

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

TUTELA JUDICIAL, LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y PRÁCTICA FORENSE: VIEJAS DIFICULTADES Y NUEVAS PROPUESTAS¹

ROBERTO O. BUSTILLO BOLADO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo

I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 46 LJCA/1998 POR VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 24 CE, EN TANTO EN CUANTO ESTABLECE UN PLAZO DE SEIS MESES PARA RECURRIR EN CASO DE SILENCIO.—III. ASPECTOS NEGATIVOS QUE PUEDEN NO SUPONER UNA VULNERACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, PERO CUYA CORRECCIÓN PODRÍA SATISFACER MEJOR EL CUMPLIMIENTO DE TAL DERECHO Y SU PERCEPCIÓN SOCIAL: 1. *Artículo 14.1, regla segunda: la cuestionable limitación jurisprudencial de la operatividad del fuero territorial electivo al ámbito de un Tribunal Superior de Justicia.* 2. *Artículo 78.16: ¿es o no admisible el dictamen de peritos designados judicialmente en el procedimiento abreviado?* 3. *Artículo 104.2: cuando se inicia un contencioso-administrativo en ejercicio de la acción pública, ¿por qué excluir de su alcance la solicitud de la ejecución de la sentencia que eventualmente se dicte?* 4. *Artículo 139.1, párrafo segundo: una regla sobre la condena en costas bienintencionada, pero mal y escasamente utilizada.*—IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Algunos contenidos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y alguna práctica forense pueden plantear dificultades para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva y la percepción social de tal derecho. En todos los casos analizados, los desequilibrios favorecen a la Administración demandada, que así suma al privilegio posicional de la autotutela algunas ventajas procesales y procedimentales, en mi opinión, no siempre justificadas. El plazo para recurrir, el fuero territorial, el dictamen de peritos, la ejecución de sentencias y la condena en costas en primera o única instancia, son los aspectos en los que este estudio identifica dificultades positivas o jurisprudenciales y respecto de los cuales se proponen posibles soluciones.

Palabras clave: Derecho administrativo; Derecho procesal; jurisdicción contencioso-administrativa; derecho a la tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

Some contents of the regulation about Administrative Litigation Jurisdictional Bodies and some judicial practice can create difficulties to the satisfaction of the right to effective protection from the judges and the courts, and to the social perception of such a right. In all cases studied, the imbalances advantage the public Administration, which, thus, adds procedural advantages, in my opinion, not always justified. Time to take legal action,

¹ Estudio realizado en el marco del Programa «El tiempo de los derechos», Consolider-Ingenio 2010, dentro del Grupo de investigación HI13 de la Universidad de Vigo.

territorial jurisdiction, proof, enforcement of court judgments and legal costs, are the areas in which this study identifies legal or jurisprudential difficulties and suggests possible solutions.

Key words: Administrative Law; Litigation Law; administrative litigation jurisdictional bodies; right to effective protection from the judges and the courts.

I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: PLANTEAMIENTO GENERAL²

Todos los órdenes jurisdiccionales tienen como función juzgar y hacer cumplir lo juzgado (art. 117.3 CE), pero de entre todos ellos hay uno que, además, está específicamente diseñado para satisfacer otro contenido constitucional: el control de la actividad administrativa (art. 106.1 CE). Este orden es el contencioso-administrativo. Cierto que ni el contencioso-administrativo tiene el monopolio judicial de ese control de la actividad administrativa (pues en ámbitos concretos las jurisdicciones civil, social y militar también lo ejercen), ni la función de control del contencioso-administrativo se limita a la actividad de las Administraciones públicas (art. 1.3 LJCA/1998), pero cierto también es que esta jurisdicción ordinaria pero especializada está diseñada para llevar el protagonismo en esa labor que el artículo 106.1 CE atribuye a los Tribunales.

No obstante, el diseño de los principales caracteres del contencioso-administrativo es preconstitucional, pues se remonta a la ya derogada LJCA/1956, unánimemente reconocida como un texto legal excelente y muy

² Sobre la LJCA/1998, véanse, en general, entre los más recientes, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2008; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. III. La Justicia Administrativa*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006; LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN (Coords.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2001; L. MARTÍN REBOLLO, «Estudio preliminar sobre el control judicial de las Administraciones públicas. La Jurisdicción contencioso-administrativa: evolución histórica y dimensión sociológica. La Ley Jurisdiccional de 1998: principales características», § 22 de MARTÍN REBOLLO, *Leyes administrativas*, 16.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010; GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y SALA SÁNCHEZ, *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004; T. CANO CAMPOS (Coord.), *Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas* (tomo IV de VV.AA., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*), Iustel, Madrid, 2009; E. ARNALDO ALCUBILLA y R. FERNÁNDEZ VALVERDE (Dirs.), *Jurisdicción contencioso-administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, 3.ª ed., El Consultor, Madrid, 2007; J. M. AYALA MUÑOZ y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 3.ª ed., Aranzadi, 2007; M. PULIDO QUECEDO, *Código de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2009; JOSÉ M.ª ÁLVAREZ CIENFUEGOS y otros, *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 2002; A. PALOMAR OLMEDA, *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 2010; ídem, «Las reformas en el contencioso-administrativo del invierno de 2003», en *Justicia Administrativa*, núm. 23, 2004; Roberto O. BUSTILLO BOLADO, *La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

avanzado para su época. Como se señala en la Exposición de Motivos de la vigente LJCA/1998, la LJCA/1956 dotó a esta jurisdicción

«... de las características que hoy tiene y de las atribuciones imprescindibles para asumir la misión que le corresponde de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración.

Dicha Ley, en efecto, universalmente apreciada por los principios en los que se inspira y por la excelencia de su técnica, que combina a la perfección rigor y sencillez, acertó a generalizar el control judicial de la actuación administrativa, aunque con algunas excepciones notorias que imponía el régimen político bajo el que fue aprobada».

De hecho, la LJCA/1956, con algunos necesarios ajustes jurisprudenciales (prohibición del *solve et repete*, superación del interés directo por el interés legítimo como parámetro de legitimación activa, etc.), pudo regular la jurisdicción contencioso-administrativa de la España democrática durante dos décadas, hasta su derogación por la vigente LJCA/1998.

Sin perjuicio de las virtudes de la vieja LJCA/1956, la LJCA/1998, desde el punto de vista de su adaptación a los contenidos y exigencias constitucionales, supone un significativo avance respecto de su predecesora. Este avance se manifiesta, por ejemplo, en la mejora en términos de tutela judicial efectiva al extender el presupuesto del objeto procesal a la inactividad material y a la vía de hecho (art. 25 LJCA/1998); o en el decisivo avance hacia la oralidad (art. 119.2 CE) que ha significado el procedimiento abreviado (art. 78 LJCA/1998); o la previsión «descongestionadora» de las salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional que supusieron los órganos contenciosos de ámbito provincial que resuelven en primera y única instancia (arts. 8 y 9 LJCA/1998).

Con independencia del problema de la posible inconstitucionalidad del plazo de seis meses del artículo 46.1 LJCA/1998 para recurrir en caso de silencio (pendiente de la resolución de una cuestión de inconstitucionalidad), al día de hoy no se han detectado más posibles vulneraciones del artículo 24 CE por parte de la LJCA/1998. No obstante, son varios los contenidos de la norma en los que, sin llegar —en mi opinión— a producirse una abierta vulneración del derecho, sí resulta que el texto positivo o la interpretación jurisprudencial que del mismo se ha efectuado pueden perturbar o dificultar innecesariamente tanto algunos de los derechos del artículo 24 CE como la percepción social de la satisfacción de tales derechos.

Es decir, que algunos contenidos de la Ley y la práctica forense entiendo (tanto a la vista de mi dedicación académica como de mi experiencia profesional en la propia jurisdicción contencioso-administrativa) que es dudoso que lleguen a vulnerar de forma clara el artículo 24 CE, pero una corrección de los mismos sí sería conveniente para una más correcta adecua-

ción a las exigencias constitucionales. A todo ello se presta atención en el presente estudio.

II. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 46 LJCA/1998 POR VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 24 CE, EN TANTO EN CUANTO ESTABLECE UN PLAZO DE SEIS MESES PARA RECURRIR EN CASO DE SILENCIO³

El silencio administrativo (arts. 42 ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*) es una institución jurídica prevista en garantía de los derechos e intereses del ciudadano. En los procedimientos indicados a solicitud de persona interesada, si la Administración no resuelve y notifica en plazo, se activa de forma automática el mecanismo del silencio, que permite al ciudadano en unos casos entender que ha obtenido presuntamente aquello que ha solicitado (silencio positivo) y en otros impugnar en vía administrativa o judicial, según corresponda (silencio negativo).

Al diseñar los mecanismos y plazos de impugnación en la LJCA/1998, el legislador (art. 46.1) mantuvo el plazo general de dos meses para recurrir contra actos expresos, pero en caso de silencio administrativo el plazo se estableció en seis meses. ¿Por qué esa diferencia? Muy sencillo, la Administración tiene el deber de dictar resolución y notificarla en plazo; si la Administración no resuelve y notifica en plazo y se produce silencio, el legislador

³ Al respecto, véanse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo en vía contencioso-administrativa: Derogación del art. 46.1 LJ de 1998: Un auto de la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de noviembre de 1999 (Recurso 261/99)», en *REDA*, núm. 105, 2000, págs. 127 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, «El silencio administrativo y los plazos para incoar procesos en relación al acto presunto», en ALENZA GARCÍA y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (Coord.), *Organización y procedimiento administrativo: Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 473 ss.; E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo?», en núm. 163 de esta *REVISTA*, 2004, págs. 255 ss.; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «¿Existe plazo de preclusión procesal frente al silencio administrativo?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 774, 2009, págs. 8 ss.; T. CANO CAMPOS, «Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir: un estudio crítico de la normativa vigente a la luz de la reciente Jurisprudencia constitucional», en *REDA*, núm. 122, 2004, págs. 257 ss.; J. A. TARDÍO PATO, «La ratificación de la doctrina del Tribunal Constitucional del plazo abierto para la interposición de los recursos en los supuestos de silencio administrativo negativo bajo el ámbito de aplicación de la vigente Ley 30/1992 y la LJCA 1998: Las SSTC 14/2006 y 39/2006», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 41, 2006, págs. 127 ss.; E. M.ª NIETO GARRIDO, «Silencio administrativo y acceso a la jurisdicción en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional: a propósito de las SSTC 14/2006, de 16 de enero, y 39/2006, de 13 de febrero», en núm. 170 de esta *REVISTA*, 2006, págs. 191 ss.; E. M.ª PÉREZ ANDRÉS, «Una sentencia trascendental sobre la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo», en núm. 164 de esta *REVISTA*, 2004, págs. 201 ss.; R. AGUILAR ROS y S. FERNÁNDEZ POLANCO, «El plazo para recurrir el silencio administrativo negativo en la doctrina constitucional», en J. PEÑA GONZÁLEZ (Coord.), *Homenaje a D. Íñigo Cervero Lataillade*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 37 ss.; J. R. RODRÍGUEZ CARBAJO, «¿Cuándo va a modificarse el art. 46 de la LJCA?: plazo para recurrir el silencio administrativo», en *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 2009, págs. 3 ss.

«castiga» a la Administración y facilita la defensa del interesado multiplicando por tres el plazo para impugnar.

Cuando, poco tiempo después, la Ley 4/1999 modifica el texto de la Ley 30/1992 se aplica la misma regla a los recursos administrativo de alzada y reposición: el plazo será de un mes para impugnar si el acto fuera expreso, y de tres meses si no lo fuera (arts. 115 y 117 Ley 30/1992).

Esa ampliación multiplicando por tres el plazo en caso de silencio administrativo significa que, a la hora de recurrir, el ciudadano que es víctima del mal funcionamiento de la Administración que supone el silencio administrativo recibe, en compensación, un mejor trato por la ley.

No obstante, parece que esa previsión legal no es suficiente. En varias ocasiones, ciudadanos cuyos recursos contencioso-administrativos fueron inadmitidos por extemporáneos en vía judicial, por haber impugnado contra silencio negativo habiendo transcurrido el previsto plazo de seis meses, llegaron en amparo ante el Tribunal Constitucional, otorgándoseles este órgano el amparo solicitado al entender que la aplicación del plazo de seis meses vulneraba la tutela judicial efectiva (véanse, entre otras, las SSTC 14/2006, 39/2006, 171/2008 ó 175/2008).

¿Cuál es, en resumidas cuentas, el argumento del Tribunal Constitucional? Pues que si el silencio administrativo es una garantía que opera a favor del ciudadano y que tiene como origen un incumplimiento por parte de la Administración de sus deberes legales (no resolver y notificar en plazo, art. 42 Ley 30/1992), mientras la Administración no cumpla con tales deberes no puede castigarse al ciudadano convirtiendo su inactividad en consentimiento del sentido negativo del silencio; es decir, que mientras la Administración no resuelva y notifique no se le pueden cerrar al interesado las puertas del recurso, pues ello podría vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24. Por esa razón, el TC entiende que aunque hayan pasado los seis meses el ciudadano puede impugnar sin que su recurso pueda ser inadmitido por extemporáneo.

La siguiente pregunta es clara: si eso es así, ¿no será entonces que el artículo 46.1 LJCA/1998, en tanto en cuanto prevé un plazo de seis meses en caso de silencio, es inconstitucional? Es posible; de hecho, al día de hoy hay pendiente la resolución de una cuestión de inconstitucionalidad al respecto. La clave es la siguiente: ¿en todos los casos imaginables la previsión de un plazo de seis meses vulnera la Constitución? Si la respuesta es sí, el artículo 24 CE exige la declaración de nulidad del inciso. Y si la respuesta es que «en algunos casos no», el TC deberá concretar en su sentencia cuáles son esos supuestos.

De todas formas, aun en el caso de que la previsión de los seis meses no sea plenamente inconstitucional, es indudable que, al menos, el TC entiende que en muchos supuestos lo es (hasta el día de hoy todos los amparos presentados por tal causa han sido estimados), y, *lege ferenda*, sería plausible la eliminación del citado límite temporal, acompañada de una cláusula abierta de salvaguarda (en virtud de la seguridad jurídica) para evitar el abuso de derecho similar a la que el artículo 106 de la Ley 30/1992 prevé para los ca-

sos de revisión de oficio. Si aplicamos estos planteamientos al artículo 46 LJCA/1998, éste podría quedar redactado de la siguiente manera:

«Art. 46.1. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto expreso que ponga fin a la vía administrativa. En caso de silencio administrativo, en procedimientos cuya resolución habría agotado la vía administrativa, el plazo permanecerá abierto en tanto en cuanto la Administración no cumpla con su deber de dictar resolución y notificarla; no obstante, una vez transcurridos seis meses desde que se pudo ejercitar la acción, ésta, excepcionalmente, no podrá ser ejercitada cuando por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

Si tenemos en cuenta que contra actos que no agotan la vía administrativa es requisito *sine qua non* para poder acceder a la vía judicial interponer previamente alzada, sería conveniente sustituir el actualmente vigente límite de los tres meses del artículo 115 Ley 30/1992 por una previsión del tenor de la que se ha propuesto para el artículo 46.1 LJCA/1998.

Por lo que respecta al recurso administrativo potestativo de reposición, y dado su carácter *potestativo* (es decir, ni es necesario para poder después acceder a la vía judicial ni su uso perjudica el acceso a la vía judicial), el que se mantenga en caso de silencio el límite de los tres meses tal y como está no perjudica ni afecta en modo alguno a la tutela judicial efectiva.

III. ASPECTOS NEGATIVOS QUE PUEDEN NO SUPONER UNA VULNERACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, PERO CUYA CORRECCIÓN PODRÍA SATISFACER MEJOR EL CUMPLIMIENTO DE TAL DERECHO Y SU PERCEPCIÓN SOCIAL

1. *Artículo 14.1, regla segunda: la cuestionable limitación jurisprudencial de la operatividad del fuero territorial electivo al ámbito de un Tribunal Superior de Justicia*⁴.

La jurisdicción y competencia contencioso-administrativa son improrogables, y las reglas que las determinan férreamente regladas; no obstante

⁴ Véanse F. DELGADO PIQUERAS, «Artículo 14», en *REDA*, núm. 100, págs. 183 ss.; A. EZQUERRA HUERVA, «El fuero electivo en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: consideraciones a la luz de la jurisprudencia reciente», en núm. 157 de esta *REVISTA*, 2002, págs. 261 ss.; F. J. FUERTES LÓPEZ, «El fuero electivo del demandante como regla para determinar la competencia territorial en el Orden Contencioso-Administrativo», comentario en *Sentencias de TSI, AP y otros tribunales (Aranzadi)*, núm. 6, 2003.

lo cual, la regla segunda del artículo 14.1 LJCA/1998 prevé fuero territorial electivo en varios supuestos:

«Segunda. Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones públicas en materia de personal, propiedades especiales y sanciones, será competente, a elección del demandante, el Juzgado o el tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado».

Este fuero electivo ha sido, sin embargo, objeto de una, en mi opinión, excesiva interpretación restrictiva por parte del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la STS de 4 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9519) señala que:

«En la última de las sentencias citadas señalábamos que la segunda cuestión a resolver es la relativa a la competencia territorial y más concretamente determinar cuál deba ser el alcance que deba darse al fuero electivo reconocido en la regla segunda del artículo 14-1 de la Ley de esta Jurisdicción al disponer: “Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones Públicas en materia de personal, propiedades especiales y sanciones (como en el presente caso acontece), será competente, a elección del demandante, el Juzgado o Tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado”.

Esta regla plantea el problema del posible enjuiciamiento de un acto emanado de una administración pública, no estatal, por un órgano jurisdiccional cuya circunscripción y competencia territorial quede fuera del ámbito territorial donde aquélla ejerce sus competencias, por hacerse uso por parte del recurrente del fuero electivo recogido en la regla antes transcrita. En nuestro caso, un acto emanado de órgano de la Generalidad de Cataluña teniendo su domicilio el recurrente en la provincia de Sevilla.

La cuestión controvertida ha sido ya resuelta por esta Sala en las sentencias de 26 de septiembre (RJ 2000, 7674); 6 de octubre (RJ 2000, 8308) y 16 (RJ 2000, 8959) y 24 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9837) y 18 de abril de 2001 (RJ 2001, 2680), en casos, como el ahora controvertido en que la decisión administrativa impugnada se adoptó por Órganos de una Comunidad Autónoma aplicando normas de derecho estatal y autonómico, significándose por esta Sala que, *la opción que el art. 14-1 regla 2.ª reconoce al demandante en relación con los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo competentes —y ello aunque en la demanda se invoquen sólo normas estatales—, pues cuando, como es el caso, el órgano que dictó el acto impugnado se incardina en una Comunidad Autónoma, hay siem-*

pre aspectos regulados por la normativa autonómica, señaladamente referentes a la competencia y posiblemente a otros procedimentales, que potencialmente pueden ser objeto del pleito, a la vista de la postura que adopten las partes en el acto del juicio, si se sigue el trámite del proceso abreviado, según acontece en el caso que ahora se resuelve. Además esta interpretación satisface las exigencias del mandato constitucional contenido en el art. 152-1, párrafo 3.º, de la CE, al que corresponde la voluntad legislativa (arts. 86-4, 89-2, 99 y 101 de la Ley Jurisdiccional, entre otros) de hacer de los Tribunales Superiores de Justicia verdaderos supremos Tribunales del derecho autonómico. En definitiva, la opción del fuero electivo sólo opera en el ámbito de cada Comunidad Autónoma. Es decir, se trata de un fuero electivo que tiene su aplicación dentro del ámbito territorial de competencia de un solo Tribunal Superior de Justicia.

Pues bien, esta jurisprudencia surgida a propósito de la competencia territorial de los Juzgados es aplicable, por identidad de razón, cuando —como aquí ocurre— se trata de discernir la Sala de lo Contencioso-Administrativo territorialmente competente para conocer de un recurso interpuesto contra un acto sancionador que emana de la Administración de una Comunidad Autónoma y el recurrente tiene su domicilio fuera de la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia correspondiente a aquélla, en cuyo caso tampoco el “forum domicilii” del demandante puede desplazar, haciendo uso de la opción prevista en la regla segunda del artículo 14, el fuero general establecido en su regla primera» (las cursivas son mías; en el mismo sentido, cfr. las SSTs de 21 de abril de 2003 —RJ 2003, 4825—, 17 de marzo de 2003 —RJ 2003, 3116— o 4 de noviembre de 2010 —JUR 2010, 396268—).

De esta forma, el Tribunal Supremo excluye de la posibilidad del fuero electivo cualquier acto emanado de un órgano u organismo autonómico, para así respetar «la voluntad legislativa de hacer de los Tribunales Superiores de Justicia verdaderos Tribunales del derecho autonómico» (art. 86.4 LJCA/1998 y otros). Tal solución entiendo que es plausible cuando la discusión versa sobre Derecho autonómico; pero nada, absolutamente nada —en mi opinión—, hay ni en el artículo 152.1.3 CE ni en el resto de preceptos de la LJCA/1998 invocados por el Tribunal Supremo que justifique escamotear en primera o única instancias el fuero electivo reconocido por la Ley al recurrente cuando actúa un órgano u organismo autonómico (o local) y se discute sobre Derecho estatal o europeo.

Es cierto, como dice el Tribunal Supremo en esta línea jurisprudencial, que cuando «el órgano que dictó el acto impugnado se incardina en una Comunidad Autónoma, hay siempre aspectos regulados por la normativa autonómica, señaladamente referentes a la competencia y posiblemente a otros pro-

cedimentales, que potencialmente pueden ser objeto del pleito», pero si tales aspectos autonómicos no son a la hora de la verdad suscitados en el pleito, ¿por qué excluir jurisprudencialmente a los interesados del derecho al fuero electivo aplicando un límite que no está recogido en la Ley? ¿Por qué obligar a una persona que tiene su domicilio en un pueblo extremeño a defenderse frente a una hipotética sanción impuesta por la Comunidad Autónoma de Canarias en aplicación de Derecho estatal —y donde sólo se cuestiona la interpretación del Derecho estatal— a pleitear ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Fuerteventura? ¿Por qué, cuando, de forma natural y sin matices, la regla segunda del artículo 14.1 LJCA/1998 le reconoce fuero territorial electivo y no hay ninguna norma jurídica que establezca el límite que el Tribunal Supremo quiere aplicarle?

Quizá se podrían facilitar las cosas legislativamente, logrando satisfacer de forma plena el derecho a la tutela judicial efectiva y evitando que surja la posibilidad que el Tribunal Supremo desea evitar (que, de repente, ante un órgano judicial de una Comunidad Autónoma X surja como argumento la invocación de una norma de una Comunidad Autónoma Y), añadiendo un inciso final a la regla segunda del artículo 14.1 LJCA/1998:

«Segunda. Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones públicas en materia de personal, propiedades especiales y sanciones, será competente, a elección del demandante, el Juzgado o el Tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado. Si el órgano elegido fuera de una Comunidad Autónoma distinta de aquella donde tiene su sede el órgano autor del acto originario, la aplicación del fuero electivo queda condicionada a que las únicas normas que el recurrente invoque en defensa de sus pretensiones sean de Derecho estatal o comunitario».

2. *Artículo 78.16: ¿es o no admisible el dictamen de peritos designados judicialmente en el procedimiento abreviado?*⁵

Las tres fases del procedimiento probatorio en la primera instancia civil (recibimiento a prueba, proposición-admisión de los medios probatorios y

⁵ Sobre el dictamen de peritos en el contencioso-administrativo, véanse A. I. LUACES GUTIÉRREZ, *La prueba pericial en el proceso administrativo: incidencias prácticas por la aplicación de la LEC*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004; C. TOLOSA TRIBIÑO, «La prueba pericial en el proceso contencioso-administrativo: ¿un futuro con problemas con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil?», en *La Ley*, núm. 3, 2000, págs. 1789 ss.; J. L. REQUERO IBÁÑEZ, «La prueba pericial en el contencioso-administrativo», en *La Ley*, núm. 2, 2000, págs. 1601 ss.; J. R. RODRÍGUEZ CARBAJO, «La aportación/proposición de la prueba pericial en el recurso contencioso-administrativo», en *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2009, págs. 3 ss.; J. M.³ MOLTÓ I DARNER, «La prueba pericial en lo contencioso-administrativo», en M.³ J. MONTORO CHINER (Coord.), *La justicia administrativa: Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, 2003, págs. 413 ss.

práctica) se reproducen en el contencioso-administrativo, tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado.

Y es que, efectivamente, el mismo esquema trifásico del contencioso-administrativo ordinario (y del juicio ordinario civil) se reproduce en el procedimiento abreviado (y en el juicio verbal civil). Una vez declarada abierta la vista (art. 78.5 LJCA/98), tras la exposición o ratificación del demandante (art. 78.6), las alegaciones del demandado (art. 78.7) y, en su caso, la fijación de la cuantía siguen las tres fases de la prueba:

«Art. 78.10. (...) se dará la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos en que fundamenten sus pretensiones. Si no hubiere conformidad sobre ellos se propondrán las pruebas y, una vez admitidas las que no sean pertinentes o inútiles se practicarán seguidamente».

Lo primero que el artículo 78.10 exige (aunque normalmente en la práctica forense no se hace) es que el Juez dé la palabra a las partes no para una innecesaria fijación general de los hechos, sino para una concreta determinación de los hechos o, más propiamente, de los «puntos de hecho» que siendo litigiosos deban ser objeto de prueba, lo que supone una adaptación al procedimiento abreviado del recibimiento del juicio a prueba de los artículos 60.1 y 60.3 LJCA/98. Una vez fijados, en su caso, los puntos de hecho sobre los que hubiera disconformidad, se propondrán y admitirán las pruebas pertinentes y, por último, se practicarán. La práctica de la prueba en el procedimiento abreviado se regula en primer lugar por los apartados 13.º a 18.º del artículo 78 LJCA/98; para lo no expresamente previsto en el artículo 78, el artículo 78.12 se remite a la regulación de la práctica de la prueba en el procedimiento ordinario, lo que, a la vista del artículo 60.4, supone un reenvío a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante, LECiv/2000).

Los párrafos 13.º a 17.º del artículo 78 LJCA/1998 se refieren a la proposición y práctica de varios medios probatorios. Se trata de preceptos cuyo significado e interpretación originales deben ser revisados a la vista de la nueva regulación procesal civil. Los cuatro párrafos forman parte de los seis que en el Senado, a última hora, tras ser tomados de la Ley de Procedimiento Laboral por la Ponencia, fueron apresuradamente aprobados sin debate previo en Comisión (algunos de los senadores cuando se reunieron a las cuatro y veinte de la tarde votaron manifestando no conocer el texto definitivo que la Ponencia había presentado después de comer; al respecto, cfr. el *Diario de Sesiones. Senado*, VI Legislatura, Comisiones, núm. 298, 2 de junio de 1998). Quién introdujo y cómo se discutieron esas nuevas ideas en la Ponencia antes de ser presentadas en la Comisión de Justicia son datos de los que no queda constancia documental oficial.

Quizá, las especialidades de la fase probatoria en el procedimiento abreviado —y otros aspectos— debieran haber merecido más cuidado y reflexión por parte las Cámaras, pero no fue así.

En todo caso, el artículo 78.16 LJCA/1998 es el que regula la antes denominada «prueba pericial» y, en la actualidad, «dictamen de peritos». El citado precepto —trasunto de la redacción original del artículo 93.1 de la Ley de Procedimiento Laboral— dispone que en la práctica de la prueba pericial no serán de aplicación las reglas generales sobre insaculación de peritos, en una expresa referencia a un procedimiento de designación de peritos previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que, al día de hoy, ya no existe. Y ello ha dado lugar a distintas prácticas forenses en distintos órganos judiciales.

Así, por ejemplo, hay Juzgados de lo contencioso-administrativo que entienden que al haber desaparecido la insaculación con la entrada en vigor de la LECiv/2000, el artículo 78.16 LJCA/1998 ha quedado vacío de contenido, que respecto de este medio probatorio no existen ya especialidades en el procedimiento contencioso-administrativo abreviado y, por lo tanto, que se puede proceder al nombramiento judicial de perito, sólo que sin utilizar el ya desaparecido método de la insaculación.

No obstante, son muchos también los Juzgados de lo contencioso-administrativo que interpretan y aplican el artículo 78.16 en el contencioso de la misma forma que los órganos de la jurisdicción social interpretaron y aplicaron durante su vigencia la redacción original del artículo 93.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, es decir, entienden que en el artículo 78.16 supone la prohibición de designación judicial de perito en el procedimiento abreviado.

Negar la posibilidad de designación judicial de perito en el procedimiento contencioso-administrativo abreviado es una solución interpretativa que cuenta con el respaldo de la práctica forense en la jurisdicción social, así como con la ventaja de favorecer el principio de unidad de acto (pues no hace necesario interrumpir la vista).

Ahora bien, en contra de esta interpretación pueden traerse a colación varios argumentos:

a) Ni la Ley de Procedimiento Laboral es fuente del contencioso-administrativo ni la práctica forense laboral tiene autoridad para informar la manera en que los órganos de lo contencioso-administrativo deban o puedan interpretar las normas que regulan su funcionamiento. Una cosa es que en la Ley de Procedimiento Laboral y en la LJCA/1998 haya dos preceptos de idéntica literalidad, y otra cosa es que dichos preceptos deban ser interpretados y aplicados de la misma forma en una y otra jurisdicción, pues sus respectivos contextos normativos no son ni mucho menos idénticos, y en tales circunstancias la interpretación sistemática de dos normas de idéntica literalidad no tiene por qué arrojar de forma necesaria el mismo resultado. Las razones de fondo para justificar la admisibilidad o no de dictamen de peritos designados judicialmente en el procedimiento abreviado deben partir del contencioso-administrativo y de su marco normativo y jurisprudencial, del que no forman parte ni la Ley de Procedimiento Laboral ni la práctica forense social.

b) En el procedimiento laboral (salvo en aquellos ámbitos donde esta jurisdicción cumple una función de control similar a la contencioso-adminis-

trativa) cualquier limitación legal o interpretativa que reduzca la operatividad de un medio probatorio no perjudica ni beneficia a priori a ninguna de las partes; en unos casos perjudicará a unas y en otros a otras. Sin embargo, eso no es así en el contencioso-administrativo. En el contencioso-administrativo, cualquier limitación añadida de un medio probatorio prácticamente siempre va a perjudicar más a la misma parte: a la recurrente. La Administración antes del comienzo del contencioso cuenta con el privilegio posicional de la autotutela (que desplaza siempre sobre el ciudadano la carga de la acción judicial) y, una vez que el proceso ha comenzado, cuenta con la ventaja procesal de tener incorporado *ope legis* al juicio el expediente administrativo, donde, en la gran mayoría de los casos, se va a hallar todo el soporte probatorio que necesita (documentos, informes, dictámenes...) sin necesidad de solicitar la admisión y práctica de nuevos medios. Es, por tanto, normalmente la parte actora la que necesita incorporar nuevos medios de prueba para defender sus pretensiones, y cualquier limitación procesal añadida a la proposición y práctica de medios probatorios va a suponer, en el mejor de los casos, un desequilibrio más a favor de la Administración. ¿Ello implica, por tanto, que excluir el dictamen de perito designado judicialmente del procedimiento abreviado supone una vulneración del artículo 24 CE? Quizá no, pero tampoco es una solución óptima desde la perspectiva de las posibilidades procesales de los ciudadanos.

c) A mayor abundamiento, existen supuestos en que la misma dinámica del proceso parece reclamar un dictamen de perito designado judicialmente, pues el dictamen de peritos designados por las partes poco puede aportar ya a lo que obra en el expediente. Un ejemplo. Imaginemos un contencioso-administrativo cuyo objeto es la anulación de un justiprecio expropiatorio. En el expediente administrativo además de constar la hoja de aprecio de la Administración respaldada por algún técnico a su servicio, puede aparecer también la hoja de aprecio del expropiado avalada por la firma de un perito (art. 29.2 Ley de Expropiación Forzosa de 1954). Como en numerosas ocasiones ha destacado la jurisprudencia, el justiprecio fijado por el Jurado Provincial de Expropiación (o por sus equivalentes autonómicos) goza de presunción *iuris tantum* de acierto, presunción que el recurrente puede hacer ceder con pruebas. Para ese resultado, una pericial de parte puede ser suficiente, pero qué duda cabe que, existiendo ya un dictamen de parte en vía administrativa, contar en el contencioso con un dictamen emitido por perito designado judicialmente puede ser mucho más eficaz. Si tenemos en cuenta que en el año 2003 la cuantía del procedimiento abreviado se elevó de 3.000 a 13.000 €, no serán en la actualidad pocos los casos, por ejemplo, de expropiaciones de fincas rústicas, en los que estas previsiones resulten operativas.

d) Por último, y en todo caso, no se olvide que el principio de unidad de acto es un medio, y la tutela judicial efectiva un fin. La unidad de acto opera como una regla general legal con numerosas excepciones legales (tanto en la LJCA/1998 como en la LECiv/2000); sin embargo, la tutela judicial efectiva no admite excepciones. Como ya he avanzado, es discutible que la inter-

pretación que prohíbe en el procedimiento abreviado designación judicial de perito llegue hasta el extremo de ser contraria al artículo 24 CE, pero, aunque tal violación no se produzca, el citado derecho en parte se resiente, porque se crea innecesariamente un nuevo desequilibrio más a favor de la Administración.

A la vista de todo lo expuesto, ¿merece la pena debilitar el artículo 24 CE invocando para ello un principio instrumental como es la unidad de acto? Yo creo que no, que el principio de unidad de acto debe ser respetado, pero no cuando haya motivos más importantes que justifiquen una excepción legal (como sucede, por ejemplo, en el artículo 78.18 LJCA/1998 con las pruebas relevantes que no puedan practicarse en la vista sin mala fe por parte de quien tuviera la carga de aportarlas).

En definitiva, puede proponerse una redacción alternativa al artículo 78.16, una redacción que elimine la anacrónica referencia a la insaculación, que respete el principio de unidad de acto como regla general y que no ocasione o facilite desequilibrios entre las partes. Una posibilidad sería la siguiente:

«78.16. Cuando se admita la práctica de la prueba de dictamen de peritos, sólo procederá la designación judicial de los mismos en alguno de los siguientes casos:

- a) Si lo solicitaran todas las partes.
- b) Si lo solicitara el demandante o un codemandado titulares del derecho de asistencia jurídica gratuita.
- c) Si lo solicitara una parte que ya cuente en el expediente administrativo con un dictamen emitido por perito por ella elegido o documento de similares características».

3. *Artículo 104.2: cuando se inicia un contencioso-administrativo en ejercicio de la acción pública, ¿por qué excluir de su alcance la solicitud de la ejecución de la sentencia que eventualmente se dicte?*⁶

De acuerdo con el artículo 117.3 CE, la potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Fiel a tales planteamientos constitucionales, y rompiendo con una arcaica y ya entonces injustificable tradición legislativa española, la LJCA/1998 estableció que en el ámbito contencioso-administrativo:

⁶ Sobre la acción pública en relación con la ejecución de sentencias, véanse las referencias al respecto contenidas en R. FERNÁNDEZ VALVERDE, «Urbanismo y ejecución de las sentencias», en A. SÁNCHEZ LAMELAS (Coord.), *Ejecución de sentencias contencioso-administrativas (IV Curso sobre Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 75 ss.; C. TOLOSA TRIBIÑO, «El incidente de ejecución de sentencias: aspectos procesales», en A. SÁNCHEZ LAMELAS, cit., págs. 175 ss.

«La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia».

La competencia para ejecutar la sentencia es, por tanto, de los órganos judiciales contencioso-administrativos. Eso está claro. Pero ¿quién está legitimado para iniciar tales procesos de ejecución?

En términos de tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha entendido que el artículo 24.1 CE exige que puedan instar la ejecución de sentencias no sólo quienes han sido parte en el proceso judicial, sino también otras personas (cfr: SSTC 166/2003, de 29 de septiembre, o 4/1985, de 18 de enero):

«aunque no fueran litigantes en el proceso principal, siempre que... no hayan podido serlo en éste y aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pueda verse afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo».

El expuesto es el mínimo que exige la tutela judicial efectiva, pero nada impide al legislador ni a los órganos judiciales (que interpretan y aplican las leyes) ser más generosos en la configuración positiva o jurisprudencial de las leyes que concreten tal derecho. ¿Es o no es nuestro Derecho positivo más generoso que el mínimo constitucionalmente exigible? Para buscar respuesta a tal pregunta hay que partir del artículo 104.2 LJCA/1998:

«Transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1.c), *cualquiera de las partes y personas afectadas* podrá instar su ejecución forzosa».

No hay ningún problema con la referencia a quienes fueron «partes» del proceso, pero ¿quiénes son esas otras «personas afectadas» que sin haber sido parte en el proceso pueden instar la ejecución forzosa de la sentencia? La expresión es lo suficientemente ambigua como para haber creado una cierta confusión en cuanto a su interpretación forense en sede contencioso-administrativa, con resoluciones no siempre coincidentes y en ocasiones acompañadas de votos particulares. La interpretación jurisprudencial oscila entre dos polos: o entender que el artículo 104.2 LJCA/1998 abre la posibilidad de solicitar ejecución a cualquier persona afectada por el fallo, sin más (lo que coincide con la literalidad de la norma y supone un plus respecto del mínimo constitucional que la tutela judicial exige; en este sentido puede citarse la STS de 7 de junio de 2005 —RJ 2005, 5244—); o, por el contrario, entender que el artículo 104.2 sólo permite actuar a los interesados que por causas ajenas a su voluntad no pudieron ser partes en el previo proceso de-

clarativo (lo que supone añadir a la norma legal un condicionante que ésta no recoge, y lo que hace coincidir su interpretación con la exigencia mínima que el TC deriva del artículo 24 CE; en este sentido, véase el voto particular a la citada STS de 7 de junio de 2005 o la STS de 23 de febrero de 2005 —RJ 2005, 2718—, en cuyo FJ 2.º se explica que «para poder instar dicha ejecución forzosa... las partes afectadas han de pretender previamente... su personación en los autos»).

Pero, en lo que ahora más nos interesa, ¿podría defenderse que en los ámbitos materiales donde existe acción pública la referencia del artículo 104.2 a otras «personas afectadas» permita proyectar la acción pública también a la ejecución de sentencias?

Todos sabemos que son muchas y de muy variado tipo —tanto jurídicas como metajurídicas— las causas y circunstancias que determinan en numerosas ocasiones la dificultad o imposibilidad de ejecutar sentencias contencioso-administrativas en el ámbito urbanístico (valgan como ejemplo prototípico las que condenan a la Administración a una obligación de hacer como el derribo de un edificio no legalizable construido sin licencia o al amparo de una licencia ilegal). No puede haber ninguna duda de que —sin perjuicio de concretas situaciones que pueden merecer diferentes valoraciones desde una perspectiva social o de equidad— el que existan procedimientos judiciales que dan lugar a sentencias que no se ejecutan constituye una relevante disfunción en términos jurídicos.

Partiendo de tales planteamientos puede defenderse, *lege ferenda*, la conveniencia de que en aquellos ámbitos donde la legislación reconozca en sede contencioso-administrativa acción pública se prolongue ésta de forma expresa no sólo al procedimiento declarativo, sino también al incidente de ejecución. Ello ampliaría ilimitadamente los posibles legitimados para instar la ejecución —volviendo al ejemplo inicial— de una sentencia que dispone el derribo de una construcción ilegal, convertiría en inútiles algunas de las artimañas al uso para disuadir a la parte actora de que ponga en marcha el incidente (dado que aunque la parte actora no lo inste, cualquier otra persona puede hacerlo), facilitaría la ejecución de un buen número de sentencias, y mejoraría sensiblemente en términos formales y materiales el cumplimiento de los fines de la justicia (juzgar y *hacer ejecutar lo juzgado*), así como la percepción social de su labor.

Pero, en todo caso, ¿podría interpretativamente llegarse al mismo resultado sin necesidad de modificar el texto de la vigente LJCA/1998. La respuesta es discutible (p.ej., negando expresamente tal posibilidad, véase el ATS de 22 de junio de 2005 —RJ 2005/5938, FJ 4.º—); no obstante, existen referencias jurisprudenciales que pueden apuntar en tal sentido. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 26 de enero de 2005 (RJ 2005, 1367, FJ 6.º), en la que se afirma y justifica expresamente tal posibilidad. En dicha sentencia, el Alto Tribunal, tras reconocer expresamente legitimación a los vecinos de un lugar en el que se ha levantado una edificación en virtud de que dicho edificio afecta a sus derechos «*aunque no hubieran sido parte en el procedimiento declarativo*», añade, a mayor abundamiento, lo siguiente:

«Pero es que, además, dichas personas estarían también legitimadas como consecuencia del carácter público que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la acción para exigir la observancia de la legislación urbanística (artículos 235 de la Ley del Suelo de 1976 y 304 de la de 1992). La mención que aquel artículo 104.2 de la Ley de la Jurisdicción hace de “las partes y personas afectadas”, circunscribiendo a unas y otras la facultad de “instar la ejecución forzosa”, no se opone a la conclusión que acabamos de adelantar, pues la misma razón jurídica que lleva a otorgar legitimación a todos para exigir un pronunciamiento jurisdiccional que, en la fase declarativa del proceso, ordene la observancia de aquella legislación, existe, permanece, para otorgar esa misma legitimación ya en la fase ejecutiva, para exigir la efectiva, la real observancia de la norma o normas de esa legislación cuya infracción ya se ha declarado».

Dicha línea jurisprudencial ha sido reforzada por la STS de 7 de junio de 2005 (RJ 2005, 5224) —aunque téngase en cuenta que esta sentencia va acompañada de un nutrido voto particular en sentido contrario— y por la más reciente de 11 de mayo de 2009 (JUR 2009/255466), en cuyo FJ 3.º se afirma —aunque a modo de mero *obiter dicta*— lo siguiente en relación con la legitimación para instar la ejecución definitiva de una sentencia en materia de suelo y urbanismo:

«En principio, no cabe excluir que en un proceso contencioso-administrativo que versa sobre materia urbanística, en la que se admite el ejercicio de la acción pública, se personen en las actuaciones después de dictada la sentencia terceros que hasta entonces no habían sido parte en el litigio».

Pero, como ya se ha expuesto, en otras ocasiones la jurisprudencia niega tal posibilidad. En definitiva, la combinación del artículo 104 LJCA/1998 con la acción pública en materia urbanística da lugar a un panorama jurisprudencial poco claro que no permite ofrecer doctrinalmente una solución apodíctica. Pero lo que doctrinalmente sí se puede y debe hacer es apuntar cuál puede ser la mejor de las soluciones, que, en mi opinión, no es otra que aquella que facilite más la ejecución de las resoluciones judiciales, que permita mejor el restablecimiento de la legalidad urbanística y que, además, más y mejor se adapte a la *mens legis*, es decir, interpretar de la forma más abierta posible la legitimación en fase de ejecución de sentencias. En este sentido puede resultar oportuno recordar los últimos párrafos del FJ 10.º de la citada STS de 7 de junio de 2005:

«Debe observarse, finalmente, que el espíritu que animó al legislador de 1998 cuando redactó las normas reguladoras de

la ejecución de sentencias en este orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo no fue uno que pida interpretaciones restrictivas de esas normas, sino uno favorable, al menos, a su interpretación declarativa, esto es, a una interpretación que les otorgue un significado no menor que el propio de las palabras con que se expresan; buena prueba de ello es el inicio y final del párrafo primero del punto 3 del apartado VI de la exposición de motivos de la LJ, en donde se lee lo siguiente: "La Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias... La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas".

Matizando desde otra perspectiva, cabe añadir que la restricción reconocida en nuestro ordenamiento jurídico para que una "persona afectada" deba ser tenida como tal es la que deriva de las normas contenidas en los números 1 y 2 del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es: de la que exige que en todo tipo de procedimiento se respeten las reglas de la buena fe (número 1); y de la que ordena a los Juzgados y Tribunales que rechacen fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal (número 2)».

En todo caso, para evitar todo problema interpretativo sería conveniente introducir una modificación en el artículo 104 LJCA/1998, que podría ir en una de las dos siguientes líneas:

- a) que, en caso de sentencias recaídas en ámbitos donde opera la acción pública, se extienda expresamente ésta a la fase de ejecución y/o
- b) que se dé traslado al Ministerio Fiscal de todas las sentencias dictadas en ámbitos donde opere la acción pública y cuyo fallo condenatorio exija ejecución por parte de la Administración demandada, a los efectos de que el propio Ministerio Fiscal pueda supervisar la ejecución del fallo judicial y pueda, en su caso, instar el incidente de ejecución.

4. *Artículo 139.1, párrafo segundo: una regla sobre la condena en costas bienintencionada pero mal y escasamente utilizada*⁷

El artículo 68 LJC/1998 dispone que la sentencia, en su fallo, además de pronunciarse sobre la inadmisibilidad, estimación o desestimación del re-

⁷ Sobre las costas procesales en el contencioso-administrativo tras la LJCA/1998, véanse M. FUERTES LÓPEZ, «Las costas procesales en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: de las sobradas costas al necesario abono de costes», en *Estudios de Derecho Judicial*,

curso contencioso-administrativo, contendrá el pronunciamiento que corresponda respecto de las costas procesales.

Los criterios que ordenan el pronunciamiento sobre las costas procesales en primera o única instancia se recogen en el artículo 139.1 LJCA/1998, que contiene una regla general implícita y dos excepciones. La regla general implícita es la no condena en costas. Tal regla se excepciona en dos casos: en primer lugar, cuando aprecie el órgano mala fe o temeridad en uno de los litigantes (art. 139.1, párrafo primero) y, en segundo lugar, cuando de no condenarse en costas al perdedor el recurso perdiera su finalidad (art. 139.1, párrafo segundo).

Algunos pronunciamientos judiciales han interpretado ese inciso segundo bidireccionalmente, en el sentido de que cuando se trata de una pequeña cuantía, la condena en costas se debe imponer automáticamente al perdedor, sea el actor, sea el demandante. Éste es el caso de la STSJ de Castilla-La Mancha 510/2009, de 20 de noviembre, en cuyo FJ 2.º se explica que:

«En cuanto a las costas de esta instancia, el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece que “se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad”. Por evidentes razones de igualdad de trato, la Sala ha venido entendiendo que la norma, cuando se refiere a la finalidad del “recurso”, alude a éste ya se ejercite el mismo como actor, ya se haga oposición a él como demandado, inteligencia a la que se llega sin necesidad de forzar en absoluto la letra de la Ley, pues es sabido que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa utiliza la expresión “recurso contencioso-administrativo” como equivalente a “proceso contencioso-administrativo”; de modo que se refiere al caso de que, por la escasa cuantía del asunto, resulte que no valga la pena, salvo que se haga la imposición de costas, la intervención en el recurso, esto es, en el proceso, por ser superiores los costes de defensa legal. Es esto lo que sucede en el caso de autos para la Administración demandada, de modo que procede hacer imposición de las costas al actor».

En esta línea también puede citarse, del mismo Tribunal, la sentencia 10229/2009, de 13 de octubre.

núm. 144, 2007, págs. 273 ss.; J. PAGÉS I GALTÉS, «La condena en costas en los recursos contencioso-administrativos de escasa cuantía», en *La Ley*, núm. 5, 2001, págs. 1787 ss.; J. PÉREZ ALONSO, «Las costas procesales en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Justicia Administrativa*, núm. 30, 2006, págs. 41 ss.; L. MARTÍN CONTRERAS, «Las costas procesales en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 394, 1999, págs. 1 ss.; ídem, «Los funcionarios y las costas procesales en la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 589, 2003, págs. 1 ss.

Sin embargo, esa interpretación «bidireccional» ni se corresponde con los antecedentes legislativos de la norma ni de ella se deriva ninguna otra «virtud» que desalentar a los ciudadanos a acudir a los órganos judiciales cuando se trata de asuntos de pequeña cuantía.

Todos sabemos que es frecuente que en vía administrativa las Administraciones públicas usen y, con cierta frecuencia, abusan de la autotutela, y que no siempre estudian y resuelven los recursos administrativos de los interesados con la objetividad que exige el artículo 103.1 CE, pareciendo en ocasiones, sobre todo tratándose de pequeñas cuantías, que se actúa pensando que resulta más rentable en términos económicos «desestimar por sistema» que dar la razón a quienes la tienen.

Y aquí es donde aparece el segundo párrafo del artículo 139.1 LJCA/1998, cuya finalidad no es contribuir más a desalentar a los ciudadanos en la defensa de sus derechos, sino todo lo contrario: el artículo 139.1 lo que busca es que «el recurso no pierda su finalidad», y la única forma que hay de que el recurso no pierda su finalidad es la condena automática a la demandada (no al recurrente) cuando, de otra forma, la estimación del recurso pueda ser en términos económicos menos rentables que resignarse y no recurrir. Así lo ha entendido y explicado con toda corrección el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en su sentencia 1291/2009, de 16 de octubre, en cuyo FJ 5.º se reflexiona de forma certera sobre el significado de la excepción del párrafo segundo del artículo 139.1 LJCA/1998:

«Así, el concreto supuesto, y prácticamente diríase que el único, en que debe encontrar aplicación tal excepción es aquel en que el objeto del pleito sea de escasa cuantía y haya resultado vencedor el particular recurrente. Tal afirmación deriva de los siguientes razonamientos:

En primer lugar, y como argumento de verdadero peso, tenemos la justificación dada a la enmienda cuya aprobación hizo posible la introducción en la Ley de esta salvedad al criterio general de la mala fe o temeridad que rige para la primera o única instancia, y en la cual se aludía a los supuestos de pretensiones ejercitadas por los particulares frente a la Administración que fueren de ínfima cuantía, de manera que, aun en el caso de resultar estimada, los costes de la defensa del particular resultasen superiores al derecho restaurado.

En segundo término, debe observarse que, tradicionalmente, y a diferencia de lo que acontece en los ámbitos civil y social, en la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido siendo difícil que el Tribunal condene en costas a la parte vencida, sobre todo cuando se trata de primera o única instancia, lo que, en principio, pudiera parecer razonable, pues en un número muy elevado de los casos es difícil apreciar una actitud torticera por parte de la Administración o de los parti-

culares digna de especial consideración. Ahora bien, lo que ya no parece razonable es que las costas del pleito sean un impedimento para acudir a los Tribunales, y, por ende, para obtener la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1 de la Constitución española. Es cierto que, en algunos casos, el componente moral que puede conllevar el reconocimiento de un derecho puede ser más determinante, a la hora de decidirse a acudir a los Juzgados o Tribunales, que el puramente económico; pero desde un punto de vista menos elevado y más realista es innegable que, en la práctica, la mayoría de los administrados suelen ponderar más el resultado crematístico del pleito que la satisfacción moral de obtener aquel reconocimiento. Pues bien, si esto suele ser lo mayormente determinante para adoptar una decisión de recurrir o no una actuación administrativa que se considera no ajustada a derecho, tendríamos que la perspectiva de contemplar lo antieconómico que pueda resultar el reconocimiento judicial de un derecho si, a pesar de ello, no nos van a reintegrar los gastos procesales en que se ha incurrido (es decir, si no va a existir una condena en costas de la Administración demandada y condenada), se traduciría en una decisión de no accionar judicialmente; es decir, estaríamos privando al recurso de su finalidad natural, al ser más costosos los gastos que origina el recurso que la satisfacción económica que proporciona su estimación. Y esto no es otra cosa que lo que la Ley contempla como pérdida de la finalidad del recurso».

Esta interpretación del TSJ de la Comunidad Valenciana, insisto, entiendo que debe entenderse como la interpretación correcta del párrafo legal comentado. Como bien explica, en este mismo sentido, el TSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), «no se pierde la finalidad del recurso —sino el propio recurso— cuando éste es desestimado» (sentencias 469/2009, de 2 de octubre, o 518/2009, de 2 de octubre, entre otras), y no procede, por tanto, aplicarle al recurrente la regla del vencimiento objetivo contenida en el párrafo segundo del artículo 139.1 LJCA/1998.

Por último, como cierre de este pequeño recorrido jurisprudencial, quiero recordar el FJ 4.º de la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de diciembre de 2008, que resume perfectamente las claves del problema:

«En los procedimientos de pequeña entidad y de cuantía económica tan moderada, de no imponerse las costas a la Administración, actuarían las costas, en tanto que no se impone y debe el interesado asumir los gastos del proceso, como elemento disuasorio para no acudir ante los tribunales, con detrimento del Estado de Derecho y el principio de tutela judicial efectiva, puesto que los altos costes del proceso no

compensarían el obtener justicia, sin que quien tiene la razón deba sufrir quebranto para obtenerla».

Por las razones expuestas, y para evitar que algunos órganos judiciales puedan seguir manteniendo una interpretación del párrafo legal comentado que no parece corresponderse con su sentido correcto (y que aunque quizá pueda ser útil para que cada año entren menos pleitos en sede contencioso-administrativa, no parece que sacrificar sin más las pretensiones más humildes sea el camino más edificante para lograr tal resultado), puede proponerse su modificación en los siguientes términos:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se impondrán las costas a la entidad demandada cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad».

IV. CONCLUSIONES

1.^a El artículo 46.1 LJCA/1998, en tanto en cuanto limita el plazo para impugnar en caso de silencio administrativo negativo a seis meses, puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo ha mantenido en los últimos años el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias estimatorias de recursos de amparo interpuestos por interesados que en vía judicial impugnaron habiendo superado el citado límite temporal. Con independencia del resultado de la cuestión de inconstitucionalidad sobre tal precepto legal al día de hoy pendiente de resolución en el Tribunal Constitucional, sería positivo eliminar legislativamente el límite de seis meses e incorporar al artículo 46.1 LJCA/1998 una previsión más abierta como la propuesta en este estudio.

Similar medida podría adoptarse respecto del artículo 115 de la Ley 30/1992 en relación con el actualmente previsto plazo de tres meses para recurrir en alzada en caso de silencio.

2.^a Cuando se impugnan actuaciones de órganos u organismos locales o autonómicos y el debate jurídico-procesal se traba sobre normas estatales o europeas, no se comparten las razones esgrimidas por el Tribunal Supremo para imponer límites no previstos legalmente al fuero electivo de la regla segunda del artículo 14.1 LJCA/1998. En todo caso, el añadido de un inciso final a la citada regla en los términos propuestos en este estudio quizá podría facilitar una solución óptima al problema.

3.^a La actual redacción del artículo 78.16 LJCA/1998 (prohibición de insacular peritos en el procedimiento abreviado) resulta hoy anacrónica (porque la insaculación, desde la entrada en vigor de la LECiv/2000, ya no existe) y da lugar a prácticas forenses dispares (algunos órganos contencioso-administrativos admiten en el procedimiento abreviado la designación judicial

de peritos y otros no), alguna de las cuales (la no admisión de la designación judicial de peritos) introduce un innecesario desequilibrio procesal a favor de la Administración. Dicho artículo debe ser en cualquier caso modificado, y en este estudio se propone una posible redacción alternativa.

4.^a ¿Puede entenderse que, en virtud del artículo 104.2 LJCA/1998, allí donde se reconozca legalmente la acción pública (p.ej., urbanismo) se extienda ésta a la fase de ejecución? Éste es un tema discutido donde la dicción del artículo 104.2 ha dado lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios. En todo caso, cuanto más abierta sea la posibilidad de instar la ejecución en ámbitos donde exista acción pública para incoar el procedimiento declarativo, más fácil será conseguir el cumplimiento de sentencias y evitar conocidas corruptelas y prácticas espurias. Desde este estudio se proponen dos posibles reformas del artículo 104.2. Una consistiría en reconocer expresamente la acción pública en fase de ejecución cuando esté también reconocida en fase declarativa. Y otra, alternativa, sería abrir la posibilidad a la participación en estos casos del Ministerio Fiscal.

5.^a El párrafo segundo del artículo 139.1 LJCA/1998 introduce una excepción a la regla general de la condena en costas destinada a proteger a los ciudadanos que acuden a los órganos contencioso-administrativos por pequeñas cuantías. No obstante, la imprecisa dicción del precepto ha originado en algunos órganos judiciales una interpretación contraria a la buscada, que no sólo no protege a los ciudadanos, sino que les disuade de utilizar la vía judicial para la defensa de sus derechos e intereses.

Se propone modificar el segundo párrafo del artículo 139.1 LJCA/1998 en el sentido expuesto en este estudio, para que la literalidad del precepto no pueda sustentar interpretaciones que contradigan su finalidad.