

## Introducción

### 1. Presentación

#### A. Ley Reguladora

El proceso contencioso-administrativo se rige por la LJA 29/1998 (1). En esta parte introductoria no es inoportuno recordar que (siguiendo la STC 254/2015 y otras anteriores) la regulación del proceso (materia que nos ocupa) es competencia estatal y no de las CCAA: «en definitiva, nos encontramos con una norma de contenido procesal, por lo que hay que atender a la distribución de competencias establecida en el artículo 149.1.6 CE conforme a la cual la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado, si bien las Comunidades Autónomas pueden establecer las especialidades procesales necesarias que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Una competencia que, no obstante, tal y como ha señalado la Fiscal General del Estado, no ha sido asumida por la Comunidad Autónoma de Cantabria en su Estatuto de Autonomía, por lo que carece de ella». Igualmente, la STC146/2023 anula legislación autonómica por ser la competencia estatal, al versar sobre materia procesal.

Este trabajo tiene como fin explicar los distintos temas y artículos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, siguiendo su propio orden de exposición.

Además, se estudiarán las últimas reformas de la Ley Jurisdiccional.

El enfoque será evidentemente práctico, con llamadas e informaciones en sentido profesional.

No obstante, dedicaremos primeramente un espacio para la teoría porque creemos que también tiene valor y porque, como tendremos ocasión de comprobar, aquella termina decidiendo los aspectos prácticos más esenciales.

#### B. Concepción objetiva y subjetiva

En estos **términos teóricos** pueden distinguirse dos concepciones: la objetiva y la subjetiva. Son dos formas «ideales» de poder explicar de forma introductoria esta jurisdicción.

En tales términos, estos conceptos valen para el ordenamiento jurídico español y cualquier otro comparado de nuestra órbita.

En un sentido ideal, la **concepción objetiva** acentúa la función de la jurisdicción contencioso-administrativa de controlar la legalidad de actos de la Administración. Esto explica que toda pretensión procesal ha de encauzarse a través de la anulación y que el contencioso sea revisor e impugnatorio de actos (2).

El interés principal está en lograr que el propio Estado depure las posibles ilegalidades de sus actuaciones, por tanto el funcionamiento del propio poder público.

En tal sentido ideal puro, no se precisaría propiamente legitimación, ni se requeriría necesariamente congruencia, porque se podría trascender de la petición del sujeto (el ciudadano,

en este modelo, es un informador de posibles ilegalidades que al Estado interesa supervisar y erradicar).

*En sentido menos puro*, a través de la anulación, se puede pretender el reconocimiento de la situación jurídica individualizada o incluso el otorgamiento de prestaciones.

Por su parte, la **concepción subjetiva**, *en sentido actual* (3), sitúa el punto de partida del sistema procesal en la identificación de los intereses jurídicos de los ciudadanos (éstos son el interés de anulación y, con propia entidad o especificidad, el interés en una prestación, entendida ésta como acto o actuación).

Seguidamente se amoldan las acciones a los tipos de intereses (surgiendo, igualmente, con propia especificidad —junto a la acción de anulación— la acción a una prestación que se corresponde con el interés jurídico en el acto o actuación).

Acto seguido, se amoldan las cautelares a los tipos de acciones, que a su vez derivan de los tipos de intereses jurídicos.

Y finalmente las sentencias tienen perfecta correlación con los tipos de acciones, que a su vez proceden de los dos tipos de intereses jurídicos (anulatorio y prestacional respectivamente).

### **C. Justicia primaria y justicia secundaria**

Por otro lado puede ser conveniente conocer los conceptos de «justicia primaria» y «justicia secundaria» para entender el contencioso-administrativo.

La **justicia secundaria** explica la situación en que se otorga una justicia compensatoria ante la imposibilidad de anular actos o de erradicar situaciones creadas por la Administración, transformando el interés real del sujeto en otro interés generalmente indemnizatorio. Esta forma de hacer justicia, en primer lugar, puede manifestarse en algún caso concreto, o en torno a algún ámbito o parcela de control. Por ejemplo, viene o venía siendo característica su manifestación en la contratación pública, en casos en que el derecho del recurrente se reconduce a una indemnización compensatoria ante la imposibilidad de obtener la adjudicación que interesa. En segundo lugar, más allá, puede ser un modo general de hacer justicia, como pudo ocurrir en tiempos históricos. De ahí que la justicia administrativa anulatoria pueda considerarse un logro en la evolución de esta jurisdicción. En algunos casos concretos o sentencias podremos seguir encontrando huella de este modo de hacer justicia.

En cambio, la **justicia primaria** consigue la adecuación entre el fallo y el interés real del sujeto sin que se desvíe tal interés real a una compensación. Se podrá estimar o desestimar su pretensión, pero en todo caso va a haber oportunidad para un enjuiciamiento adecuado a la pretensión que a él realmente le interesa. Se trata de otorgar al ciudadano (cuando se estimen sus pretensiones) aquello que es objeto de su pretensión y no un sucedáneo de justicia.

Este método conlleva un elemento crítico que permite observar los fallos de esta jurisdicción a fin de examinar si el *desideratum* expresado se consigue o hay alguna anomalía en su funcionamiento concreto.

La justicia secundaria fue una realidad histórica, pese a que estudios con mayor profundidad en la materia (en especial los publicados por *Rüfner*, *Erichsen* y *Bullinger*) han puesto de manifiesto que con anterioridad al siglo XIX no fue del todo desconocida la justicia primaria cuyo *quid* está en la posibilidad de lograr la anulación de la medida del príncipe. Por eso, puede decirse que la línea de progreso históricamente ha estado en la evolución desde la justicia secundaria imperante hacia el predominio de los modos de la justicia primaria (primeramente objetiva y posteriormente hacia primaria y subjetiva).

Aun actualmente, a veces se manifiestan modos de justicia secundaria. En ocasiones por pura lógica, como ocurre cuando en la propia fase de ejecución de la sentencia es imposible cumplir en sentido propio el fallo (ante la posible situación de «imposibilidad en el cumplimiento de la sentencia», artículo 105.2 de la LJA 29/1998); o cuando se consiente la posible ilegalidad de una expropiación por considerar suficiente (como modo de compensar al sujeto) el abono del justiprecio.

## **2. La cuestión en el derecho administrativo procesal español**

A estas alturas del siglo XXI, es claro que en nuestro país predomina un modelo de justicia primaria; y no objetivo. En este sentido, se otorgan pronunciamientos de tipo anulatorio y de tipo condenatorio ordinariamente por los órganos jurisdiccionales.

No obstante, tras la LJA de 1998 tales pronunciamientos condenatorios se siguen haciendo (conforme el modelo de la LJA de 1956, que se mantiene por aquélla en términos esenciales) a través de la pretensión de carácter esencialmente anulatorio contra la denegación presunta o expresa (de la petición a un acto o actuación) formulada por el interesado en vía administrativa, ya que, por este cauce de la creación de un acto, se tramitan los pronunciamientos que ordinariamente pretenden una prestación (acto o actuación: licencia, permiso, subvención, etc.).

El contencioso prestacional sigue sin tener propiamente sustantividad propia, pese a los avances teóricos que ha realizado la LJA de 1998.

En la praxis del contencioso español actual siguen presentes técnicas y conceptos que reflejan modos objetivos de control pese a la indudable subjetivación del contencioso-administrativo; esta última ha sido en el fondo fruto de las exigencias sociales, ya que la sociedad no entendería acudir a esta jurisdicción y que no hubiera una justicia congruente con sus pretensiones y una justicia que no otorgara prestaciones. Otra cosa es que tal subjetivación, que es un hecho, se haya realizado en el marco de un modelo configurado tradicionalmente de forma predominantemente objetiva o anulatoria e impugnatoria.

Todo esto ha generado una cultura que está arraigada en la práctica procesal.

Cierto que el modelo contencioso-administrativo español tiene claras ventajas, ya que es sencillo en su funcionamiento, en su peculiar lógica de creación de actos para su posterior impugnación. Y además la indefensión se salva considerando el énfasis en la congruencia y en la existencia de pronunciamientos puramente condenatorios.

La LJCA de 1998 *ha conseguido* que durante los últimos años se haya introducido en las sentencias de esta jurisdicción una nueva terminología hablando con carácter ordinario de pretensiones a una prestación (al aplicar el artículo 29 de la LJCA), pese a que su planteamiento procesal dista de estar normalizado. De hecho, el debate es si en la práctica procesal el artículo 29.1 de la LJCA de 1998 aporta algo especial a la vía tradicional del recurso tradicional único de tipo anulatorio por la vía de la creación del acto por silencio.

En esta encrucijada, *lege ferenda*, parecen abrirse dos opciones: o bien en el futuro profundizamos en esta vía abierta de las acciones prestacionales, de condena o de inactividad, normalizando el contencioso de prestación, a fin de que tales acciones sean la vía procesal común para cuando interese un acto (más allá del caso en que interese la anulación de un acto), es decir, un acto favorable —licencia, permiso, subvención; primera opción—. Lo que se ha dado en llamar Estado de Derecho perfecto (*Bullinger/González-Varas*) (4). Primera opción.

O bien prescindimos de estas acciones, por provocar confusión y volvemos en el texto legal al modelo tradicional, idea que también tiene sus ventajas: según esto, el tema de la inactividad (o los casos en que al particular interese un acto o prestación) no requieren una acción especial. Basta encauzar la pretensión «a un acto» o «prestación» a través de la acción única —impugnatoria— (en este caso de un acto expreso o presunto) como vehículo para solicitar ejercitar derecho material que interese. Segunda opción.

La LJCA 1998 lo que ha hecho es seguir manteniendo una acción de anulación en el ámbito prestacional de solicitud de actos, creando al mismo tiempo una acción prestacional de tipo excepcional y sin un ámbito claro o definido. A través de la acción de anulación puede cubrirse su campo propio.

El modelo tradicional español tiene la ventaja de la ausencia de formalidad especial alguna. Por su parte, el modelo más subjetivo tiene la ventaja de aumentar la calidad del contencioso, así como la seguridad jurídica otorgando un mayor poder al recurrente de predeterminar, con su acción, *el tipo de sentencia*.

Este debate marca la propia esencia del contencioso-administrativo. En España está muy arraigada —en la praxis procesal— el entendimiento de la acción de anulación extensiva (isolierte Anfechtungsklage). Es decir, la anulación que cubre el ámbito de la prestación (Leistung).

Las diferencias en parte hoy día son en principio de matiz, si bien terminan dejando su huella en la praxis. No obstante, algunos autores han reaccionado fuertemente, en tiempos recientes, contra esta segunda concepción plenamente subjetiva, mostrando las ventajas del contencioso español tradicional de acción única, criticando a quienes venimos inclinándonos por la concepción más subjetiva.

#### (1)

En general, pueden citarse algunas obras generales de referencia: J. *Almagro Nosete/P. Saavedra Gallo, Lecciones de derecho procesal: laboral, contencioso-administrativo, constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1991; J. M. *Álvarez-Cienfuegos Suárez, La Ley*, Tomo 6, 1997 D-308; M. *Bullinger*, prólogo al libro de S. *González-Varas Ibáñez, La jurisdicción*

*contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, 1993; F. Cordón Moreno, *El proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, 1999; A. Del Cacho Frago/L. Vacas García-Alós, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1998; J. Delgado Barrio, «Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE, el control jurisdiccional de la administración y los principios generales del derecho», *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III, Madrid, 1991, pp. 2311 y ss.; E. García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2.ª ed., Madrid 1992; del mismo autor, «Jurisdicción contencioso-administrativa», *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, Vol. III, pp. 3864 y ss.; F. Garrido Falla, «Artículo 106», en F. Garrido Falla (Director), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, pp. 1455 y ss.; J. González Pérez, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, 3.ª Ed., Madrid, 1998; J. Leguina Villa/M. Sánchez Morón (Directores), *La nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valladolid, 1999; J. B. Lorenzo de Membiela, *La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Barcelona, 2007; L. Martín-Retortillo Baquer, «Poder ejecutivo, discrecionalidad y legalidad, control», *Estudios de Derecho Judicial*, 6, 1997; R. Martín Mateo, *Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1989; F. Pera Verdaguer, *El recurso contencioso-administrativo en la jurisprudencia*, Madrid 1988; del mismo autor, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*, 6.ª Ed. Madrid 1998; A. Palomar Olmeda (Director), *Tratado de la jurisdicción contencioso-Administrativa*, Pamplona 2017; A. Pérez Moreno (Coordinador), *La reforma del proceso contencioso-administrativo. Jornadas de estudio sobre el anteproyecto de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Pamplona, 1995; M.M. Razquin Lizarraga, «Los Tribunales y Consejos administrativos sobre Recursos y Reclamaciones», L. Parejo Alfonso/J. Vida Fernández (Coordinadores), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*, Libro Homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomo I, pp.549 y ss.; F. Ruiz Ruiseño, *El proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, 2016; J.A Santamaría Pastor (Director), *MEMENTO RESPUESTAS-1.700 preguntas sobre contencioso-administrativo*, Madrid 2017; VV AA (E. Arnaldo Alcubilla/R. Fernández Valverde, Directores) *Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentarios de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1998; VV AA, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al n.º 1833, 1998; VV AA, *REDA*, 100, 1999; VV AA, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

(2)

El principio es el revisor, pese a sus límites, tal como, por todas, recuerda la STC 23/2018, estimando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación), ya que la sentencia omite un pronunciamiento fundándose en el carácter exclusivamente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa (STC 160/2001). Sobre el acto, J. M. Boquera Oliver, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, 1990; J. R. Dromi, *El acto administrativo*, Madrid, 1985; J. J. Lavilla Rubira, «Consideraciones en torno al ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el Anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo», *RAP*, 113, 1987, pp. 303 y ss.; J. J. González Rivas, *Estudio jurisprudencial sobre el acto administrativo*, Granada, 1989.

(3)

En sentido histórico se asocia a los territorios del sur de la actual Alemania (siendo un jurista destacado BÄHR, frente a la concepción objetiva de Prusia seguida en lo doctrinal por GNEIST; o la francesa histórica; el contencioso se centra en la estricta tutela de los intereses jurídicos de los ciudadanos descuidando el aspecto del control de legalidad de los actos.

(4)

*La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid 1992 y REALA, 251, 1991).

Es interesante el último Dictamen del Consejo de Estado español sobre el Anteproyecto de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (de 29 de mayo de 1997; n.º 1125/97/RG p. 83): «*Es perceptible, por tanto, el tránsito moderado desde el sistema objetivo del contencioso-administrativo francés, que pone su acento en el acto —como también la LJCA vigente—, hacia un sistema subjetivo, propio del Derecho alemán, cuyo centro lo constituye la pretensión o la acción*».

No obstante esta importante referencia al Derecho comparado, la concepción subjetiva del proceso administrativo podía verse también como una realidad exigida por la Constitución Española y, en este sentido, interesa conocer cierta *jurisprudencia del Tribunal Constitucional* sobre el proceso administrativo, así la STC 136/1995 (RTC 1995, 136) (FJ 3; ponente C. Viver i Pi-Sunyer). Afirma esta sentencia, en primer lugar, que «la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene por qué tener siempre un carácter revisor», y acto seguido sienta lo siguiente: «No pueden desconocerse las exigencias que, con carácter general, se derivan del artículo 24.1 CE en relación con el orden contencioso-administrativo, que ya no puede ser concebido como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva, o, si se prefiere, como un proceso al acto, sino, fundamentalmente, como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la Administración y de los administrados».

La STC 86/1998 (RTC 1998, 86) (Ponente: P. García Manzano) insiste en esta línea de la concepción subjetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, con un texto en parte coincidente al de la sentencia citada anteriormente: «En relación con decisiones judiciales de inadmisión sobre pretensiones deducidas en vía contencioso-administrativa frente a la inactividad o pasividad de las Administraciones Públicas, la STC 136/1995 (RTC 1995, 136) en su fundamento jurídico tres con cita de la STC 294/1994 (RTC 1994, 294) señaló (...) las exigencias que, con carácter general se derivan del artículo 24.1 de la Constitución en relación con el orden de lo contencioso-administrativo, que ya no puede ser concebido como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva o, si se prefiere, como un proceso al acto, sino, fundamentalmente como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la Administración y de los administrados».

Finalmente, también la versión de ciertos manuales importantes se hace eco de esta nueva tendencia subjetiva del proceso administrativo (concretamente, véase, a partir de la quinta y última edición, el Tomo II del *Curso* de E. *García de Enterría*/T. R. *Fernández Rodríguez*, p. 612: «las pretensiones de las partes. El carácter subjetivo del proceso contencioso-

administrativo», donde se subraya la «subjetivización completa de la justicia administrativa»), y más recientemente en la 14 ed. (2015)563 y ss. Véase A. Peñalver i Cabré, «Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos», RAP 190 (2013). Véase también J. Agudo González, *La función administrativa de control*, Pamplona 2018.

Por nuestra parte el presente libro conecta con las ediciones anteriores y también con nuestro trabajo precedente *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa* (editado por el Consejo General del Poder Judicial en 1993), donde se proponía un nuevo modelo subjetivo de justicia administrativa. Concretamente, si el artículo 24 de la Constitución reconoce un derecho a la tutela de los derechos e intereses legítimos, esto no podía sino significar que la misión esencial de la jurisdicción contencioso-administrativa había de ser la tutela de los derechos e intereses legítimos de los particulares en sus relaciones jurídicas con la Administración.

En un aspecto sociológico, sobre el funcionamiento de la jurisdicción, S. Díez Sastre, Informe disponible en: [http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2018/09/Informe\\_CIJA\\_2018FINAL.pdf](http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2018/09/Informe_CIJA_2018FINAL.pdf)