

## A xurisdición contencioso-administrativa tras vinte anos de vixencia da Lei 29/1998

La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de vigencia de la Ley 29/1998

The contentious-administrative jurisdiction after twenty years of the validity of Law 29/1998



JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

Catedrático de Dereito Administrativo  
Universidade Complutense de Madrid  
jbano@pdi.ucm.es

Recibido: 02/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.29>

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** Tras vinte anos de vixencia, a Lei 29/1998 da xurisdición contencioso-administrativa mostra signos de debilidade que exigen reformas. O traballo explora criticamente a aplicación da lei, propón reformas tanto da lei procesual como dalgúns dos factores extraprocesuais que condicionan a xustiza administrativa.

**Palabras clave:** Contencioso-administrativo, competencias, medidas cautelares, execución de sentenza, calidade da xustiza, dixitalización do contencioso, planta da xurisdición, obxecto do recurso, procedemento contencioso, reconvenção, reforma do contencioso, vía de feito.

**Resumen:** Tras veinte años de vigencia, la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa muestra signos de debilidad que exigen reformas. El trabajo explora críticamente la aplicación de la ley, propone reformas tanto de la ley procesal como de algunos de los factores extraprocesales que condicionan la justicia administrativa.

**Palabras clave:** Contencioso-administrativo, competencias, medidas cautelares, ejecución de sentencia, calidad de la justicia, digitalización del contencioso, planta de la jurisdicción, objeto del recurso, procedimiento contencioso, reconvenção, reforma del contencioso, vía de hecho.

**Abstract:** After 20 years in force, Law 29/98 of the Judicial Administrative Litigation Proceedings shows signs of weakness that require reform. This paper explores critically the application of the norm, proposes reforms both procedurally and outside the proceeding of those aspects that constrain administrative justice.

**Key words:** Administrative litigation, competences, interim measures, execution of a judicial decision, quality of Justice, digitalization, territorial jurisdiction, proceeding, reconvene, reform of administrative litigation proceedings, fait accompli.

**SUMARIO:** 1 Enfoque metodolóxico. 2 Factores extrínsecos. 2.1 A calidade da xustiza, o dilema brevidade ou calidade. 2.2 A calidade da xustiza contenciosa depende moito da calidade do procedemento e do recurso administrativo. 2.3 Calidade das partes e do xuíz. 2.4 A dixitalización do contencioso. 2.5 O sistema de retribucións como condicionante da independencia xudicial. 3 Factores intrínsecos ao proceso. 3.1 Planta e competencia dos órganos xurisdicionais. 3.2 Unha omisión relevante: a reconvenção. 3.3 O obxecto do recurso: Actuación fronte a acto administrativo. Os leves progresos da lei. 3.4 Excurso sobre a vía de feito. 3.5 O procedemento abreviado. 3.6 Medidas cautelares: Algunhas propostas de mellora. 3.7 Execución de sentenzas contra a Administración: Resumo dunha frustración.

## 1 Enfoque metodolóxico

Os 20 anos transcorridos desde a entrada en vigor da reforma da Lei da xurisdición contencioso-administrativa é tempo suficiente para xustificar un balance sobre os efectos da lei, os seus acertos e insuficiencias.

Ese balance quedaría moi minguado, non obstante, se non atendésemos a outros factores que sempre se deben ter en conta na aplicación dunha lei procesual administrativa, que está moi condicionada pola calidade do procedemento e a vía previa administrativas e pola forma de organización do poder xudicial.

Non trataremos neste traballo algunhas das modificacións introducidas ao longo destes anos na Lei xurisdicional, como a recente reforma do recurso de casación ou a introdución pola Lei de garantía da unidade de mercado dun procedemento especial, con regras excepcionais de lexitimación da CNMC ou de competencia da Audiencia Nacional, que malia o seu indubidable interese desbordarían os límites da nosa análise. Tampouco examinaremos a peculiar posición do procedemento especial sobre dereitos fundamentais que responde á exixencia constitucional do artigo 53 CE, pero que hoxe en día se antolla como un procedemento anacrónico, se se parte da base de que nun Estado de dereito os dereitos fundamentais conforman o enteiro ordenamento xurídico, incluíndo, como é lóxico, o dereito procesual. O que tivo sentido no ano 1978 (recórdese que a Lei 62/78 que introduciu o procedemento especial é anterior á Constitución) hoxe é unha reliquia que só ten utilidade para o dereito de manifestación e que quedou maioritariamente reducido ao dereito de acceso do artigo 23.2 CE.

Mentres non se reforme a Constitución, o lexislador está obrigado a manter ese recurso preferente e ordinario, e os tribunais terán que seguir ocupándose da bizantina discusión entre as afectacións directas aos dereitos fundamentais e os que son propios da lexislación ordinaria, *summa divisio* propia da xurisdición constitucional, pero totalmente artificial cando se examina a legalidade da actuación administrativa.

## 2 Factores extrínsecos

### 2.1 A calidade da xustiza, o dilema brevidade ou calidade

Desde a instauración do Consello Xeral do Poder Xudicial, houbo unha loable política de redución dos prazos baixo o coñecido tópico de que unha xustiza que é lenta non

é xustiza. É indubidable que, en conxunto, os prazos de tramitación ata a sentenza dos procesos contencioso-administrativos se reduciron sinxelamente e non cabe senón felicitarse por iso<sup>1</sup>. A creación dos xulgados do contencioso-administrativo contribuíron a ese éxito sen dúbida, como tamén o fixeron no seu día a imposición de custas por vencemento como medida xeral ou a política de taxas ata que foi declarada inconstitucional por varias sentenzas do Tribunal Constitucional, ou máis simplemente a influencia da crise económica de 2008.

Ese feliz acurtamento dos prazos non se correspondeu cun aumento da calidade do contencioso-administrativo. Malia non estaren establecidos academicamente os factores que inflúen na calidade, é un feito que non escapa á observación de calquera que teña trato coa xurisdición contencioso-administrativa que hai diversos indicios obxectivos de calidade que demostran o longo camiño que queda por percorrer, pois aínda que unha xustiza lenta pode non ser xustiza tampouco o é unha xustiza inxusta por falta do repouso ou o coñecemento necesarios para resolver un proceso que afecta aos dereitos do cidadán e aos poderes públicos. Podemos destacar entre eses indicios de calidade os seguintes:

## 2.2 A calidade da xustiza contenciosa depende moito da calidade do procedemento e do recurso administrativo

a) A xustiza administrativa non empeza nin remata no proceso contencioso, empeza e remata na Administración, evitando o maior número de conflitos e facilitando a execución das sentenzas.

É un feito que, na Administración en masa (sancións de tráfico, inmigración e estranxeiría, por exemplo) non existe un sistema útil de recursos administrativos o que pesa sobre o contencioso. A experiencia dos tribunais de recursos contractuais demostrou que a instauración de órganos administrativos neutrais de recursos contribúe á mellora da xustiza administrativa. Do mesmo xeito, unha reconsideración do enteiro sistema da vía económico-administrativa nos recursos contra a facenda pública, reforzando a posición independente dos tribunais económico-administrativos podería contribuír a reducir a enorme litixiosidade na interpretación da normativa tributaria. Noutro lugar<sup>2</sup> tratamos con algunha extensión a crítica ao sistema de recursos administrativos, polo que é obrigado remitirnos por enteiro a aquelas consideracións que, polo demais, comporta a maioría da doutrina científica.

b) Independentemente do sistema de recursos administrativos, as normas do procedemento administrativo tecnicamente defectuosas poden impedir ou dificultar o control contencioso-administrativo. Ilustrarémoslo co exemplo da regulación do expediente administrativo na Lei 39/2015, de procedemento administrativo común (LPAC).

<sup>1</sup> DÍEZ SASTRE, S. (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia*, CIJA-UAM, Madrid, 2018.

<sup>2</sup> BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>, "El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español", López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA/INAP, Madrid, 2016, pp. 647-670.

O artigo 70 LPAC, tras definir nos seus tres primeiros parágrafos o concepto de expediente, di no parágrafo número 4 que “non formará parte do expediente administrativo a información que teña carácter auxiliar ou de apoio”, entre a que conta “os xuízos de valor emitidos polas administracións públicas, salvo que se trate de informes preceptivos e facultativos, solicitados antes da resolución administrativa que poña fin ao procedemento”.

Noutro lugar<sup>3</sup> ocupámonos do escaso sentido desta excepción que lle impide ao interesado coñecer os xuízos dun funcionario se non se lle solicitou e a súa dubidosa constitucionalidade conforme o artigo 24 CE. O que agora nos interesa destacar é que este tipo de preceptos dificulta extraordinariamente o control xurisdicional e a información do particular. No procedemento impugnatorio o cabal coñecemento do expediente é esencial para apreciar ilegalidades non advertibles a simple vista. Se a mesma lei procedemental permite a expurgación do expediente, convirase en que se pode obstaculizar, cando non cernar, o dereito a un xuízo xusto.

### 2.3 Calidade das partes e do xuíz

Non menos importante é a calidade das partes. Digamos claramente que non sempre nos procesos contencioso-administrativos os avogados contan coa calidade debida. Trátase dunha cuestión de difícil resolución, xa que non parece que en España puidese doadamente aprobarse normas, como existen noutros países, que introducen factores de antigüidade ou de calidade para actuar ante determinadas instancias como o Tribunal Supremo. Por outra parte, os servizos xurídicos da Administración, moitas veces desbordados, non sempre están servidos como debera ser idoneamente, aínda que é unha práctica inveterada que o xuíz do contencioso defenda a posición da Administración, malia os defectos técnicos da defensa, a prol do interese público ao considerar que a actuación é axustada a dereito. Isto non está previsto na LRXCA, a salvo da potestade xurisdicional para formular ás partes de oficio cuestións non alegadas por estas (artigo 65.2) ou acordar, tamén de oficio, a práctica de probas (artigo 61.1), pero moitos xuíces do contencioso aplícanlo a diario, matizando o argumento de que se trata dun auténtico proceso entre partes; é desde logo un proceso pero o interese público sempre planea sobre a decisión do xuíz, fose ou non axeitadamente sostida polo defensor da Administración pública.

Moi relevante é, tamén, a especialización xudicial. Segundo o presidente da Sala do Contencioso<sup>4</sup>, o número de especialistas non supera o 10 %. Se a el lle sumamos os maxistrados provenientes da cuarta quenda que, pola súa orixe, acreditaron coñecementos e experiencia en materias administrativas, pode dicirse que, en total, o número de maxistrados con algún tipo de especialización no dereito público

<sup>3</sup> BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, Parejo Alfonso, L., e Vida Fernández, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Libro homenaje al Prof. Tomás de la Quadra-Salcedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 442-445.

<sup>4</sup> DíEZ-PICAZO, L.M.<sup>a</sup>, “Reflexiones sobre la justicia administrativa en España”, versión provisional de la ponencia presentada al *XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Murcia, 2019. Disponible en: [www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos](http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos) (25 de marzo de 2019).

(incluíndo o dereito constitucional, o dereito administrativo e o dereito tributario) non chega ao 20 %, cifra evidentemente insuficiente.

Ao noso xuízo, a especialización xudicial xenérica nas grandes ramas do dereito é imprescindible. Non estamos falando de expertos nunha materia concreta, urbanismo, tributos, medio ambiente, senón dun mínimo coñecemento das bases do dereito público. O sistema de acceso común á carreira xudicial debería ser revisado, incluída a índole exclusivamente memorística das probas. Pero, á marxe da idoneidade das probas, a especialización polas grandes ramas do ordenamento parece unha condición necesaria para unha xustiza de calidade. É posible que factores corporativos teñan influído no inmobilismo, pero pretender que un xuíz poida servir no contencioso-administrativo sen outra bagaxe que os 14 temas dedicados ao dereito administrativo, dous deles ao contencioso-administrativo, os 26 dedicados ao dereito constitucional, internacional e dereito da Unión Europea, e ningún ao dereito tributario<sup>5</sup>, di moito do anacrónico sistema de formación dos nosos xuíces. Non negamos que todo xurista deba ter unha formación básica en dereito civil e penal, pero pretender que se poida resolver un contencioso-administrativo con garantías sen acervo ningún de dereito público dá que pensar.

Hai, en fin, outros factores dos que tamén depende a calidade da xustiza. Referímonos, por un lado, á adecuación tecnolóxica e, por outro, ás deficientes normas substantivas que pode inducir a unha incorrecta administración de xustiza.

## 2.4 A dixitalización do contencioso

Outro elemento en absoluto desdeñable é a dixitalización da Administración de xustiza, aínda nos seus comezos. É obvio que este é un feito inelutable, como no seu día foi o da mecanización da escritura, e nada hai que opor a que se implante na Administración de xustiza como se está a facer progresivamente na Administración pública.

Porén, existe un perigo, que xa se advirte na práctica: a dixitalización pode converterse nun medio de cernar dereitos se non se poñen as cautelas necesarias. Como subliñamos noutro lugar<sup>6</sup>, a garantía efectiva dos dereitos na Administración, en particular na de xustiza, non xoga tanto nas previsións da lei como no deseño técnico do *software* que faga posible o exercicio dos dereitos. É obvio que a Constitución e os dereitos que garante teñen que ser os mesmos na Administración tradicional que na dixital. Denominamos a esta garantía “principio de equivalencia”.

Este principio non se cumpre, non obstante, na práctica da nosa Administración, xa que as proclamacións enfáticas das nosas leis sobre as vantaxes da Administración dixital non van acompañadas da exigencia de que os programas informáticos garantan

<sup>5</sup> Véxase o programa publicado no BOE n. 165, do 9 de xullo: 92 temas de dereito civil, 63 de dereito penal, 58 de dereito procesual civil, 35 de dereito procesual penal, 16 de dereito mercantil, 13 de dereito do traballo.

<sup>6</sup> BAÑO LEÓN, J.M.ª, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, cit., pp. 434-437.

en todo caso os dereitos. Rubén Martínez<sup>7</sup> mostrou a falta de garantías neste sentido. Pode engadirse ás súas consideracións un exemplo. Non existe técnica ningunha sobre a forma de confeccionar o expediente xudicial e o índice descritivo dos documentos que contén. Calquera que teña experiencia práctica pode comprobar como cada Administración “confecciona” o expediente dun xeito, facendo ás veces imposible o manexo razoable da documentación mediante a edición de documentos en formato PDF sen unha referencia suficiente. O resultado é que as partes teñen moitas dificultades para un acceso rápido ao expediente e poder detectar os extremos que lle interesan ou os documentos que se necesitan. Engádase a iso o feito de que cada comunidade autónoma ten un sistema diferente informático, de modo que non é estraño que ás veces o xuíz teña dificultades para a consulta.

Este panorama débese a que a dixitalización exige, sen dúbida, un protocolo técnico único que faga posible o exercicio real dos dereitos, incluído o dereito de defensa. Esta é unha cuestión básica que non pode quedar ao criterio de cada Administración e na que se xoga, nada menos, que a posibilidade mesma de exercicio dos dereitos.

## 2.5 O sistema de retribucións como condicionante da independencia xudicial

A lectura do Regulamento 2/2018, aprobado polo Consello Xeral do Poder Xudicial (BOE do 18 de decembro de 2018), é desoladora. O regulamento fixa as regras pretendidamente obxectivas para a remuneración por produtividade dos xuíces. Para iso establece a duración media das actuacións xudiciais.

No contencioso-administrativo, por exemplo, unha hora para adoptar unha medida cautelar, 5 ou 6 horas para unha sentenza, incluíndo neste cómputo non só o tempo de redacción, senón –suponse que existe– estudo do asunto.

Esta visión taylorista do traballo xudicial non é neutra no contencioso-administrativo. Ten como indesexable repercusión favorecer a Administración autora do acto. Posto que o xuíz ten que traballar arreo, na acertada expresión de Gabriel Doménech, o incentivo para desestimar o recurso ou a medida cautelar aceptando os razoamentos da Administración é moi elevado. Como demostrou precisamente Gabriel Doménech con estatísticas irrefutables, a forma de retribución inflúe no nesgo da decisión xudicial<sup>8</sup>.

Polo demais non será impertinente notar que unha decisión de tal calado debería ser adoptada polo lexislador mesmo e non polo Consello Xeral do Poder Xudicial<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Los retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa”, Ponencia al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Disponible en: [www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos](http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos) (25 de marzo de 2019).

<sup>8</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

<sup>9</sup> Véxase a STC 135/2018, do 13 de decembro, que anula o artigo 367.1 LOPX, por non precisar as consecuencias derivadas da carencia de aptitude dos xuíces e maxistrados suspensos que pretenden reingresar ao servizo activo. No FX 7, o tribunal sostén que se infrinxiu a reserva de lei nos seguintes termos: “Da literalidade do precepto non se poden obter os parámetros para alcanzar certeza ou cognoscibilidade dos presupostos que definen, nin da concreta finalidade que se persegue coa declaración de aptitude necesaria para a reincorporación ao servizo activo e en consecuencia para que cese a situación de suspensión de funcións

Neste sentido, o artigo 8 da Lei 15/2003, do 26 de maio<sup>10</sup> é de dubidosa constitucionalidade, na medida en que remite practicamente en branco ao Consello a competencia para a adopción dos criterios en que se basea a produtividade, en contra da xurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 83/84; 292/2000). Non hai unha causa obxectiva e razoable que xustifique esta habilitación sen límite da lei ao regulamento. En atención ás importantes repercusións que a produtividade ten sobre a función xurisdiccional, debería ser o lexislador o que establecese os criterios esenciais que deben medirla e o que, substancialmente, debería optar por un sistema de medición cualitativa ou cuantitativa. Así o exixen os artigos 117 e 122 CE, que establecen a reserva de lei nesta materia. Todo iso á marxe de que criterios como o de estimación do horario medio das resolucións xudiciais poderían considerarse contrarios á independencia xudicial, na medida en que *de facto* incentivan o estudo superficial dos asuntos, impedindo que o xuíz dedique todo o tempo que estime suficiente á resolución do caso.

A previsión no regulamento da posibilidade de que o xuíz excepcionalmente solicite máis tempo para os asuntos de maior complexidade non é suficiente para xustificar o sistema, pois do que se trata é de que o xuíz poida exercer independentemente o seu labor xurisdiccional. A retribución do xuíz en razón a criterios cuantitativos debería reconsiderar seriamente, xa que afecta á esencia mesma da función xurisdiccional. Un xuíz non é un inspector de facenda<sup>11</sup>.

Regap



ESTUDIOS

## 3 Factores intrínsecos ao proceso

### 3.1 Planta e competencia dos órganos xurisdicionais

Tras examinar os factores que denominamos extrínsecos aos propiamente procesuais, debemos ocuparnos destes últimos. Para iso contrastaremos as principais novidades da Lei 29/1998 coa súa aplicación práctica.

*aplicada como sanción disciplinaria. A ausencia de regulación normativa, que afecta directamente ao estatuto xudicial, non permite efectuar unha valoración anticipada polos que deben aplicala. A orfandade reguladora, na cal o termo «aptitude» aparece libre de calquera roupaxe xurídica que permita delimitalo, produce unha incerteza insuperable acerca dos aspectos a tomar en consideración para valorar esta, malia que da declaración de aptitude depende que o maxistrado poida exercer ou non a función xurisdiccional. A norma non permite definir o que debe entenderse por aptitude e en consecuencia cales son os parámetros para valorar a idoneidade, suficiencia ou capacidade de quen pretenda a dita declaración. Non se dan as condicións de accesibilidade nin de cognoscibilidade do contido da declaración a que se refire o precepto e da que depende de facto a proxección temporal ou o cesamento da sanción de suspensión de funcións iniciada como consecuencia do procedemento disciplinario. A norma neste punto aparece desprovista das garantías constitucionalmente exixidas polo principio de seguridade xurídica (art. 9.3 CE) e reserva de lei (arts. 117.2 e 122.1 CE). É certo que a norma se ten por existente e vivente, presupostos estes necesarios para satisfacer as exixencias de seguridade xurídica, pero non suficientes, xa que que desta non resulta a posibilidade de entender o que a norma determina: o seu sentido». Cabe formularse se *mutatis mutandi* non acontece o mesmo respecto da Lei 15/2003, pois, aínda que se trate de lei ordinaria, non cabe, ao noso xuízo, entregarlle ao CXPX unha competencia en branco sobre os criterios das retribucións variables, dado o seu importante relevo na neutralidade da función xurisdiccional.*

<sup>10</sup> Di o número 1 do texto legal: "O obxectivo para cada destino na carreira xudicial será fixado polo Consello Xeral do Poder Xudicial conforme módulos de dedicación ou outros criterios técnicos que considere convenientes".

<sup>11</sup> Iso á marxe de que tamén os sistemas de retribución variables da Inspección de facenda teñen un nesgo moi marcado. É obvio que, se a retribución variable tivese en conta non só a contía das actas liquidadas, senón tamén a súa ratificación ou anulación polos tribunais, a actitude da Axencia Tributaria sería máis garantista. Pero, sendo grave que as retribucións poidan influír na obxectividade dos funcionarios, non é comparable institucionalmente coa exixencia de neutralidade da función xurisdiccional.

Non é imputable á Lei 29/1998 a organización da planta contencioso-administrativa que vén deseñada pola LOPX co corpo estraño da Audiencia Nacional e os xulgados centrais, que non responde a lóxica ningunha máis alá de pór en evidencia a singularidade procesual penal da dita xurisdición creada, orixinarimente, para combater o terrorismo.

Si que é criticable que a LRXCA siga mantendo a distribución de competencias entre os órganos xurisdicionais con fundamento nun criterio orgánico, de modo que simples cambios na atribución de competencias entre os órganos dunha mesma Administración determinen automaticamente unha modificación na distribución de asuntos entre os órganos da xurisdición, permitindo que a Administración, por un simple regulamento orgánico, inflúa na determinación do xuíz competente, o cal é dubidosamente compatible co dereito fundamental do cidadán ao xuíz ordinario predeterminado pola lei, que non se cumpre, ao noso xuízo, cando por vía regulamentaria se permite *de facto* que a Administración altere ou “elixa” o órgano xurisdicional que máis lle convén.

Na nosa opinión, sería desexable que a atribución de competencias xurisdicionais responda ao criterio obxectivo do ámbito territorial de cada Administración, de xeito que, con excepcións taxadas, lle corresponda ao xuíz a competencia para dirimir os procesos en primeira instancia e aos tribunais superiores de xustiza as apelacións, garantíndose, por regra xeral, a dobre instancia sen prexuízo do recurso extraordinario de casación. A lista de excepcións, é dicir, de asuntos que deben corresponder en primeira instancia aos tribunais superiores ou ao Tribunal Supremo debe quedar reducida ás disposicións de carácter xeral e para algúns asuntos especialmente complexos.

### 3.2 Unha omisión relevante: a reconvención

Outro asunto que a LRXCA 98 non afronta é o da posibilidade de reconvención, que xa González Pérez propuxo de maneira temperá.

Non se trata de xeneralizar a reconvención, pois ningún sentido ten esta perspectiva cando o que se demanda é pura e simplemente a anulación dun acto administrativo ou o recoñecemento dun dereito en relación entre a Administración e o particular<sup>12</sup>.

Existen casos, non obstante, onde a reconvención podería facilitar a xestión do proceso, como todos aqueles que se basean en procedementos administrativos de concorrencia competitiva (selección de contratistas, concursos de funcionarios, etc.).

Na práctica, acontece que o codemandado a quen beneficia o acto non pode, pola súa vez, exixir unha modificación do resultado do concurso ao seu favor polo simple feito de que ese resultado o beneficia. Así, o número un nun concurso non impugna lóxicamente o resultado do concurso, pero, cando o fai quen obtivo un número superior ou simplemente suspendeu, aquel pode ter interese tamén nos aspectos que o prexudiquen. Dígase o mesmo en materia contractual. O prazo preclusivo de dous

---

<sup>12</sup> Certo é que no dereito procesual sancionador da Unión Europea se admite que a Comisión pode pedir e o xuíz impor unha sanción máis grave que a imposta pola Administración.



meses prexudica o beneficiario do acto cando ten noticia de que existe un recurso que o prexudica. A lexislación procesual só lle permite defender o acto, pero non impugnalo mediante a reconvencción cando a súa situación puidese mellorar como consecuencia da incorrecta baremación ou puntuación do candidato.

É lóxico que quen se beneficia do acto non recorra, pero é igualmente ilóxico que non exista a posibilidade de mellorar a súa posición cando o acto é impugnado por outro candidato. O interese na impugnación do beneficiario do acto só nace cando a súa posición xurídica é ameazada polo recurso doutro concursante. Nestas circunstancias, é absurdo que a lei non prevea a posibilidade de abrir a impugnación mediante a reconvencción á vista da demanda, pois esa imprevisión do lexislador sitúa o codemandado nunha posición de indefensión e impide que o xuíz teña un coñecemento completo de todas as circunstancias do concurso, de xeito que pode darse o caso de que o beneficiario da adxudicación do contrato, por exemplo, sexa relegado como consecuencia da estimación do recurso do demandante ao non poder aquel pór de relevo a minusvaloración doutro aspecto da oferta que ignoraba no momento de adxudicación do contrato ao seu favor. Téñase en conta que, neste tipo de procedemento competitivo, a reconvencción non vai dirixida tanto contra a Administración, á que lle é indiferente xuridicamente que se impoña un ou outro dos candidatos, como contra o competidor. Nestes procesos competitivos non ten lóxica que a Administración poida recorrer, pero si a ten enteiramente que o faga o competidor codemandado.

Outro tipo de asuntos en que a reconvencción ten toda lóxica no proceso contencioso son os que se refiren a relacións bilaterais, tanto as provenientes dos contratos públicos como as dos convenios administrativos e interadministrativos.

Na lóxica da relación bilateral civil é frecuente que a denuncia por unha parte do incumprimento do contrato se responda pola outra parte cunha demanda reconvenccional por incumprimento da outra parte.

Reducir a oposición da parte demandante á *exceptio non adimpleti contractus* supón unha minoración dos dereitos de defensa, xa sexa a parte demandada unha Administración ou un particular. Na actualidade a inexistencia de reconvencción obriga o demandado a iniciar un procedemento administrativo novo se se trata da Administración contratante, ou a instar da Administración unha nova solicitude se se trata dun particular<sup>13</sup>, cando o lóxico sería que no mesmo preito se tramitasen todas as pretensións relacionadas coa execución do contrato ou do convenio administrativo, dado que estamos ante unha relación xurídica bilateral<sup>14</sup>.

A tradicional prohibición da reconvencción no contencioso<sup>15</sup> baseábase na existencia dun proceso exclusivamente dirixido ao acto, de onde podía dicirse que quen

<sup>13</sup> No caso dun convenio entre administracións con distinto ámbito territorial, a inexistencia de reconvencción produce ademais o efecto engadido de que a Administración demandada nun proceso ante un xuíz terá que formular unha demanda ante outro xuíz nun ámbito territorial diferente, o que pode permitir sentenzas contraditorias.

<sup>14</sup> Aínda que na lexislación contractual pública as pretensións se articulen como un proceso de impugnación ao acto, en realidade trátase de pretensións relativas a unha relación xurídica bilateral (interpretación, efectos, incumprimento, resolución dun contrato), polo que tería toda a lóxica que a Administración puidese reconvir nunha futura reforma da LRXCA.

<sup>15</sup> ALCALÁ-ZAMORA, N., *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, citado por GONZÁLEZ-PÉREZ, J., "La acumulación de pretensiones en el proceso administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953, p. 98, *apud.* nota 19.

non impugnara no seu momento a resolución administrativa non podía logo reabrila pola vía da reconvencción. Por outra banda, aduciuse que o principio de irrevogabilidade dos actos administrativos e a prohibición de *reformatio in peius* se opoñen con carácter xeral á reconvencción<sup>16</sup>. Pero esta prohibición perdeu gran parte da súa lóxica cando o obxecto do contencioso-administrativo remite hoxe non só á actividade da Administración, senón a un conxunto moi importante de relacións xurídico-públicas, moitas delas bilaterais, e tamén a actos administrativos multipolares, nos cales ten perfecta lóxica que quen consente o acto que o beneficia poida optar pola reconvencción cando a demanda do recorrente pon de relevo que tamén o acto o pode prexudicar nun procedemento competitivo ou cando se trata de relacións bilaterais, onde propiamente non existe un acto administrativo.

Unha recente sentenza do Tribunal Supremo (Sentenza 604/2019, do 7 de maio), que menciona sen citala outras anteriores da mesma sala e sección, tratou de remediar os males que suscita a imposibilidade de reconvencción nos concursos de funcionarios mediante unha interpretación creativa da lei procesual, que en síntese consiste en dicir que o dereito á tutela xudicial efectiva lle permite ao codemandado nun procedemento competitivo alegar na contestación ante o tribunal e pedir que se revisen os aspectos do acto administrativo que o prexudican, unha vez coñece a demanda do aspirante que impugna o acto. Xa expuxemos aquí as razóns que xustifican a posibilidade de reconvencción, que é o que vén recoñecer o Tribunal Supremo nesas sentenzas. Non obstante, cremos que o asunto tería merecido unha reflexión do pleno da Sala Terceira, que non pode reducirse ao ámbito funcional, pois os mesmos problemas se suscitan en calquera procedemento de concorrencia competitiva, e que debería ter deixado claro un cambio de criterio na posición procesual do codemandado, que é revolucionaria á vista dos estritos termos do artigo 21.1.d) en relación co artigo 46.1 LRXCA, así como a reiterada xurisprudencia que sostén que a localización como codemandado non autoriza a impugnar o acto, senón só a defendelo. A posibilidade de que o demandado non só faga valer as razóns que se opoñen á demanda, senón que introduza, pola súa vez, os elementos de impugnación do acto que reforzan a súa posición, que o tribunal deduce sen máis do dereito á tutela xudicial efectiva, debe ser benvida e debería mover o lexislador a unha reforma no sentido apuntado.

### **3.3 O obxecto do recurso: actuación fronte a acto administrativo. Os leves progresos da lei**

A lectura da exposición de motivos da Lei 29/1998 pode chegar á errónea conclusión de que a norma introduce un profundo cambio respecto da concepción da LRXA 1956, na cal a acción impugnatoria do acto monopolizaba todo o sistema de accións da lei, de sorte que calquera pretensión, fose ou non autenticamente impugnatoria, ou o recoñecemento dun dereito e non propiamente a anulación dun acto administrativo, debía articularse a través da impugnación dun acto expreso ou presunto. Coa limitada

<sup>16</sup> Vid. HUERGO LORAS, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 56-58.

excepción da Lei 62/1978, de protección de dereitos fundamentais, que permitía o acceso á xurisdición fronte a calquera violación dun dereito fundamental, mesmo sen mediar acto ou recurso administrativo ningún, a Lei de 1956 instrumentaba calquera pretensión a través da impugnación dun acto expreso ou presunto.

Certamente, a LRXCA 1998, nos artigos 29 e 30, innovou ao recoñecer accións propiamente executivas sen necesidade da impugnación dun acto, xa que, fronte aos incumprimentos administrativos de obrigas recoñecidas por lei, acto ou convenio, non se exercita acción impugnatoria ningunha, senón que, unha vez reclamado o cumprimento á Administración, o particular pode acudir á xurisdición pedindo o cumprimento da obriga, sen que esteamos en presenza de acto administrativo ningún. E diso resulta a imposibilidade de que a Administración opoña a excepción do acto consentido se o particular non recorre contra a desestimación do requirimento. Da mesma forma, a vía de feito, que tamén a Lei de 1998 introduce formalmente como obxecto dunha pretensión autónoma (aínda que xa a xurisprudencia previa o admitira), non reviste os caracteres dunha acción impugnatoria típica, senón dunha acción de condena consistente en que cesa a actuación manifestamente ilegal da Administración.

O ámbito das accións de condena dos artigos 29 e 30 é moi limitado. O artigo 29 refírese, exclusivamente, a dereitos concretos recoñecidos en favor dunha persoa determinada, o que exclúe do seu ámbito as accións en que se discute o alcance do dereito que necesariamente ten que levarse pola vía da impugnación do acto expreso ou presunto que desestima a reclamación. E o artigo 30, ao referirse a actos firmes que recoñezan obrigas pola Administración, ten tamén un círculo de acción reducido.

A Lei de 1998, sexa por descoido ou pola inercia da tradición, non regula, por exemplo, a acción contra as actuacións materiais da Administración non constitutivas de vía de feito, malia proclamar o contrario a exposición de motivos e insistir en que o obxecto da lei non pode reducirse ao acto, senón a toda a actuación administrativa. Do mesmo xeito, non se ocupa a lei da forma de actuar fronte aos incumprimentos dos convenios entre a Administración e un particular ou fronte ás accións derivadas da eficacia dos convenios entre administracións públicas, que seguen artificialmente tendo que resolverse mediante o expediente de provocar un acto administrativo que se impugna, co cal as regras de competencia do tribunal chamado a axuizar o asunto non dependen de datos obxectivos, como o domicilio do demandado ou o lugar de celebración do convenio, senón de quen sexa a Administración que apareza como demandada. E sobre todo a acción ten necesariamente que articularse como impugnatoria da decisión expresa ou presunta da pretensión que exerce a parte, como se se tratase dun acto administrativo, o que obviamente non é, xa se trate dunha simple actividade material, xa sexa un convenio administrativo, cuestións ambas as dúas que teñen crecente interese e non poden ser consideradas anecdóticas.

Tamén carece dunha canle procesual adecuada o control doutras formas de actuación administrativa. A Administración cada vez máis intervén mediante técnicas de orientación ou persuasión que inciden ou poden incidir nos dereitos dos particulares. As advertencias, comunicacións, etc., non son actos administrativos e, non

obstante, carecen dunha canle procesual específica, máis alá da xeración artificial dun acto impugnabile.

Dígase o mesmo do silencio. A Lei 29/1998 mantén o mecanismo do silencio administrativo negativo e a súa fixación do acto presunto desestimatorio, nun claro exemplo de conversión dunha acción de condena a que a Administración dite un acto nunha acción de anulación dun acto ficticio desestimatorio.

A lei, en fin, tampouco chega a albiscar a necesidade de articulación dunha canle procesual para o coñecemento dos actos administrativos privados con efectos xurídico-públicos, caso das autoliquidacións tributarias, que agora adquiriron unha notable importancia co auxe das comunicacións previas e as declaracións responsables, actos que non poden ser impugnados directamente polos titulares doutros dereitos aos que aqueles afectan, xa que necesariamente hai que lograr un acto administrativo expreso ou presunto para poder acceder á xurisdición contencioso-administrativa.

Tales insuficiencias teríanse remediado ou mitigado se a lei, en efecto, tivese previsto unha canle procesual para as relacións xurídico-públicas que non se tramitan nun acto administrativo, ben por revestiren outras formas de manifestación distintas ao acto unilateral, ben por tratarse de acto dun particular con efectos xurídico-públicos.

Estas insuficiencias reflíctense moi ben no contraste entre o artigo 45.1 e o artigo 1 da LRXCA. O artigo 45.1 LRXCA segue ancorado claramente nunha tradición impugnatoria, por un lado, sen que se corresponda o seu contido co artigo 1 LRXCA. En efecto, o artigo 45.1 di:

“O recurso contencioso-administrativo iníciase por un escrito reducido a citar a disposición, acto, inactividade, ou actuación constitutiva de vía de feito que se impugne...”.

Mentres que, pola súa banda, o artigo 1 ten un contido máis amplo, ao establecer que a xurisdición contencioso-administrativa coñecerá das pretensións que se deduzan en relación coa “actuación” das administracións públicas suxeitas ao dereito administrativo.

Curiosamente, tampouco hai correspondencia entre os artigos 45.1, que ten a importante misión de fixar os límites do obxecto do recurso, ou o artigo 46, que fixa o *dies a quo* do cómputo do prazo, e o artigo 44, que fixa o obxecto do requirimento previo facultativo nos preitos entre administracións públicas. Máis correctamente, este último precepto di que, antes de que unha Administración pública interpoña recurso contencioso-administrativo contra outra Administración, poderá requirila previamente para que derogue a disposición, anule ou revogue o acto, faga cesar ou modifique a actuación material, ou inicie a actividade a que está obrigada”. Neste precepto distínguese moito máis precisamente o que son accións impugnatorias do que son accións de condena, mesmo se fala de actuacións materiais (aínda que non de vía de feito). Non obstante, á hora de presentar o recurso, o artigo 45.1 obriga a Administración recorrente a adaptar a acción ao que recibe a acción impugnatoria, o cal non ten demasiado sentido.

Todas estas insuficiencias aconsellarían unha reforma profunda do obxecto do proceso contencioso-administrativo.

### 3.4 Excurso sobre a vía de feito

Cabe formularse tamén o acerto de incorporar a vía de feito como obxecto do recurso contencioso-administrativo e a idoneidade de establecer para este caso un réxime especial.

Non é preciso aquí estendernos sobre a orixe da vía de feito, pero si que é conveniente lembrar que tal concepto vai unido ás peculiaridades da xustiza administrativa en Francia e a súa distinción da xurisdición ordinaria no seo da peculiar visión francesa da división de poderes.

A vía de feito (*manquement de droit, manquement de procédure*, nos termos de HAURIOU) é un expediente para permitir que o cidadán acuda ao xuíz ordinario cando a Administración, ao actuar completamente á marxe do dereito, xa non actúa como tal Administración, revestida dos seus privilexios, senón como simple particular, e por iso pode ser xulgada polo xuíz civil.

En España a recepción da vía de feito fíxose de xeito acrítico, como un intento de reforzar as garantías do xustizable, malia que desde a Lei de 1886 a xustiza administrativa é xustiza ordinaria. De feito, no plano legal, o recoñecemento prodúcese na LEF 1954 (artigo 125) como excepción á regra tradicional que non admite “interditos contra as actuacións dos órganos administrativos en materia da súa competencia e de acordo co procedemento legalmente establecido”, nos termos do artigo 103 LPA 1958.

A introdución na Lei da xurisdición da vía de feito tivo en conta, sen dúbida, a crítica que fixo López Menudo<sup>17</sup> aos vaivéns da xurisprudencia menor civil. Pero máis alá deste dato, que a exposición de motivos non recolle, a explicación que a lei ofrece non é moi esclarecedora:

“Outra novidade destacable é o recurso contra as actuacións materiais en vía de feito. Mediante este recurso pódense combater aquelas actuacións materiais da Administración que carecen da necesaria cobertura xurídica e lesionan dereitos e intereses lexítimos de calquera clase. A acción ten unha natureza declarativa e de condena e á vez, en certo modo, interdital, para efectos do cal non pode deixar de relacionarse coa regulación das medidas cautelares. Por razón da materia, a competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativa para coñecer destes recursos explícase sobradamente”.

A LOPX tamén recolle no artigo 9.4 que a orde contencioso-administrativa coñecerá das “actuacións materiais (da Administración) que constitúan vía de feito”.

A ambigüidade dos textos legais levou a discutir se segue vixente o artigo 125 LEF e aínda que a doutrina maioritariamente parece seguir opinando sobre a compatibilidade

<sup>17</sup> LÓPEZ MENDUO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.

de ambas as dúas opcións, a xurisprudencia civil maioritariamente inclínase a considerar que é unha competencia exclusiva do contencioso-administrativo<sup>18</sup>.

Sexa como for, o que cabe considerar é se unha lei moderna do contencioso-administrativo debería formular a desaparición da vía de feito. Se toda a actividade material e formal da Administración está suxeita á xurisdición contencioso-administrativa, non se ve a necesidade de manter a vía de feito como obxecto de impugnación específica. Unha de dúas, ou a vía de feito é necesaria como mecanismo reforzado de protección ante o xuíz civil, ou a vía de feito é un suposto de nulidade, que, como calquera tipo de ilegalidade, desde a máis importante á máis leve, debe ser obxecto de axuízamento xurisdiccional contencioso-administrativo.

Se o xuíz do contencioso-administrativo é un xuíz ordinario e se a CE lles reconece aos particulares o dereito á tutela xudicial efectiva, se a xurisdición contencioso-administrativa verdadeiramente superou as limitacións que existían no ano 1956, non ten sentido ningún que exista un réxime peculiar da vía de feito, pois este só ten xustificación se existe unha dualidade xurisdiccional.

O quid da cuestión é sinxelamente a medida cautelar, como a propia exposición de motivos reconece. Sobreenténdese que unha actuación groseiramente ilegal da Administración é apreciable *ictu oculi* e debe dar lugar á adopción dunha medida cautelar. De aí que o artigo 136, nestes casos, dispoña que a medida cautelar se adoptará salvo que de xeito patente non concorran as circunstancias que definen a vía de feito ou exista unha perturbación grave dos intereses xerais ou de terceiros. De aí<sup>19</sup>, tamén, que en Francia a ampliación das medidas cautelares á disposición do xuíz administrativo e o recoñecemento do Consello de Estado de que a vía de feito pode ser obxecto dun recurso por exceso de poder viñese reducir drasticamente a competencia do xuíz civil.

A supervivencia da vía de feito só ten xustificación se se parte da base de que a xustiza administrativa é ineficaz para remediar este tipo de actuacións. Pero unha xustiza administrativa ordinaria á altura do século XXI non require, non debería requirir, un tratamento especial, máis alá do que debe ou debería dispensarlle a calquera ilegalidade manifesta.

### 3.5 O procedemento abreviado

Introducido na tramitación parlamentaria do proxecto de lei de 1998 e tomado a préstamo do dereito procesual laboral, o procedemento abreviado, pensado inicialmente para cousas sinxelas, veu converterse nun procedemento cada vez máis utilizado ao ter aumentado a contía (ata 30.000 euros) e terse ampliado as competencias dos xuíces do contencioso polas sucesivas reformas das leis procesuais.

A experiencia práctica demostra que hai dous aspectos necesitados de mellora. En primeiro termo, a oportunidade de que a Administración conteste por escrito á

<sup>18</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., "Vía de hecho", Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2005, pp. 2651 e ss.

<sup>19</sup> BURLADA ECHEVESTE, J.L., *La vía de hecho en el Derecho Administrativo francés*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 171-213.

demanda antes da vista, o que se explica doadamente por dúas razóns. Facilitaría o traballo do xuíz, xa que a vista permitiría concentrarse tanto nas excepcións procesuais que impiden a continuación do xuízo como nas probas, tendo en conta que tanto o xuíz como as partes acudirán á vista coñecendo os argumentos de debate. Na actualidade, calquera excepción procesual ten que resolverse na vista, co inconveniente de que nin a parte actora nin o xuíz tiveron coñecemento previo. Así, garántese a igualdade de armas das partes, xa que a actora só coñece a excepción na propia vista coas dificultades que iso comporta para o dereito de defensa, máxime nun ordenamento xurídico tan complexo como o administrativo.

En segundo lugar, examinada a demanda e a contestación, as partes terían oportunidade de pedir proba antes da vista, que podería practicarse nesta. Actualmente o demandante que escoita por vez primeira na vista a contestación á demanda dificilmente pode analizar cun mínimo de sosego se complementa a proposición de proba para combater os feitos aducidos pola Administración.

Outra alternativa que puidese manexarse é pura e simplemente trasladar ao contencioso-administrativo o procedemento ordinario civil (demanda, contestación, vista preliminar e vista definitiva), aínda que talvez non fose necesario na maioría dos casos trasladar o sistema de dobre vista civil e bastaría, como se dixo antes, con introducir as modificacións que se propoñen na fase previa á vista.

### 3.6 Medidas cautelares. Algunhas propostas de mellora

A Lei 29/1998 mellorou moitos aspectos das medidas cautelares, facendo seus os criterios máis avanzados da xurisprudencia. Así, a posibilidade de adoptar medidas cautelarísimas *inaudita parte*, a concepción mesma da medida cautelar non reducida como na LRXCA de 1956 á suspensión do acto administrativo a conversión da regra xeral favorable á non adopción da medida cautelar, salvo o *periculum in mora* do demandante, nos casos do artigo 29 (proceso executivo para o efectivo recoñecemento de dereitos en favor dunha persoa determinada xa previsto nunha lei, contrato ou acto administrativo, proceso de execución forzosa de actos firmes), en que a regra xeral é a adopción da medida cautelar.

Estas indubidables virtudes da Lei 29/1998 non alcanzan, non obstante, o conxunto da regulación das medidas cautelares, que podería mellorarse substancialmente, ao noso xuízo, en dous aspectos, procesual e substantivo.

Procesualmente, sería moi conveniente a exixencia de vista previa, na cal o xuíz puidese resolver as súas dúbidas sobre os posibles efectos prexudiciais da adopción ou non da medida preventiva. Dado que o xuíz non conta co expediente administrativo á hora de adoptar a medida, a vista instruiríao moito máis axeitadamente sobre a oportunidade ou non da medida.

Substantivamente debería modificarse o artigo 130.1 LRXCA para acoller no caso de actos administrativos restritivos de dereitos, en que non existen outros interesados con dereitos contrapostos, a regra xeral de suspensión, salvo que o interese público demande no caso concreto o mantemento da eficacia do acto. As razóns



constitucionais, que sosteñen este paradigma, a necesidade de distinguir entre estes actos citados e os multipolares explicámolas nun recente traballo ao que é forzoso remitir o lector<sup>20</sup>.

### 3.7 Execución de sentenzas contra a Administración: resumo dunha frustración

Ninguén pode negar á vixente LRXCA a súa dedicación ao logro dunha pronta execución das sentenzas contra a Administración. A panoplia de medios posta á disposición do xuíz para obrigar a Administración a cumprir co ordenado pola sentenza non é menor e é comparable cando non supera as existentes no dereito comparado.

Ese empeño loable do lexislador trae causa dunha realidade innegable: a resistencia ao pronto cumprimento das sentenzas por parte da Administración<sup>21</sup>. O que debería ser un comportamento normal do poder público, o cumprimento fiel da resolución, convértese, en non poucas ocasións, nunha actitude patolóxica de obstaculización da execución. A principal culpable deste comportamento é, sen dúbida, a Administración pública, que non actúa sempre coa lealdade institucional que é exigible como poder público. A inercia do antigo privilexio de autoexecución administrativa das sentenzas segue pesando tanto ou máis que a Constitución, a LOPX e a LRXCA, que non deixan ningún lugar á dúbida sobre a exclusiva potestade xurisdiccional de vulgar e facer executar o xulgado. Nun segundo plano, tamén inflúe negativamente a falta de impulso xudicial da execución por parte do xuíz, excesivamente tolerante en ocasións coa falta de dilixencia administrativa no cumprimento das sentenzas. En resumo: non é imputable á Lei 29/1998 a tardanza na execución das sentenzas contra a Administración.

Dito o anterior, si que hai algúns extremos da regulación do procedemento de execución que propuxemos revisar<sup>22</sup> e que resumimos agora:

1.º Tal como observa a LAC, debe sentarse o principio de que as sentenzas estritamente anulatorias ou declarativas de dereitos non require de execución.

2.º Se as sentenzas de condena requiren un novo acto regulado da Administración, ese acto non é un acto administrativo en sentido estrito, senón un acto de execución da sentenza, que debe ser notificado ao tribunal, quen decidirá, á vista dos

<sup>20</sup> BAÑO LEÓN, J.M.ª, "Medidas cautelares y ejecución de Sentencias: Balance de la Ley 29/1998"; Ponce Solé, J., e Cudero Blas, J. (coords.), *Balance y perspectivas de la LJCA en su XX aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

<sup>21</sup> Entre as últimas achegas, cfr. PÉREZ ALONSO, J., "La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelo de "inejecución" de Sentencias", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 40, 2015. A raíz sociolóxica dos problemas de execución de sentenzas de condena contra a Administración refléctese moi ben no contraste da lexislación española coa alemá. Malia ser esta última moito menos exhaustiva que a española, xa que só permite a multa coercitiva contra a Administración, non contra o titular do órgano, os casos de incumprimento cóntanse cos dedos dunha man. Os dous exemplos máis recentes que se relatan como excepcionais son o da cidade de Wetzlar, que se resistiu a deixarlle un local municipal para un acto electoral ao Partido de extrema dereita NPD malia a orde xudicial, e do plan de limpeza atmosférica do aeroporto de Múnic, cuxa modificación foi ordenada como consecuencia de Sentenza do 9 de outubro de 2012. Ambos os dous exemplos de oposición poden verse en KRING, J., "Die Zwangsvollstreckung von Gerichtsurteilen gegenüber der öffentlichen Hand – Zwangshaft für Behördenleiter?", *NWwZ*, n. 1-2, 2019, pp. 23-28.

<sup>22</sup> BAÑO LEÓN, J.M.ª, "La eficacia de las Sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016.



argumentos das partes, se cumpre ou non coa executoria. Os devanditos actos non son susceptibles de recurso autónomo.

3.º Pola contra, se a resolución ordena ditar un novo acto, pero a Administración conserva un poder de apreciación sobre o seu contido, ben porque sexa discrecional ben porque o xuíz careza dos elementos de xuízo suficientes para pronunciarse sobre o fondo do asunto, a Administración cumprirá a resolución ditando o acto, que será susceptible de recurso autónomo.

4.º Non debería falarse de incidente de imposibilidade legal de execución nas sentenzas de condena, senón de execución por equivalencia cando resulta fisicamente imposible a execución nos seus propios termos. As sentenzas estritamente de anulación non poden nunca ser de imposible execución, pola elemental razón de que non se necesita esa execución para producir os efectos da anulación.

5.º O artigo 103.4 debera ser modificado na liña de recoñecerlle ao xuíz a competencia de adoptar todas as medidas para facer posible a execución deixando sen efecto calquera acto ou disposición que vaia contra a cousa xulgada. A importante STS do 4 de febreiro de 2019 (R. casación 3965/2017) observou atinadamente que o xuíz da execución pode non aplicar os actos ou disposicións da Administración contrarios aos pronunciamentos da sentenza cando non é competente para poder declarar directamente a nulidade. Non obstante, cabe formularse se o precepto está ben orientado cando exige, segundo a xurisprudencia, unha desviación de poder (“actos ditados coa finalidade de eludir o cumprimento da sentenza”). Ao noso xuízo, trátase simplemente de establecer se o acto é contrario ou non á cousa xulgada sen necesidade de acudir ao pé forzado da desviación de poder<sup>23</sup>.

6.º Debería derrogarse a potestade de expropiación de sentenzas recoñecida actualmente no artigo 105.3 LRXCA. Unha cousa é que o xuíz poida executar unha sentenza por equivalencia e outra ben distinta que a lei permita que a Administración expropie os dereitos derivados dunha sentenza e os substitúa por unha indemnización, pois nese caso quebrántase o principio de división de poderes.

O temor fundado de guerra ou o quebranto da integridade territorial son situacións de excepción que, se é o caso, xustifican medidas excepcionais conforme a Lei orgánica 4/1981, reguladora dos estados de alarma, excepción ou sitio. Aínda que a Constitución non permite suspender a vixencia do artigo 24, si cabería que, nunha situación excepcional, e decretado o estado de sitio, puidese habilitarse ese recurso excepcional. Pero o que non ten sentido ningún nun Estado de dereito é que a lei deixe en mans da Administración esa potestade excepcional de transformación da resolución con carácter ordinario, pois está claro que a substitución dunha sentenza de condena polo seu equivalente económico, que é o que significa en definitiva a expropiación, debe corresponderlle ao xuíz, tal como acontece no suposto do parágrafo 2.º do citado artigo 105.3 LRXCA, que lle atribúe exclusivamente ao xuíz a

<sup>23</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El artículo 130.4. LS no les gusta a los jueces”, Sánchez Blanco, A.; Domínguez-Berrueta de Juan, M., e Rivero Ysern, J.L. (coords.), *El nuevo derecho administrativo. Libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2012, pp. 139 e ss. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018.

competencia para apreciar se existe “perigo certo de alteración grave do libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns”.

## Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA, N., *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943.
- BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>, “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español”, López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA/INAP, Madrid, 2016.
- BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>, “La eficacia de las Sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016.
- BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>, “Medidas cautelares y ejecución de Sentencias: Balance de la Ley 29/1998”, Ponce Solé, J., e Cuero Blas, J. (coords.), *Balance y perspectivas de la LJCA en su XX aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).
- BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, Parejo Alfonso, L., e Vida Fernández, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Libro homenaje al Prof. Tomás de la Quadra-Salcedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BURLADA ECHEVESTE, J.L., *La vía de hecho en el Derecho Administrativo francés*, Bosch, Barcelona, 2018.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.<sup>a</sup>, “Reflexiones sobre la justicia administrativa en España”, versión provisional de la ponencia presentada al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Disponible en: [www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos](http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos) (25 de marzo de 2019).
- DÍEZ SASTRE, S. (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia*, CIJA-UAM, Madrid, 2018.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El artículo 130.4. LS no les gusta a los jueces”, Sánchez Blanco, A., Domínguez-Berrueta de Juan, M., e Rivero Ysern, J.L. (coords.), *El nuevo derecho administrativo. Libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2012.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018.
- GONZÁLEZ-PÉREZ, J., “La acumulación de pretensiones en el proceso administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953.
- HUERGO LORAS, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000.

- KRING, J., “Die Zwangsvollstreckung von Gerichtsurteilen gegenüber der öffentlichen Hand – Zwangshaft für Behördenleiter?”, *NVwZ*, n. 1-2, 2019.
- LÓPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Vía de hecho”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Los retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa”, ponencia al *XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Murcia, 2019. Disponible en: [www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos](http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos) (25 de marzo de 2019).
- PÉREZ ALONSO, J., “La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelo de “inejecución” de Sentencias”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 40, 2015.

Regap



ESTUDIOS

