algunos supuestos concretos: cuando el interés del individuo se concreta exclusivamente en que se ordene a la Administración desarrollar un determinado comportamiento activo, y no simplemente o además en que se anule el acto denegatorio de la solicitud presentada previamente para que se realizase dicha conducta o prestación; o cuando lo que se pretende de los tribunales es, precisamente, evitar que se llegue a producir un determinado acto administrativo previsto por la Administración, lo cual carece de eficacia si el sistema obliga a esperar a que dicha actuación se produzca para poder recabar la tutela judicial; o cuando el sujeto concreta su pretensión en que la Administración realice u omita una simple actuación material, cuando no existe ni tiene por qué existir un acto administrativo previo contra el que dirigir el proceso; o, finalmente, y sin agotar los ejemplos, si el demandante pide al Tribunal que ejercite por sí mismo lo que la Administración se ha negado a realizar.

Si el contencioso ha quedado en evidencia lo ha sido, entre otras cosas, precisamente por la inadecuación entre la necesidad de protección jurídica de quien acude a los tribunales y el sistema de pretensiones procesales. La articulación global del proceso en torno a la pretensión anulatoria es muchas veces insuficiente para dar una respuesta al conflicto jurídico que lo motivó, incluso en los casos en que se plantea, de forma complementaria, una pretensión de plena jurisdicción.

Por ejemplo, pretender la anulación del acto y, en su caso, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada no es lo idóneo cuando no existe tal acto, como sabemos que muchas veces ocurre. O cuando la

Administración lo dictado pero ha omitido una actuación posterior imprescindible para hacerlo efectivo. O, sin agotar los ejemplos, cuando lo que se pretende no es tanto remover una ilegalidad cuanto obtener el reconocimiento de un derecho.

2. Análisis sistemático del Anteproyecto:

El Anteproyecto regula en su Título III el "Objeto del recurso contencioso-administrativo". Pese a contener, como veremos, una de las principales reformas de la JCA, su sistemática es acorde con la Ley de 1956, dividiendo su articulado (arts. 24-40) en los siguientes Capítulos:

Cap. I: Actividad administrativa impugnabile (arts. 24-29)

Cap. II: Pretensiones de las partes (arts. 30-32)

Cap. III: Acumulación (arts. 33-37)

Cap. IV: Cuantía del recurso (arts. 38-40).

La única alteración, que se traducirá en importantes consecuencias jurídicas, radica en el título del Capítulo I -"Actividad administrativa impugnabile" frente a "Actos impugnables" de la Ley de 1956.

Las principales novedades de este Título III son las siguientes:

1º) La ampliación de la "actividad administrativa impugnabile".

2º) La ampliación de las pretensiones ejercitables.

a. La ampliación de la "actividad administrativa impugnabile":

Como se ha visto, uno de los principales objetivos de la reforma es superar la idea del acto administrativo como único cauce de actuación administrativa impugnabile. Se dice en la Memoria del Anteproyecto (suplemento al Boletín de las Cortes núms. 1788-89):

"Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener

justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración" (pág. 15).

Quisiera hacer algunas consideraciones meramente sistemáticas. Pese a estar plenamente de acuerdo con estas palabras, el primer capítulo del Título III, después de lo dicho en la Memoria y en la Exposición de Motivos y de los diversos debates que culminaron con este Anteproyecto, tiene poca razón de ser.

Por un lado, se afirma el carácter pleno del proceso, el abandono del proceso al acto, la complitud del control jurisdiccional; pero, como si estuviésemos ante la Ley del 56, el Título relativo al objeto del proceso contencioso se abre, una vez más, con la determinación de la actividad administrativa impugnabile. Parece que del proceso "al acto" se haya pasado al proceso "a la actividad" cuando tanto una afirmación como la otra son igualmente inciertas y desafortunadas. La revisión del contencioso no exigía ampliar las actividades impugnables, sino crear un sistema plural de pretensiones administrativas, cosa que por otro lado se ha hecho.

Por otra parte, en este primer capítulo se recogen normas de la más variada naturaleza:

1) Normas sobre las características de los actos o de la actividad impugnabile: a modo de requisitos de procedibilidad se dispone, por ejemplo, la exigencia del agotamiento de la vía administrativa (art. 24), la inimpugnabilidad con carácter general de los actos de trámite, de los actos reproducción de otros anteriores y firmes y de los confirmatorios de actos consentidos (art. 24), y la exigencia del requerimiento previo de cesación de la vía de hecho (art. 28).

2) Normas sobre la pretensión de impugnación de disposiciones de carácter general: los modos de impugnación de las disposiciones generales (art. 25) y, lo más peculiar, los efectos de la sentencia estimatoria, las reglas de competencia para conocer del recurso directo e indirecto y la cuestión de ilegalidad (art. 26).

3) La previsión de nuevas pretensiones: contra la inactividad administrativa (art. 24.2), contra la vía de hecho (art. 24.2) y pretensiones prescacionales (art. 28).

Sería conveniente reflexionar sobre la sistemática de este capítulo y reubicar muchas de sus reglas en el capítulo II, relativo a las "pretensiones" propiamente dichas.

b. La ampliación de las pretensiones ejercitables:

a.1.) Introducción:

La Memoria destaca las siguientes ideas:

" ... es necesario diferenciar las pretensiones que pueden deducirse en cada caso, pues es evidente que la diversidad de actuaciones y omisiones que pueden ser objeto del recurso no permiten seguir configurando éste como una *acción procesal uniforme*. Sin merma de sus características comunes, empezando por el *nomen iuris*, el recurso admite modulaciones de relieve en función del objeto sobre el que recae. Cohonestar los elementos comunes y los diferenciales en un esquema simple y flexible es otro de los objetivos de la reforma.

Por razón de su objeto se establecen cuatro modalidades de recurso: el tradicional dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; el que, de manera directa o indirecta, versa sobre la legalidad de alguna disposición general, que precisa unas reglas especiales; el recurso contra la inactividad de la Administración y el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho".

La clasificación no es demasiado afortunada, porque vuelve a una terminología clásica de "recursos contra actos", "recursos contra reglamentos", "recursos contra la inactividad de la Administración" y "recursos contra la vía de hecho". Las críticas pueden partir de dos consideraciones:

1º) Esta clasificación cierra, por así decirlo, los tipos de pretensiones, en otras palabras, introduce un sistema cerrado o de *numerus clausus* de pretensiones, cuando la práctica ha demostrado que la realidad es tan cambiante y tan sorprendente que siempre podrá surgir una pretensión de difícil encaje en alguno de los cuatro supuestos anteriores.

Sería deseable que la Exposición de Motivos de la nueva LJCA dejase clara la idea del sistema abierto de pretensiones, que no se delimitase el tipo de pretensiones a ejercitar, o que se hiciese mediante fórmulas más genéricas o flexibles. Deberían admitirse, sin más complicaciones, las clásicas pretensiones: a) constitutivas (creación, modificación o extinción de una relación jurídica); b) declarativas (clarificación de una situación jurídica); y c) prestacionales (consecución de una prestación de hacer -frente a una inactividad- o no hacer -frente a una vía de hecho-).

2º) Además, carece de sentido que para hablar del objeto del proceso, o estrictamente de los tipos de pretensiones, se hable de "recursos contra", identificando el móvil o el motivo causante del proceso con su objeto.

Por ejemplo:

La Administración dicta un acto, pero en él omite descaradamente el cumplimiento de una obligación impuesta por la Ley o simplemente no adopta luego en la práctica las medidas adecuadas para su efectivo cumplimiento. ¿Qué procede en este caso: un recurso contra el acto o contra la inactividad de la Administración?. ¿Hay que seguir las pautas de impugnación de los actos (agotamiento de la vía ...) o basta con la reclamación previa del artículo 28 del Anteproyecto?.

Esta duda debería ser intrascendente. Lo que el particular "pretende" es que se condene a la Administración a realizar una prestación; que su omisión se haya producido como consecuencia de un acto administrativo o de una inactividad es indiferente. Por tanto, ¿para qué hablar de "recursos contra actos" (omisivos) y "recursos contra la inactividad", en vez de hablar, en general, de pretensiones prestacionales?. ¿Por qué no establecer una vía de reclamación uniforme para todas las pretensiones de dar, hacer o no hacer contra la Administración, independientemente de cuál haya sido el origen de la omisión o el mal hacer?.

Por lo demás, este esquema procesal es, en la práctica, insatisfactorio por insuficiente. Por ejemplo, sin prejuzgar la legalidad de un acto o, incluso, partiendo de su estricta sujeción al ordenamiento jurídico, es posible pretender una conducta determinada de la Administración, cuando ésta, como tantas otras veces, no ejecuta sus actos.

Es el caso que provocó la controversia entre don J.A.A.P. y el Ayuntamiento de Belmonte de Miranda (Asturias), resuelta por STS de 15 de diciembre de 1988²⁷, sobre la reparación de un camino público, en los siguientes términos: tanto en primera instancia como en apelación, se reconoció por los tribunales la estricta legalidad de los actos administrativos, que

"denotan una inequívoca voluntad municipal de actuar su potestad de policía para poner a esta vía pública en el debido estado, mediante la corrección de los desperfectos de la tubería que discurre por el camino ... así como la modificación de la pendiente del mismo por el vertido de escombros ... y otras reparaciones".

Sin embargo, como señaló el apelante en su escrito de alegaciones,

"no se duda de la voluntad municipal, pero ello no es suficiente, pues no basta con que el Ayuntamiento tenga voluntad de ejecutar sus Acuerdos, ni que requiera e imponga multa a los denunciados, pues lo que la Ley exige es que se ejecute práctica y realmente, es decir, materialmente, sus actos en sus propios términos ...".

La pretensión del demandante era clara: que se condenase a la Administración a hacer efectivas las reparaciones del camino, independientemente de la legalidad de sus actos. Sin embargo, fue rechazada por el TS:

" ... la forma en que encuadra su pretensión el accionante, al manifestar que lo que la ley exige es que el Ayuntamiento ejecute práctica y realmente, materialmente, sus actos en sus propios términos, pone al descubierto que no discute la legalidad de los acuerdos residenciados en el proceso, y, por lo tanto, el pronunciamiento del tribunal a quo en ese sentido, sino que centra el tema en el campo de la ejecución material de lo acordado, con la inconsecuencia de trasladar al Supremo una cuestión como ésta -de mera ejecución- cuando la ejecución tiene que ser realizada por la misma Administración y controlada por el tribunal de instancia, a no ser que en la fase de ejecución de sentencia surja alguna incidencia con

²⁷ Vid. az. 9967, sala 4ª, ponente A. Martín del Burgo y Marchán.

sustantividad suficiente como para habilitar un recurso de apelación ante nosotros, como se desprende de lo establecido en los artículos 103 y 110 de la Ley de Jurisdicción" (FJ. 4º).

Y la sentencia continua:

"Lo contrario a lo dicho representa una *deformación del carácter revisor de nuestra jurisdicción, encargada de controlar la legalidad de los actos administrativos*, planteando en la fase cognitiva del proceso temas netamente de ejecución material de lo acordado por la Administración, con el agravante, como ha quedado expuesto, de plantear este tema ante el TS, que sólo por vía excepcional, y en su momento, como ya hemos anotado, podría intervenir ..." (FJ. 5).

No es un caso aislado. Véase la STS de 29 de noviembre de 1994²⁸, en la que se declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso al amparo del artículo 82.c) de la LJCA. El recurrente pretendía que el Tribunal condenase a la Administración municipal a demoler determinadas obras, demolición ya acordada por el Ayuntamiento (Acuerdo de 26 de noviembre de 1986) y cuya ejecución había ordenado el propio Alcalde (3 de octubre de 1987), pero que no se había efectuado hasta la fecha. El TS confirmó la concurrencia de la causa de inadmisibilidad, toda vez que:

" ... cuando un primer acto administrativo recurrido jurisdiccionalmente ha quedado sin efecto, y perdida su virtualidad por resolución emanada de la Administración, estando ya pendiente el proceso, si el interesado sigue manteniendo éste contra aquél, y en la demanda no interesa nada respecto del otro, se produce la expresada causa de inadmisibilidad, *al haber quedado sin contenido un acto, y haber perdido las condiciones necesarias para ser objeto de recurso* exigidas por el artículo 37 de la citada Ley; y en el caso que nos ocupa, interpuesto el recurso contra la desestimación presunta por silencio administrativo, tras denuncia de la mora, de solicitud de la demandante referente a la ejecución de una demolición, des-

²⁸ Vid. az. 8563, sala 3ª, secc. 5ª, ponente J. Barrio Iglesias.

pués de su interposición, se adoptó por el Ayuntamiento de Burgos resolución estimatoria de lo interesado, la que fue conocida por la actora al examinar el expediente para formular la demanda. Sin que a esta solución sea óbice alguno el que dicho Ayuntamiento no esté siendo diligente en ejecutar, postura que, de ser real, únicamente facultaría a la recurrente para *reincidir en la vía de petición y accionar contra su resultado, en su caso, pero no para solucionar la cuestión en un proceso que ha quedado sin acto impugnado, con idénticos efectos que si, ya desde un principio, careciese del mismo*".

Las conclusiones que extrae el Tribunal merecen algunas consideraciones:

1º) Se confunde claramente la exigencia del requisito de procedibilidad, el acto administrativo, con el objeto del contencioso, la pretensión procesal. La pretensión del actor se concreta en la efectiva demolición de ciertas obras, y no ha sido satisfecha en vía jurisdiccional. Aducir en justificación de esta insatisfacción la inexistencia de acto administrativo o la ineficacia del acto administrativo inicialmente recurrido es dar un alcance desmesurado al carácter revisor de la JCA²⁹.

2º) Proponer como vía de solución del conflicto jurídico la reiteración de la vía de petición es un retroceso importante en la efectividad del derecho a la tutela judicial. La posibilidad de pedir ante los tribunales de justicia cualesquiera pretensiones, dada la naturaleza del proceso conten-

²⁹ Obsérvese el siguiente supuesto, que fue tratado en una sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1988, az. 3960, sala 4ª, ponente J. García-Ramos Iturralde: El demandante pedía al Ayuntamiento la demolición de unas columnas de un edificio, después de que se hubiese declarado la ilegalidad de lo construido por no ajustarse a la licencia municipal de obras. El recurso se interpone contra la desestimación presunta de la petición de demolición y la pretensión se centra en solicitar al Tribunal que "se declare la ejecución judicial del Acuerdo ... ordenando la demolición de las columnas". En este caso aparece claramente diferenciado el "objeto" del proceso (la pretensión de condena) del requisito de procedibilidad (un acto de la Administración preexistente, *en relación con el cual* se plantea la pretensión, y que no juega el papel de delimitador del objeto del proceso, porque es perfectamente ajustado a derecho -el acuerdo declarativo de la ilegalidad de unas obras-, sino mero presupuesto de acceso a la Jurisdicción). Se quiere insistir en una idea: la exigencia de acto previo no debe ser un obstáculo al derecho de acción o reacción de los ciudadanos ante los tribunales de justicia.

cioso como proceso completo, incluye también la posibilidad de reaccionar contra la inactividad de la Administración y pedir que se condene a aquélla a adoptar una determinada conducta, independientemente de la existencia o no de acto administrativo previo y de la legalidad o ilegalidad del, en su caso, existente.

Y, dando un paso más, se abriría la alternativa de que fuesen los propios tribunales, en vez de la Administración, quienes ejecutasen lo previamente declarado, dando cabida en el proceso a pretensiones de *de ejecución o ejecutivas*, que reclaman del Juez la realización de una conducta física distinta del mero declarar, una actuación posterior que haga coincidir el ser con el deber ser, que logre hacer corresponder la realidad material y lo previamente declarado o, en palabras del TC, "cuando los jueces y tribunales a quienes corresponde hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la Constitución), según las normas de competencia y procedimiento aplicables, y con independencia de que la resolución haya de ser cumplida por un ente público, adoptan las medidas oportunas para el estricto cumplimiento del fallo" (STC 125/1987, de 15 de julio, FJ. 2º)³⁰.

b.2) Análisis de las pretensiones previstas en el Anteproyecto:

La ausencia de sistemática en el Anteproyecto complica en esta ocasión el estudio de las diversas pretensiones planteables ante los jueces y tribunales contencioso-administrativos. Lo cual, por otro lado, sería tarea innecesaria si el redactor del Anteproyecto hubiese tenido la intención de establecer un sistema de pretensiones abierto, dejando a manos de la realidad el descubrimiento o la evidencia de lo que es pretendible o no de los tribunales contenciosos.

La clasificación que se establece a continuación no es más que un intento de clarificar los preceptos contenidos a lo largo de todo el Título III.

1º) El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y la anulación de los actos expresos y presuntos de la Ad-

³⁰ Vid. también la STC 167/1987, de 28 de octubre: "La Sala puede adoptar las medidas concretas que dicha tutela judicial requiere, utilizando para ello, si necesario fuere, los medios de ejecución sustitutoria que la legislación procesal dispone" (FJ. 4º).

ministración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento³¹.

No será admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma³².

Este primer supuesto merece tan sólo algunas consideraciones:

- Sería preferible que el texto separase debidamente el recurso contra actos del recurso contra disposiciones de carácter general, que aparecen regulados conjuntamente en el artículo 30 del Anteproyecto.

De esta forma, ya no tendría sentido decir "y, en su caso" respecto a la impugnación de actos, al ser éste un inciso referido en el Anteproyecto y en la LJCA claramente a las disposiciones de carácter general³³, para indicar que en algunos casos cabrá su anulación (en la LJCA por la vía del recurso directo -inaplicación tratándose de recurso indirecto-, en el Anteproyecto también por la vía del recurso indirecto cuando estemos en los casos del artículo 26.2 y 3: que el Tribunal sentenciador sea competente para conocer del recurso directo contra la disposición general, o si se trata del TS o TSJ en el ámbito de sus competencias).

- Sería preferible omitir la referencia a los actos "presuntos", por las dudas que ha planteado a raíz de su incorporación a la Ley 30/1992 (¿acto presunto o acto ficticio?).

Bastaría hablar en estos casos de "actos administrativos", con todo lo que hoy en día conlleva la expresión. Al fin y al cabo, estamos ante la típica pretensión anulatoria de "actos" en sentido estricto, porque, como veremos, para otro tipo de casos no encuadrables en el tipo descrito ya se crean expresamente otras pretensiones.

³¹ Artículos 24 y 30 de Proyecto.

³² Artículo 27 del Proyecto.

³³ Dice el artículo 30, también del Proyecto "El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones *susceptibles de impugnación según el capítulo precedente*".

2º) El demandante podrá pretender la declaración de no ser conforme a derecho, y en su caso³⁴, la anulación de una disposición de carácter general.

La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de sus actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior³⁵.

El actual artículo 26 plantea algunos interrogantes sobre el objeto de este llamado recurso contra el Reglamento, que contiene dos modalidades, el recurso directo y el indirecto, y que ya había planteado serias dudas en la legislación vigente.

Centrándonos en nuestro tema, ¿cuál es el "objeto" de este proceso?:

- Podría tratarse de un recurso contra el acto que tiene una particularidad: la sentencia puede extender sus efectos, en ciertos casos y con determinadas particularidades, al Reglamento.

- Podría tratarse de un recurso contra un Reglamento, sólo que articulado a partir de la impugnación de uno de sus actos de aplicación.

El matiz es importante desde la perspectiva de la pretensión, porque una y otra opción exigen un "petitum" diferente:

- Este consistirá, en el primer caso, en la anulación del acto, sin perjuicio de que el Tribunal, haciendo uso de su posición en el proceso, decida anular el Reglamento, si es competente para ello, o plantear la correspondiente cuestión de ilegalidad, si no lo es.

- En el segundo caso, el "petitum" deberá exigir expresamente al Tribunal que declare el Reglamento contrario al Ordenamiento jurídico y, en su caso, lo anule.

No sólo está en juego la adecuada "denominación" del recurso. El principio de congruencia, el tema de los vicios de orden público y la eficacia de la sentencia son, entre otros, algunas de las dudas que presenta la actual regulación y que deben ser resueltas.

³⁴ Aquí sí es lógico el inciso "en su caso".

³⁵ Vid. artículos 25.1 y 30 del Proyecto.

3º) El demandante podrá pretender la condena de la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas en una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de acto, contrato o convenio, cuando reclamada la prestación ante la Administración se haya abstenido de cumplirla en un plazo de tres meses, sin necesidad de solicitar certificación de acto presunto³⁶.

Lo que el ciudadano pretende es que la Administración realice una actividad o dicte un acto que le viene impuesto ex lege, ax acto o ex contractus.

Es preciso detenerse en algunas cuestiones:

- Se trata de condenar a la Administración "en los concretos términos en que estén establecidas" sus obligaciones bien en una norma, acto, contrato o convenio.

Es decir, los jueces y tribunales no se verán en la tesitura de tener que "sustituir" a la Administración ante su inactividad, porque los términos de su cumplimiento se desprenden objetivamente de la norma, del acto, del contrato o del convenio. Con ello se evita la polémica que tantas páginas de doctrina ha ocupado recientemente sobre el alcance de la potestad discrecional y el control judicial y sobre la usurpación ilegítima de funciones del Ejecutivo por el Poder Judicial.

- La reclamación a que se refiere el precepto no debe configurarse como una solicitud en sentido formal, es decir, como la forma de iniciación de un procedimiento (artículo 68 Ley 30/1992), ni la desatención de la Administración como un "acto presunto" (artículo 43). Ello significaría una vuelta al carácter revisor de la JCA, que expresamente niega la Memoria y la Exposición de Motivos del Anteproyecto. No se trata de forzar el acto administrativo como requisito previo al proceso, sino de dar la oportunidad a la Administración de evitar el proceso.

Se trata más bien de una especie de *interpellatio* o denuncia de mora, que tiene por finalidad tratar de evitar el proceso cuando la Administra-

³⁶ Vid. artículos 28 y 31 del Proyecto.

ción no ha cumplido por motivos distintos a su falta de voluntad de cumplimiento. La propia estructura administrativa y la eficacia de la actividad administrativa requieren esta "llamada de atención" que, en ningún caso, debe volverse contra el ciudadano diligente. Con esto último se quiere decir lo siguiente:

1) Su contenido no condiciona el futuro debate jurisdiccional. No se tratará en el proceso de revisar el "acto presunto" surgido de la desatención de la Administración al ciudadano, sino, directamente, de examinar "los concretos términos" en que estén establecidas las obligaciones en la disposición general, en el acto, e el contrato o en el convenio.

2) No siendo un acto presunto, no deberán cumplirse las formalidades que para ellos establece la Ley 30/1992, entre otras, la certificación de acto presunto. Por eso es innecesaria e incluso ilógica la expresa referencia a su innecesariedad en el texto del Anteproyecto. Parece más bien querer mostrar una excepción *ex lege* al sistema general que hacer ver que no estamos ante tal acto presunto³⁷.

3) Precisamente por la afirmación anterior -no se trata de un acto presunto- la inactividad no deviene firme y consentida, a no ser que la disposición, el acto o el contrato dispusieran otra cosa expresamente. Esto quiere decir que no debe existir un plazo preclusivo para que el ciudadano presente la reclamación, por lo que la obligación permanecerá viva mientras se mantengan las circunstancias previstas en los títulos de los que derive.

4) La abstención de la Administración de cumplir el requerimiento en un plazo de tres meses no tiene nada que ver con el plazo de tres meses previsto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, ni entra en juego el silencio -ni positivo ni negativo- en favor del particular.

5) El Anteproyecto prevé expresamente la posibilidad de que se condene a la Administración "a dictar el correspondiente acto administrativo en los términos establecidos en el fallo judicial" (artículo 31.1).

³⁷ Compruebo con satisfacción que el texto del Proyecto ha eliminado la referencia a la certificación de acto presunto.

La Exposición de Motivos aclara que con ello no se pretende que los órganos jurisdiccionales sustituyan a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el Derecho, ni les permite imponer mandatos precisos a genéricas obligaciones legales, porque en ese caso se estaría invadiendo la función propia de la Administración. "De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas" (Exposición de Motivos, V)

Este inciso puede ser el foco de importantes problemas prácticos. Sobre todo en los últimos tiempos en que el debate sobre la discrecionalidad administrativa y el control judicial se ha agudizado.

4º) En caso de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho y que cese dicha situación, cuando formulado requerimiento de cesación a la Administración no fuera atendida dentro de los veinte días siguientes, sin necesidad de ulteriores trámites³⁸.

Finalmente, es destacable el *recurso contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho*. Mediante este recurso -expone el Preámbulo- se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase.

Lo dicho respecto al requerimiento previo a la pretensión contra la inactividad debe reproducirse aquí. De esta forma, se pondría fin a la contradicción y al inmovilismo que tan duramente ha criticado F. LÓPEZ MENUENDO de la jurisprudencia menor de las Audiencias en torno al requisito de la reclamación previa a la interposición de las acciones interdictales contra la Administración³⁹, cuyos pronunciamientos pueden dividirse en tres grandes grupos: las sentencias que niegan el requisito de la recla-

³⁸ Vid. artículos 28 y 31 del Proyecto.

³⁹ Vid. *La vía de hecho* ..., cit., y más recientemente "Reclamación previa a interdictos contra la Administración. Fin de un requisito controvertido", en *La protección jurídica del ciudadano*, Estudios en Homenaje al Profesor González Pérez, Civitas, Madrid, 1993, V. I, pág. 711 y ss.

mación previa de modo absoluto⁴⁰; las que lo admiten también de forma absoluta⁴¹; y las intermedias, que partiendo de admitir la necesidad de la reclamación previa fuerzan en cambio una solución contraria para el caso sometido a juicio, bien mediante interpretaciones *ad hoc* de las normas aplicables, o bien sobre la base de las peculiaridades ofrecidas por los propios hechos enjuiciados⁴².

No hay que olvidar la funcionalidad de las acciones contra las vías de hecho y las particularidades de la actuación material de la Administración en todos estos casos. Serían aplicables algunas de las afirmaciones vertidas en una sentencia de la Audiencia provincial de Badajoz de 20 de marzo de 1989⁴³ a propósito de la inexigibilidad de reclamación previa respecto a las acciones interdictales:

1) Si se exigiera la acción previa en vía gubernativa, los efectos dilatorios que ésta comporta harían difícil en unos casos e imposible en otros el ejercicio de la tutela *interdictal*, singularmente en los interdictos de

⁴⁰ La mayoría de estas sentencias se basan en la similitud de la reclamación previa con el acto de conciliación, a su vez exceptuado para los interdictos según el artículo 460.8 de la LEC; además, dice la jurisprudencia, "como el interdicto, por su urgencia y naturaleza sumaria y provisional -no produce el efecto de cosa juzgada- se aviene mal con la dilación que supondría la reclamación previa, que podría incluso malograr la eficacia de este procedimiento, que se encamina a sostener, a la mayor brevedad, la protección posesoria, hasta el punto de que se halla exceptuado del acto previo de conciliación, según dispone el número 8 del artículo 460 de la LEC, ello mueve con interpretación finalista a moderar la imperativa y rigurosa exigencia legal ..." (sentencia de la Audiencia provincial de Teruel de 30 de octubre de 1982). Cfr. LÓPEZ MENUDO, op. cit., pág. 718 y ss.

⁴¹ Estas sentencias niegan la equiparación de la reclamación previa y el acto de conciliación y, bien echando mano de la regla *ubi lex non distinguet ...*, bien invocando la necesidad de que la Administración conozca previamente la pretensión, e incluso basándose en el principio de economía procesal, establecen el carácter necesario de la reclamación. Cfr. LÓPEZ MENUDO, op. cit., pág. 720 y ss.

⁴² En estos casos se cita el artículo 125 LEF, que señala que el interesado podrá ejercitar los interdictos de retener y recobrar sin mayores exigencias adicionales, lo que permite afirmar que en este ámbito no existe el requisito de la reclamación previa. Otras veces se argumenta que no sería justo echar cargas al interesado cuando la Administración ha actuado del modo más grosero, sin título alguno, o que no tendría sentido exigir la reclamación cuando a la Administración ya le constaba la oposición del interesado a la ocupación de su finca. Finalmente, en otro grupo de sentencias se indica que la falta de reclamación no implica la nulidad de las actuaciones practicadas, produciéndose únicamente la suspensión del procedimiento para que la falta sea subsanada.

⁴³ Ponente R. Balina Mediavilla, comentada por LÓPEZ MENUDO, op. cit., pág. 724 y ss.

obra nueva por la exigencia jurisprudencial de que no cabe el ejercicio de esta acción interdictal si la obra se encuentra ya terminada.

2) Si la *ratio essendi* de la reclamación previa se encuentra en la conveniencia de eliminar litigios innecesarios y en que la Administración no se vea sorprendida por acciones entabladas contra ella, el presupuesto previo resulta innecesario en esta clase de juicios sumarios y especiales que se ocasionan normalmente para evitar que una persona, sea física o jurídica, que cree estar en posesión de un derecho, lo actúe directamente por la vía de hecho; en esta situación subjetiva resulta redundante y superfluo todo intento de avenencia sea por vía de conciliación como de reclamación administrativa previa.

3) Finalmente, de acuerdo con los principios constitucionales que consagran la igualdad de todos ante la ley, el establecimiento de un Estado de Derecho que obliga a todos sin excepción al ejercicio normado de aquéllos, deben interpretarse restrictivamente los "privilegios" que el ordenamiento jurídico concede, debiendo respetarse aquéllos absolutamente necesarios y tendentes precisamente a conseguir la igualdad cuando la posición de las partes sea de hecho desigual.

Son muchas y variadas las razones que avalan la eliminación de la reclamación previa en estos casos. A modo de reflexión final sobre esta cuestión, conviene hacer un par de precisiones:

- No debe olvidarse la doctrina del TC sobre el carácter restrictivo y excepcional de las normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción⁴⁴.

- Esta cuestión debe analizarse desde la óptica del Estado social y democrático de Derecho que establece la Constitución, en el cual necesariamente hay que evitar hablar de "privilegios" de la Administración e insistir en la idea de las potestades administrativas⁴⁵. En esta línea podríamos sostener que en todos estos supuestos de vías de hecho la Administra-

⁴⁴ Vid. la STC 60/1989, de 16 de marzo.

⁴⁵ Vid. J.L. MEILÁN GIL, "La Administración Pública a partir de la Constitución Española de 1978", en *Administración pública en perspectiva*, cit., págs. 379 y ss.

ción no actúa con la potestad que le es característica, sino como una simple persona jurídica privada, por lo que resultaría desproporcionado e irrazonable mantener, aún en estos casos, un régimen excepcional como es el de la decisión previa.

En otro orden de cosas, la regulación del Anteproyecto, pese a ser profundamente innovadora en cuanto reconoce el recurso contra la vía de hecho, adolece, sin embargo, de importantes deficiencias que deberían ser subsanadas. Muchas de ellas fueron puestas de relieve por LÓPEZ MENUDO a propósito del encuentro en Sevilla para debatir sobre el anterior Anteproyecto y, pese a su buena aceptación entre la mayoría de los allí presentes, no fueron finalmente tomadas en consideración.

Por último, el Anteproyecto señala la posibilidad de que se adopten las medidas dispuestas en el artículo 30.2 (es decir, reconocimiento de una situación ...) y esto conduce a un problema que merece una pausada reflexión: ¿es que la pretensión de reconocimiento de situación y adopción de medidas sólo es planteable de forma simultánea con las pretensiones previstas en los artículos 30.2 y 31.2?. Por ejemplo, en caso de inactividad, ¿no es posible pedir simultáneamente la adopción de medidas, el reconocimiento o los daños y perjuicios?. A este tema se dedican las líneas siguientes.

- b.3) Algunas consideraciones sobre la pretensión de reconocimiento y, en su caso, restablecimiento, de una situación jurídica individualizada:

Según el Anteproyecto, el demandante podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y, en su caso, la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda.

Se dedican a esta pretensión el párrafo 2º de los artículos 30 y 31, lo cual es, a mi juicio, un serio inconveniente, heredado de la Ley vigente y que tal vez no haya sido suficientemente cuestionado por la doctrina. Se trata de lo siguiente: en la Ley de 1956, y como veremos también en el Anteproyecto, este tipo de pretensiones es "accesorio" o instrumental, es

decir, dependiente de otra principal, la de anulación en la LJCA de 1956 (recuérdese el artículo 42: "además de lo previsto en el artículo anterior ...") o de la anulación y de la de cesación de la vía de hecho en el Anteproyecto -por eso se dice "también podrá pretender" (artículo 30) o "y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 30.2" (artículo 31.2)-.

Se sigue concibiendo la pretensión de reconocimiento como accesorio. Esto lo confirma la regulación de la cuantía del recurso, cuando se dice:

Artículo 40:

1. "Para fijar el valor económico de la pretensión se tendrán en cuenta las normas de la legislación procesal civil, con las especialidades siguientes:

b) Cuando el demandante solicite, *además de la anulación*, el reconocimiento de una situación jurídica ...".

Separar las pretensiones de anulación y de cesación de una vía de hecho de las de reconocimiento y, en su caso, restablecimiento de una situación jurídica individualizada es trascendental porque permite concebir un contencioso con esta última pretensión de forma autónoma, algo hasta ahora imposible (al menos con la LJCA en la mano).

Mantener la situación precedente es un importante retroceso, que sólo tiene explicación en el marco del mal interpretado carácter revisor de la LJCA. Es, efectivamente, una vuelta al carácter revisor, en cierto modo.

Las ventajas de concebir esta pretensión como autónoma son indudables por lo siguiente: permitirían resolver ante los Tribunales determinados conflictos jurídicos que no están necesariamente unidos a una actuación ilícita de la Administración.

Es el caso, por ejemplo, de las indemnizaciones debidas a los ciudadanos por actuaciones *legítimas* del Estado o de la Administración⁴⁶, difi-

⁴⁶ Vid. sobre la distinción entre "indemnización" y "responsabilidad", vid. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, "La teoría de la indemnización y la responsabilidad en Derecho Público", Tecnos, Madrid, 1977, 8ª ed., V. II, págs. 217 y ss.

cilmente reconducibles a una pretensión de anulación -porque no existe acto ilegal- y a duras penas encajable en la pretensión contra la inactividad de la Administración -porque generalmente son supuestos que escapan a la actividad administrativa. La doctrina y la jurisprudencia han justificado con la teoría de la socialización de daños o asunción de riesgos por el Estado este tipo de indemnizaciones, tratando de buscar un engarce suficiente que permitiese reconducir estas categorías a la JCA, caracterizada por la existencia de un acto ilegal (carácter revisor) que en estos casos brilla por su ausencia.

Lejos de forzar las instituciones, la previsión de una pretensión de reconocimiento, restablecimiento y, en su caso, indemnización sería la vía idónea para llevar a los tribunales contenciosos estos conflictos. Por otro lado, ya existen algunas sentencias del TS que han reconocido expresamente la existencia de dos tipos de pretensiones indemnizatorias: las accesorias y las autónomas. Otra cosa sería negar la realidad.

La articulación procesal de esta pretensión sería idéntica a la de las demás pretensiones prestacionales, porque esta es, al fin y al cabo, la naturaleza jurídica de esta pretensión: requerimiento previo (no acto) y JCA.

3. Juicio crítico:

Parece que en esta ocasión el Anteproyecto va a obtener el respaldo suficiente para convertirse en el nuevo texto legal regulador de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Después de los múltiples avatares de tantos anteproyectos dejados atrás, y con la carga a la espalda de quien tiene que intentar si no mejorar, que parece tarea difícil, al menos mantener la calidad del texto próximamente derogado, el Gobierno envía a las Cortes un texto madurado, cuasi-consensuado y respaldado por una buena parte de la doctrina administrativista y procesalista.

Pese a ello, siempre quedarán cuestiones oscuras, problemas no resueltos, intentos frustrados de dar fin a la polémica que harán más fuertes, o al menos, más sonadas las palabras de los detractores que las de los entusiastas. Probablemente sea el tiempo el que haga justicia, aunque un escepticismo moderado me hace pensar que el recuerdo de la Ley de 1956

va a hacer sombra durante mucho tiempo a cualquier intento de reforma de la Jurisdicción.

De cualquier forma, sin prejuzgar la funcionalidad de las novedades aportadas por el Anteproyecto, sí quisiera terminar manifestando mi opinión sobre lo bueno y lo malo en lo que al objeto del contencioso se refiere.

Lo bueno, el intento decidido por dar cabida en la Jurisdicción Contencioso-administrativa a cualquier manifestación ilegal de la actuación administrativa, poniendo fin a las insatisfacciones judiciales que sólo a través del buen tino del TC y de los demás tribunales de justicia se evitaron, al amparo casi siempre de la Constitución, bajo la vigencia de la Ley de 1956.

Lo malo, la incapacidad de alejarse de un esquema procesal inspirado en el más clásico contencioso francés, cuando incluso en el país vecino empiezan a vislumbrarse algo más que sombras de duda sobre su funcionalidad, a pesar, como hemos visto, de las optimistas perspectivas de los creadores del Anteproyecto.