

UN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SIN RECURSOS NI ACTIVIDAD IMPUGNADA

ALEJANDRO HUERGO LORA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL OBJETO DEL PROCESO Y SU DETERMINACIÓN.—III. LA REGULACIÓN NO LIMITATIVA DEL OBJETO DEL PROCESO EN LOS ÓRDENES JUDICIALES DISTINTOS DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—IV. LA EXCEPCIÓN DEL CONTENCIOSO.—V. LA NECESARIA ESPECIFICIDAD DEL RECURSO CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS.—VI. AMPLIACIONES INDEBIDAS DEL RECURSO CONTRA ACTOS: 1. *La utilización del recurso contra actos como cauce para la impugnación de otras clases de actuación administrativa.* 2. *La utilización del recurso contra actos como cauce para las pretensiones de condena no relacionadas con la anulación de un acto administrativo.*—VII. HACIA UNA NUEVA ACCIÓN JUDICIAL.—VIII. UN CONTENCIOSO SIN RECURSOS NI ACTOS RECURRIDOS. LA NECESARIA REFORMA DE LA LJ.

RESUMEN

La jurisdicción contencioso-administrativa se encuentra en una situación lamentable. Sus decisiones son poco eficaces y no sólo por lo que tardan en llegar. Los cambios que la Ley de 1998 introdujo en comparación con la anterior de 1956 son pocos y escasamente afortunados. Una de las reformas más necesarias es la del objeto del proceso, que tiene restricciones que no existen en otros órdenes judiciales (como el civil) o en otros ordenamientos jurídicos. Se propone que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sólo regule las acciones que son exclusivas de este orden judicial (como el recurso contra actos y contra reglamentos), y admita, en lo demás, la formulación de cualesquiera pretensiones al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es de aplicación supletoria.

Palabras clave: contencioso-administrativo; acciones; objeto del proceso.

ABSTRACT

Judicial review in Spain does not work properly. The rulings come too late and have often a very limited impact. The changes that the statute in force about judicial review brought along in 1998 are scarce and not always appropriate. One of the most necessary reforms refers to the object of the lawsuits, cramped by limits that do not apply in other courts or abroad. The Statute about administrative Courts should regulate only the actions that are exclusive of these Courts (for instance, the appeals against administrative resolutions or regulations), allowing the citizens to use, in addition, every other action that can be brought forward in civil Courts.

Key words: Administrative Courts; actions; object of lawsuits.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo parte de una visión crítica del estado actual del contencioso-administrativo, un orden jurisdiccional imprescindible en el Estado de Derecho y que con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJ) de 1998 se ha instalado en el continuismo respecto a su antecesora de 1956¹. Cunde la idea de que las grandes líneas del contencioso-administrativo son inamovibles, salvo cambios de detalle o hacazos dirigidos a disuadir a sus posibles usuarios². El legislador da por perdido el contencioso, como lo demuestra el hecho de que, allí donde por una u otra razón se hace necesaria una tutela eficaz (y, por tanto, rápida), opta por un parche legislativo y por la creación de mecanismos sectoriales sin encaje adecuado en la legislación general, sin justificar por qué, si tales novedades son útiles y convenientes, no se aplican con carácter general³.

En cierto modo cuadra al contencioso español el viejo y cínico juicio aplicado en Alemania a los recursos administrativos: que no son formalistas, que no son caros... pero que tampoco sirven para nada (*formlos, kostenlos und aussichtlos*)⁴. Entre nosotros el contencioso es abierto y generoso en cuestiones como la legitimación, lo que permite prácticamente a cualquiera tener en jaque, durante algunos años, las decisiones públicas más trascendentes, aunque, eso sí, rara vez sirve para cambiarlas o para impedir su ejecución. Tras la reforma de 2011 ya no es barato en materia de costas. En cuanto a la eficacia del contencioso, si existie-

¹ En este sentido, me adhiero a las palabras de J. A. SANTAMARÍA PASTOR en el prólogo a su *Comentario a la LJ*, Iustel, Madrid, 2010, pág. 36, cuando echa de menos en la doctrina una crítica a la LJ de 1998, de la que dice que «resolvió muy pocas de las dudas que planteaba su antecesora, limitándose a asumir acríticamente la mayor parte de sus contenidos y a introducir algunas novedades conceptuales tan brillantes como ineficaces». L. MARTÍN REBOLLO, aunque menos crítico, también dice que «[l]a nueva Ley contiene novedades de interés, pero sus postulados siguen siendo los de la Ley anterior» [«Veinticinco puntos sobre la jurisdicción administrativa y el reto de la eficacia», en J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT (dir.), *Constitución y control de la actividad administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, XII, 2003, págs. 331-360, pág. 339].

² Que es el sentido principal de la reforma introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, justamente criticada por la doctrina (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «De nuevo sobre el arbitramento del legislador: las reformas del proceso contencioso-administrativo hechas por la Ley 37/2011, de 10 de octubre», en *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012, vol. I, págs. 2147-2181).

³ Sirva de ejemplo la nueva regulación del contencioso de los contratos públicos (Ley 34/2010, de 5 de agosto) o el procedimiento de cierre de páginas *web* que supuestamente vulneran masivamente derechos de autor que se ha establecido en el nuevo art. 122 bis de la LJ en virtud de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁴ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, Múnich, 2011, 18.ª ed., § 19.6 (hay traducción española de la 17.ª ed, alemana, coordinada por G. DOMENECH PASCUAL, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011); F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, Beck, Múnich, 2011, 8.ª ed., § 5.1.

ra una estadística judicial digna de ese nombre (que no la hay, pues se limita a datos externos poco interesantes), creo que podría comprobarse el claro predominio de las sentencias que desestiman los recursos y confirman la actividad administrativa impugnada⁵. Y, por lo que respecta a las sentencias que rompen esa tendencia y declaran contrarios a Derecho actos o normas de importancia, se trata en no pocos casos de victorias pírricas cuyas consecuencias la Administración elude con relativa facilidad, utilizando para ello múltiples recursos como la lentitud de los procesos y de su ejecución, la posibilidad de repetir los procedimientos caducados o en los que se han detectado vicios de forma, etc. Constituye, desde luego, un reto para el Estado de Derecho corregir esta situación de fuerte ineficacia del contencioso, que se traduce en desconfianza de los ciudadanos y en aumento de costes para las empresas, que no acuden a él porque sencillamente no pueden esperar diez años (o más) para ver resueltos sus conflictos, de modo que, o consiguen solucionarlos en vía administrativa (mediante negociaciones o influencias informales) o sencillamente abandonan sus proyectos. Cuando uno lee muchas de las sentencias de mayor interés doctrinal, no es difícil darse cuenta de que son inútiles desde el punto de vista de las necesidades o los intereses de las partes, y de que su único efecto práctico sería una eventual demanda de responsabilidad patrimonial que casi nunca puede prosperar.

Junto a defectos generales (falta de medios, etc.), una de las causas concretas de esta calamitosa situación es la regulación del objeto del contencioso, que es necesario cambiar mediante una reforma profunda de la LJ. El hecho de que esa modificación parezca, hoy por hoy, poco probable, no constituye motivo suficiente para renunciar a plantearla, sobre todo porque también parecía imposible hace unos años la aprobación de una nueva LEC o de una Ley Concursal y ambas se aprobaron cuando hubo voluntad política sin demasiadas dificultades. No tiene sentido que la legislación contencioso-administrativa siga anclada a los hallazgos y logros que pudieron conseguirse en 1956, en unas circunstancias mucho más difíciles que las actuales. En todo caso, la actual coyuntura de crisis económica profunda ha hecho que comiencen a derretirse estructuras que parecían inmutables (el sistema autonómico, sin ir más lejos), y en ella es posible, e incluso puede que con más probabilidades de éxito, abrir cuestiones que parecían cerradas a toda discusión.

Pues bien, en torno a este fundamental problema, mi análisis es que las novedades introducidas en 1998 (recurso contra la vía de hecho y, so-

⁵ También L. MARTÍN REBOLLO, «Veinticinco puntos», cit., págs. 342-343, echa de menos una estadística de las aplicaciones de la nueva Ley, incluidas «las pretensiones distintas de las anulatorias».

bre todo, recurso contra la inactividad) han sido desacertadas y que la solución no es añadir nuevos elementos, sino, sencillamente, quitarlos, es decir, borrar en lugar de pintar, tomando conciencia de que bajo la legislación contencioso-administrativa se encuentra, como supletoria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que sólo deben regularse las acciones exclusivas del contencioso (que son el recurso contra reglamentos y contra actos), dejando actuar, en lo demás, a la legislación procesal civil.

II. EL OBJETO DEL PROCESO Y SU DETERMINACIÓN

En todo proceso judicial, la determinación del objeto⁶ es una cuestión de la máxima importancia⁷, porque a través de ella se precisa qué están discutiendo las partes y qué debe ser decidido por el Tribunal. Del objeto depende el orden judicial que debe conocer del asunto⁸, el órgano

⁶ Al objeto del proceso se han dedicado entre nosotros varias monografías que, en general, estudian su repercusión en alguna de las direcciones que a continuación se estudian en el texto. En el ámbito concreto del contencioso-administrativo debe mencionarse la obra de M. GARCÍA PÉREZ, *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, 1999. Entre los estudios incluidos en comentarios sistemáticos a la LJ de 1998, M. SÁNCHEZ MORÓN, «El objeto del recurso contencioso-administrativo», en J. LEGUINA VILLA/M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, 2.ª ed., págs. 163-233; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2 vols., Civitas, Madrid, 2003, 4.ª ed.; J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ y OTROS, *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, 2.ª ed.; J. M. AYALA MUÑOZ y OTROS, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, Pamplona, 1998; P. SALA SÁNCHEZ/J. A. XIOL RÍOS/R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Práctica procesal contencioso-administrativa*, varios volúmenes, Bosch, Barcelona, 1999, en especial el vol. II; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tecnos, Madrid, 1999. Sobre la tramitación parlamentaria de los preceptos de la LJ dedicados a la cuestión, J. LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, «El objeto del proceso contencioso-administrativo», *REDA*, 115, 2002, págs. 381-391.

⁷ Sobre las distintas funciones del objeto del proceso, *vid.* A. DE LA OLIVA, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 24-25; V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil I*, Colex, Madrid, 2004, págs. 206-207.

⁸ Tanto la definición legal del ámbito del contencioso-administrativo (art. 9.4 LOPJ y art. 1 LJ), como la de los demás órdenes jurisdiccionales se basan en el objeto del proceso entendido como «cuestión litigiosa». El orden penal aparece delimitado de una manera muy especial porque el Derecho penal sólo se puede aplicar judicialmente, al contrario de lo que sucede con el Derecho civil, laboral o administrativo. Por lo que respecta a estos tres, que se mueven (o deberían moverse) en el mismo plano, aunque la delimitación de su ámbito se basa, al menos teóricamente, en la referencia a la rama del Derecho que rige la cuestión litigiosa, en el caso del contencioso se produce la interferencia derivada de la necesidad de una actividad administrativa impugnabile. Sobre la diferencia entre el Derecho administrativo como concepto legal dirigido a la delimitación del ámbito jurisdiccional del contencioso (que es su verdadero origen, y que incluye otras ramas del Derecho público como el tributario) y el concepto doctrinal, que es un subproducto del anterior, *vid.* J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ceura, Madrid, 1989, págs. 52-54; WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht I*, Beck, Manchen, 1974, 9.ª ed., última redactada por los autores originales, D. EHLERS, en SCHOCH/SCHMIDT-ASSMANN/PIETZCKER (Hsg.), *VwGO*, § 40.220 y ss.

competente y el procedimiento aplicable⁹. De su cuantía y materia depende la posibilidad de interponer ciertos recursos, como los de apelación y casación. Y el objeto determina el contenido de la sentencia, que no puede conceder más de lo pedido por las partes ni algo distinto, so pena de caer en el vicio de incongruencia. Es cierto que el Tribunal puede indicar a las partes nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, como dice el art. 33 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero no puede ampliar o alterar las pretensiones deducidas por aquéllas. La última de las funciones jurídicas del objeto del proceso, desde un punto de vista cronológico pero no valorativo, es la de determinar el ámbito objetivo de la cosa juzgada (art. 222 LEC)¹⁰. Además, el proceso judicial es un debate jurídico caracterizado por un alto grado de formalización, es decir, está sometido a unas normas que lo delimitan desde todos los puntos de vista y que lo aíslan del conflicto social que lo origina¹¹. Por eso el objeto formal del proceso, que lo condiciona, como hemos visto, en tantos aspectos, no coincide con el objeto del conflicto entre partes, del conflicto social que siempre se encuentra en el origen del proceso. Y por eso es fundamental para las partes el modo en que se fija el objeto del proceso, es decir, la transformación de su conflicto en objeto de un proceso, porque de esa transformación depende la mayor o menor eficacia del proceso, de la tutela judicial, para la resolución de aquel problema¹².

En su célebre ensayo *Homo ludens* (1938), recientemente citado por el prof. MUÑOZ MACHADO, J. HUIZINGA destacaba la semejanza entre el

⁹ Arts. 78.1 y 29.2 LJ. En este caso el tipo de acción que se ejercita influye sobre el procedimiento, porque el recurso dirigido a obtener la ejecución de un acto firme (art. 29.2) se tramita siempre por el procedimiento abreviado, siendo el único caso en el que se aplica este procedimiento a pleitos de que conoce (o puede conocer) una Sala de lo Contencioso-Administrativo de un TSJ. Pese a la apariencia de celeridad que proporciona la aplicación del procedimiento abreviado, lo cierto es que la tramitación de estos procesos puede durar años.

¹⁰ Sobre la relación entre el objeto del proceso y la cosa juzgada, *vid.* A. DE LA OLIVA, *Objeto del proceso*, cit., págs. 94 y ss.; I. TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso*, cit., págs. 135 y ss. Específicamente en el ámbito del contencioso-administrativo, *vid.* R. BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982, págs. 140 y ss.

¹¹ *Vid.* O. JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, Beck, Múnich, 2002, 27.^a ed., págs. 148 y ss.

¹² Un mismo conflicto (por ejemplo, el que puede plantearse entre el propietario de una finca y quienes sostienen que tienen derecho a pasar por ella) puede dar lugar a muchos procesos distintos, con objetos completamente diferentes: un proceso penal por usurpación, una acción civil negatoria o declarativa de servidumbre de paso, una acción vecinal (previo requerimiento al Ayuntamiento) para que se declare la existencia de un camino público, etc. En todos estos casos el conflicto social es el mismo pero el objeto del proceso es diferente, por lo que también son distintos los requisitos procesales y sustantivos necesarios para la estimación de la pretensión formulada, así como el contenido y efectos de la sentencia que pueda dictarse. Del mismo modo, el intento de reacción jurídica de un particular ante el ruido que provoca un local situado en el bajo del edificio en que vive puede dar lugar a pleitos con objetos muy diferentes: la impugnación de la licencia, la impugnación de la negativa a clausurar el local o a sancionar a su titular, o la impugnación de la negativa a exigir el cumplimiento de las medidas correctoras previstas en la licencia.

proceso judicial y un juego, sobre todo porque ambos se encuentran sometidos a reglas estrictas con las que, entre otras cosas, se delimita un «terreno de juego», un marco aislado de la realidad en el que sólo valen las normas procesales y no otras consideraciones¹³. Esta formalización, de la que constituye una clara muestra la vieja expresión «lo que no está en los autos no está en el mundo», es imprescindible para salvaguardar reglas procesales básicas como el principio de contradicción, la imparcialidad del órgano judicial o la igualdad de armas entre las partes¹⁴. Así, la limitación estricta del objeto del proceso a lo que las partes han pedido formalmente (el «suplico»), o la aplicación de reglas precisas y terminantes para la incorporación de elementos de prueba (plazos preclusivos para la aportación de documentos, períodos cerrados de prueba, etc.), permiten garantizar la igualdad de las partes, es decir, que todas ellas tengan la posibilidad de pronunciarse sobre cualquier incidencia procesal que pueda afectarles y que siempre esté claro cuál debe ser el objeto del debate.

Esta idea, es decir, la separación entre el objeto del proceso y el conflicto real o social (es decir, extraprocesal) que existe previamente entre las partes y que da lugar a que una de ellas acuda a los Tribunales, es una de las claves del concepto de pretensión procesal, desarrollado entre nosotros por J. GUASP¹⁶, y que tanta importancia ha tenido en la elabo-

¹³ Vid. *Homo ludens* (1938), edición de Alianza Editorial, Madrid, 1987, traducida por Eugenio IMAZ, págs. 96-108. El autor subraya cómo, aunque lo jurídico aparece dotado, en el plano lingüístico y en todos los demás, del atributo de la seriedad en el más alto grado, tiene una serie de características típicas del juego, como el hecho de que se trata de una competición (el proceso) y que se desarrolla en un «campo» previamente delimitado y aislado del mundo real (lo que se remarca mediante anacronismos como la peluca de los jueces).

¹⁴ En este sentido, DE LA OLIVA, *Objeto del proceso*, cit., pág. 67, para quien el concepto de objeto del proceso tiene varias finalidades, de entre las que cabe destacar las siguientes, adelantadas en el texto: «[d]otar de orden y fluidez al debate procesal, lo que requiere que, a partir de un determinado momento, se centre en torno a un asunto lo más claramente delimitado, que es el que el tribunal debe tomar en consideración para dictar sentencia, de modo que ésta sea exhaustiva y congruente», y «[e]vitar situaciones de desventaja en cualquiera de las partes, procurando que ninguna se vea sorprendida por la contraria con cambios de planteamiento (...)».

¹⁵ Por ello cabe distinguir (DE LA OLIVA, *Objeto del proceso*, cit., págs. 75 y ss.), en una nueva función del objeto del proceso, ligada en este caso a la regla de *preclusión*, entre un objeto *real*, sobre el que versa la discusión y al que debe referirse la sentencia, y un objeto *virtual*, que incluye también las alegaciones y los hechos que la parte pudo y debió incorporar (aunque no lo haya hecho), de modo que se le imputan las consecuencias del incumplimiento de esa carga y ya no puede llevarlos a un pleito futuro. Así se deriva de reglas como las contenidas en los arts. 269 y 400 de la LEC. El primero prohíbe, como regla general, la aportación de documentos en momento posterior al de la demanda o contestación, y el segundo establece que se consideran aducidos en un pleito, y por tanto decididos con fuerza de cosa juzgada por la resolución que en el mismo se dicte, no sólo los hechos y fundamentos jurídicos realmente alegados en la demanda y contestación, sino también los demás que hayan podido serlo.

¹⁶ Vid. J. GUASP, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1985, 2.ª ed. El trabajo se publicó

ración del contencioso-administrativo¹⁷. Al mostrar con genial sencillez que el objeto de todo proceso son las pretensiones formuladas por las partes y no los derechos o las posiciones jurídicas en que las mismas se apoyan, J. GUASP acertó a destacar el formalismo del proceso, cuyo objeto no son los problemas jurídicos reales de las partes, o sus derechos y obligaciones, sino las pretensiones, es decir, las concretas peticiones formuladas por las partes y admitidas por el Tribunal, en las que aquéllas hayan acertado a expresar los problemas, necesidades y situaciones jurídicas que las llevan a acudir a los Tribunales¹⁸. De donde se deduce la trascendental importancia de esa fase de conversión de los problemas e intereses de las partes en pretensiones procesales, que nunca es neutral y que presenta caracteres muy diversos en los distintos órdenes jurisdiccionales.

Consecuencia de ello es que lo decisivo en un proceso no es quién tiene razón en términos generales, o en el conflicto que enfrenta a las partes, sino quién presenta las alegaciones más adecuadas y mejor apoyadas en pruebas *respecto de las concretas cuestiones que constituyen el objeto del proceso*. Por eso se puede perder un pleito por un mal planteamiento, es decir, por una inadecuada formulación de las pretensiones, o porque no se admitan (y, por tanto, no se decidan en la sentencia) aquellas que interesan al actor, y, por esa misma razón (y es este aspecto el que nos preocupa en el presente trabajo), la Ley puede hacer imposible la tutela jurídica de unos determinados intereses, si impide que los mismos puedan convertirse en objeto de un proceso.

originalmente en 1952 (*Anuario de Derecho Civil*, vol. V) y aparece ahora recogido en el volumen *Estudios jurídicos*, editado por P. ARAGONESES, Civitas, Madrid, 1996, págs. 565-619.

¹⁷ En la doctrina procesal actual, autores como A. DE LA OLIVA no consideran que el objeto del proceso sea la pretensión, sino más bien la «acción afirmada» en la pretensión, es decir, el concreto derecho que en ésta se pide. *Vid.* A. DE LA OLIVA, *Objeto del proceso y cosa juzgada*, cit., págs. 28 y ss. Sin perjuicio de dejar constancia de esta postura, debe indicarse que a nuestros efectos resulta indiferente, pues en realidad no es sino una precisión respecto a los conceptos de GUASP.

¹⁸ *Vid.* J. GUASP, *La pretensión...*, cit., págs. 28-29: «El que dos o más miembros de la comunidad peleen entre sí no suscita *ipso facto* el fenómeno jurídico de que su discrepancia sea resuelta mediante un proceso. Hará falta siempre que de alguna manera la disputa sea conducida o llevada ante quien ha de dirimirla, es decir, será preciso que la sustancia del conflicto, delimitada con anterioridad al proceso mismo, asuma la forma procesal específica que justifique su existencia como tal proceso. El punto de enlace entre tal pretendida sustancia y esta, indispensable pero inexplicada, forma, es precisamente lo que no aclara la teoría del conflicto en ninguna de sus manifestaciones».

III. LA REGULACIÓN NO LIMITATIVA DEL OBJETO DEL PROCESO EN LOS ÓRDENES JUDICIALES DISTINTOS DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En este estudio general del objeto del proceso debe subrayarse un contraste fundamental entre el contencioso-administrativo y los demás órdenes jurisdiccionales.

Por mucha que sea la relevancia procesal del objeto, que ya hemos visto que la tiene, en los órdenes distintos del contencioso, y, en especial, en el civil, su regulación no supone un límite al ámbito de conocimiento de los Tribunales ni a las posibilidades que tienen las partes de pedir la tutela de éstos. Dicho de otra forma, estos Tribunales son competentes para conocer de cualesquiera cuestiones que se planteen en su respectiva rama del Derecho y, del mismo modo, los particulares tienen derecho a llevar ante ellos cualquiera de estas cuestiones y a obtener una respuesta jurídicamente fundada sobre ella. Naturalmente, para que este derecho se haga efectivo será necesario que la «cuestión» se formule de forma concreta como pretensión admisible, pero ello no supone obstáculo alguno porque el sistema de pretensiones es abierto en el sentido de que da cabida (tiene que dar cabida, si se quiere respetar el derecho de acción ínsito en el principio de Estado de Derecho y en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) a toda cuestión que se plantee en el ámbito jurídico de que se trate. De ahí que las pretensiones carezcan, en general, de regulación legal, y que, en todo caso, ésta no sea exhaustiva o excluyente¹⁹.

Resulta muy ilustrativo examinar la regulación del objeto del proceso en los distintos órdenes jurisdiccionales. Si dejamos a un lado el penal, cuyo objeto está perfectamente delimitado (la imposición de las penas previstas en el Código Penal o en la legislación penal especial, con el añadido de la responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas)²⁰, o el militar (que no tiene sustantividad dogmática propia, en cuanto constituye únicamente un fuero especial para ventilar ciertas cuestiones penales,

¹⁹ Ello deriva, en particular, del hecho de que la delimitación del *petitum* corresponde al actor, sin necesidad de ajustarse a ningún esquema fijado por el legislador. La clasificación de las pretensiones en declarativas, constitutivas y de condena es puramente lógica y recoge todas las posibilidades que caben. No supone, por tanto, el resultado de una opción normativa. *Vid.* I. TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso*, cit., págs. 17 y ss.; A. DE LA OLIVA, *Objeto del proceso*, cit., págs. 42 y ss.; O. JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, cit., págs. 137-138.

²⁰ Como ya se ha adelantado, el Derecho penal tiene la característica específica de que sólo puede aplicarse mediante sentencia judicial (art. 1 LECr). Por ello las pretensiones en este orden jurisdiccional siempre van dirigidas a la imposición de penas. En cambio, la aplicación del Derecho privado no está reservada, en general, a los Tribunales, sino abierta a los particulares, razón por la cual las pretensiones constitutivas son poco habituales en la jurisdicción civil (O. JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, cit., pág. 139).

disciplinarias o civiles)²¹, en el civil y en el social las Leyes sólo definen el ámbito jurídico al que extienden su conocimiento los correspondientes Tribunales, pero sin enumerar en modo alguno, y mucho menos con carácter limitativo, las distintas pretensiones que pueden constituir objeto del proceso.

Es cierto que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, a diferencia de la anterior (o de la alemana, por mencionar un ejemplo de legislación procesal civil especialmente destacado), enumera en su art. 5 las «clases de tutela jurisdiccional», es decir, las distintas pretensiones admisibles («Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley»), pero se trata sólo de una enumeración (con un punto de academicismo) de todas las clases de pretensiones identificadas por la doctrina a lo largo del tiempo y que han ido surgiendo y perfilándose sin que ninguna norma las enumerara o limitara. La lista que incorpora la LEC, aunque se presente como exhaustiva o excluyente (en la medida en que sólo admite ampliaciones expresamente previstas por la ley), tiene, sobre todo, un valor clasificatorio u ordenador, porque lo cierto es que esa enumeración incorpora todas las pretensiones conocidas hasta ahora²². En el fondo, las pretensiones que la LEC enumera (y que cualquier manual recoge) son simplemente moldes formales susceptibles de albergar cualquier contenido. La yuxtaposición de todos ellos, que es lo que hace la Ley, no constituye limitación alguna, de la misma manera que si alguien dice que los hablantes de un idioma sólo podrán utilizar sustantivos, verbos, adjetivos, adverbios, con-

²¹ De acuerdo con el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre competencia y organización de la jurisdicción militar, ésta «se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración de estado de sitio». Sobre el contencioso-disciplinario militar, *vid.* F. LÓPEZ RAMÓN, «El recurso contencioso-disciplinario militar», *Documentación Administrativa*, 220, 1989, págs. 85-115.

²² La inclusión en cualquier Ley de una clasificación de las pretensiones no debe provocar que se limiten las pretensiones, dejando fuera alguna que pueda existir actualmente o que surja en el futuro. Tales temores se han planteado en ocasiones en la doctrina alemana al discutirse si resultaría pertinente introducir en la Ley reguladora de la jurisdicción administrativa una cláusula en la que se enumeren las distintas acciones, habiéndose llegado a la conclusión de que no es necesaria ni conveniente, al conllevar el riesgo de que esa enumeración se interprete como exhaustiva o limitadora, impidiendo el nacimiento de nuevas acciones para resolver las necesidades que vayan surgiendo, como ha ocurrido hasta ahora. En este sentido, PIETZCKER, en SCHOCH/SCHMIDT-ASSMANN/PIETZCKER (Hsg.), *VwGO*, cit., Vorb § 42.16. Las acciones reguladas en la *VwGO* nunca pueden considerarse exhaustivas: F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., pág. 213.

junciones y preposiciones tampoco está limitando su forma de hablar en la medida en que cualquier palabra encaja en alguna de esas categorías. Con mayor sencillez aún, la Ley de la Jurisdicción Social se limita a establecer que «[l]os órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho en conflictos tanto en su vertiente individual como colectiva» (art. 1), pero sin enumerar esas pretensiones²³.

Esta regulación no limitativa de las pretensiones permite a las partes formular en los procesos civiles y laborales (y especialmente en los primeros, por la *vis attractiva* de esta jurisdicción) las peticiones más variadas, muchas de ellas nunca previstas por Ley alguna (pensemos, en un ejemplo extremo, en las pretensiones relacionadas con la eutanasia y los límites de los tratamientos médicos, y dirigidas a que se ordene o autorice la desconexión de dispositivos que mantienen con vida a personas clínicamente muertas o que padecen enfermedades incurables), sin más límite que el de estar basadas en normas pertenecientes a la rama del Derecho de la que conoce ese orden judicial, y la invocación de un interés legítimo. De hecho, se considera contrario a la Constitución que se prohíba formular alguna pretensión necesaria para la tutela de un derecho sustantivo o un interés legítimo²⁴.

En resumen, el concepto de pretensión sirve, en los órdenes judiciales distintos del contencioso, para identificar el objeto del proceso, que es el que haya quedado formalizado de un determinado modo al inicio del mismo (y no el que cada parte suponga que es o el que haya movido al demandante a acudir a los Tribunales) y para ordenar, a partir de ese contenido, la actividad jurisdiccional, pero sin que a las partes se les prohíba *a priori* formular ninguna pretensión de las que puedan ser abstractamente deducidas de la aplicación de la rama jurídica que constituye el ámbito de cada orden jurisdiccional.

²³ Precisamente esta Ley, como la alemana de la jurisdicción administrativa, regula aquellas acciones que requieren un tratamiento específico, como son justamente las que se dirigen contra actos administrativos, que tienen un plazo específico para su ejercicio (art. 71).

²⁴ La regulación legal de las pretensiones será inconstitucional si establece requisitos o exigencias que priven de tutela judicial a algún interés legítimo. Un ejemplo de ello es la STC 273/2005, que declara inconstitucional el párrafo primero del art. 133 CC en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado en la medida en que, al dejar sin acceso a los Tribunales al interesado, restringe su derecho a la tutela judicial de manera desproporcionada.

IV. LA EXCEPCIÓN DEL CONTENCIOSO

La LJ y, con ella, el contencioso-administrativo español, siguen anclados a una visión claramente anticuada del proceso, en la medida en que dicha Ley establece una serie cerrada de acciones²⁵ que no tienen por qué recoger —y no recogen— todas las posibilidades de aplicación práctica del Derecho administrativo, muchas de las cuales sólo pueden llevarse a los Tribunales utilizando de forma desviada cauces procesales pensados con otras finalidades. Una visión anticuada cuyo origen se encuentra en el modelo histórico del contencioso español, el recurso por exceso de poder (del que se dio, además, una versión restrictiva en un contexto político siempre autoritario)²⁶, que ha sido abandonada, en cambio, y por imperativo constitucional, en el Derecho alemán, en el que la Ley regula las acciones exclusivas del contencioso (sobre todo el recurso contra ac-

²⁵ Los recursos contra actos administrativos (art. 25), contra reglamentos (art. 26), contra la inactividad administrativa (art. 29) y contra la vía de hecho (art. 30).

²⁶ El contencioso francés (que ha evolucionado en la práctica para ir superando poco a poco, pragmáticamente, sus limitaciones más graves, como explicó T.-R. FERNÁNDEZ, «Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo», *REDA*, 91, 1996, págs 385-402) mantiene su configuración original como una yuxtaposición de vías de recurso (*actions en justice*) específicas del contencioso, en lugar de partir de una cláusula general (como los demás órdenes judiciales) en la que se admita la formulación de cualesquiera pretensiones. No estamos en un «sistema de lista» en cuanto a las materias susceptibles de recurso, pero sí en cuanto a las acciones que cabe ejercer. Por lo demás, y sin olvidar la existencia de múltiples vías procesales «minoritarias», debe destacarse la crisis de la tradicional bipartición entre el recurso por exceso de poder y el de plena jurisdicción. A esa crisis se dedica el estudio de F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, París, 2001, que enlaza con críticas anteriores como la de KORNPROBST. Más interesante en su parte crítica que en la construcción propuesta, el estudio subraya cómo la atribución al juez de poderes de ejecución (multas coercitivas) respecto a las sentencias que estiman recursos por exceso de poder, ha eliminado una de las diferencias básicas entre este recurso y el de plena jurisdicción, en la medida en que, aunque el fallo de las decisiones que estiman recursos de exceso de poder sigue estando limitado a la anulación del acto impugnado (sin poder contener pronunciamientos de condena), lo cierto es que del mismo se derivan, implícitamente, mandatos y prohibiciones para la Administración, cuyo cumplimiento puede ser incluso impuesto por vía forzosa (págs. 92 y ss.). No deja de ser, como se ha dicho al inicio de esta nota, una aproximación pragmática, abierta, por ello, a toda clase de desfallecimientos. Menos convincente resulta la otra crítica lanzada contra la clasificación habitual del sistema de acciones, y referida en esta ocasión a su división material. Para el autor, ya no cabe afirmar que el recurso por exceso de poder es un recurso objetivo (proceso al acto) y el de plena jurisdicción es subjetivo (dirigido a la tutela de un derecho subjetivo) en la medida en que, con apoyo en las teorías de KELSEN, todo proceso sería objetivo al tener por finalidad la creación judicial de derecho (págs. 197 y ss.). Asumir la construcción de KELSEN en esa interpretación supone, pura y simplemente, borrar la distinción entre la creación y la aplicación del Derecho y entre las normas y los actos (administrativos y judiciales), un paso que conlleva un cambio radical en la concepción del Derecho administrativo y la renuncia a instituciones básicas del mismo y que, entiendo, no puede darse de manera parcial o sólo a los efectos de una sola pieza como puede ser el contencioso.

Sobre esa nota del contencioso francés de ser un producto de origen administrativo cuyo acercamiento a lo judicial ha sido lento y ha sufrido altibajos, es muy ilustrativo el libro de G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'Administration. Vicissitudes d'une ambition 1800-1872*, LGDJ, París, 1999, citado entre nosotros por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones de la justicia administrativa*, Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 35.

tos administrativos y contra reglamentos), pero permite que, además, se formulen cualesquiera otras pretensiones al amparo de la legislación procesal civil²⁷. Nuestra LJ no establece un cauce que sirva, sin más, para el planteamiento de cualesquiera pretensiones basadas en el Derecho administrativo, sino que pone en pie una serie cerrada de acciones dirigidas a la impugnación de distintas formas de actuación administrativa, que dejan fuera, simplemente, la protección de múltiples derechos (o intereses legítimos, una vez que también a éstos protege el derecho a la tutela judicial) surgidos en la aplicación del Derecho administrativo y que no hayan acertado a manifestarse en alguna de las formas de actuación administrativa cuya impugnación admite la LJ. Una situación insatisfactoria que contrasta con la que se vive en los demás órdenes jurisdiccionales, no afectados por esa limitación.

Esta defectuosa construcción es la causa de que todo lo relativo al objeto del proceso contencioso-administrativo haya adquirido una importancia de la que carece en otros campos²⁸. Así, la tesis de GUASP acerca de la identificación del objeto del proceso con las pretensiones, que en el ámbito civil o social es casi una obviedad carente de aplicaciones prácticas en cuanto se encuentra plenamente asumida, como axioma, en la dogmática procesal moderna, ha tenido una extraordinaria influencia en el contencioso-administrativo español a partir de su explícita recepción en el comienzo mismo de la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 («La Jurisdicción Contencioso-administrativa conocerá de las *pretensiones* que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley»), y ello porque ese tecnicismo constituía el vehículo de una discreta pero muy importante ampliación del ámbito del proceso contencioso-administrativo, que consistía en la admisión de pretensio-

²⁷ Vid. F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., § 13, 1-6.

²⁸ Como ha sucedido, por lo demás, en otros Estados. La aplicación de un sistema de lista, sea para definir el ámbito de la justicia administrativa, sea en lo relativo a las acciones, obliga a forzar éstas para permitir el acceso a los Tribunales de las pretensiones de las partes. Así ha sucedido en el Derecho alemán en etapas anteriores, en las que se ligaba el acceso al contencioso con la impugnación de un acto administrativo (F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., § 13, 1-6). En Francia, el carácter jurisprudencial del contencioso, sujeto siempre a las posibilidades de innovación derivadas de la doctrina del Consejo de Estado, permite introducir las nuevas acciones que sean precisas para satisfacer las necesidades de tutela de las partes. Es el caso, por ejemplo, de la acción para obtener la homologación judicial de las transacciones celebradas entre las partes, creada a través de la resolución de 6 de diciembre de 2002, a la que se refiere R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París, 2008, 13.^a ed., pág. 207. Sobre la flexibilidad del sistema y la aparición de múltiples acciones que no encajan en el sistema dualista exceso de poder/plena jurisdicción, vid. B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, Puf, París, 2005, 7.^a ed., págs. 29-30.

nes diferentes de la simple anulación del acto o del reglamento impugnados²⁹.

A las limitaciones legales se unen, conviene recordarlo de pasada, las autolimitaciones de la jurisprudencia, que, con excepciones, lejos de contribuir a la superación de esos obstáculos, se ha apoyado en ellos o incluso ha prolongado sus efectos aun después de ser corregidos o derogados por el legislador, como ha ocurrido, destacadamente, con el tan citado «carácter revisor» del contencioso-administrativo, que no es, en realidad, sino una (falsa) limitación legal de su objeto, a la que la jurisprudencia acude con frecuencia para justificar las más variadas restricciones (muchas de ellas impuestas por ella misma) a la tutela judicial de los ciudadanos^{30, 31}. Otro tanto cabría decir del manido concepto de la «desviación procesal», no reconocido por norma alguna pero que se usa con fre-

²⁹ Con ello se ponía fin a la absurda situación que se vivía hasta ese momento, en la que el contencioso español, que conocía —salvo en la esfera local— una única acción, reunía en ella las limitaciones de todas las vías de recurso del contencioso francés: la limitación del fallo a la anulación del acto impugnado, propia del exceso de poder, y la exigencia de un derecho subjetivo como título de legitimación, propia del recurso de plena jurisdicción. La Ley de 1956 viene, en la práctica, a bifurcar el contencioso: uno de plena jurisdicción para los titulares de derechos subjetivos, en el que se puede pedir el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y no sólo la anulación del acto impugnado, y otro, para el que sólo se exigen intereses legítimos, limitado a la anulación. La Ley de 1998 (y, antes, la aplicación directa de la Constitución) hará saltar también esta última limitación.

La cita de las referencias que al concepto de pretensión se han hecho en manuales y obras sobre el contencioso-administrativo (empezando por las del propio J. GONZÁLEZ PÉREZ, discípulo de GUASP y cuya influencia sobre la LJ es notoria) podría ser interminable. Baste remitir, por todos, al testimonio de E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, vol. II, 1.ª ed., 1977, págs. 481-482.

³⁰ En este sentido, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, 2006, vol. II, pág. 640, así como la detallada exposición de esta jurisprudencia en J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998.

³¹ Un ejemplo reciente lo encontramos en la STC 26/2008, que estima el recurso de amparo interpuesto por la Diputación Foral de Álava contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco que inadmitió, por falta de actividad administrativa impugnada, el recurso que la Diputación había presentado contra la desestimación de los requerimientos dirigidos a la Agencia Tributaria para que cesara en determinadas actuaciones inspectoras que la Diputación consideraba de su exclusiva competencia. Al margen de la cuestión de fondo, que ahora no interesa, sí hay que destacar que la Sala del País Vasco inadmitió el recurso al entender que ante el contencioso se pueden impugnar actos concretos, no plantear conflictos competenciales: «El proceso contencioso-administrativo tiene por objeto las actuaciones descritas en los artículos 25 y siguientes de la Ley jurisdiccional, y en él se examinan las pretensiones relacionadas con dichos actos. De la demanda, y aún más claramente del escrito de alegaciones a la causa de inadmisibilidad propuestas, se concluye que lo pretendido en el recurso es que la Sala resuelva un conflicto de competencias entre la Diputación Foral de Álava y la Administración del Estado, asumiendo las funciones de la inexistente Junta arbitral». Al margen de la solución adoptada por el TC ante la falta de constitución de la Junta arbitral, que no es otra que considerar que los conflictos que la misma tendría que resolver pueden ser resueltos directamente ante los Tribunales contencioso-administrativos (como no podía ser de otro modo), interesa destacar que el TC desecha por completo la distinción, en la que se había apoyado la Sala del País Vasco, entre la impugnación de actos concretos (que sería competencia contencioso-administrativa) y la resolución de conflictos competenciales, que no lo sería.

cuencia por la Administración o incluso por los Tribunales a modo de comodín o *deus ex machina* que engrosa la ya imponente relación de obstáculos que tiene que superar quien se enfrente a los poderes públicos ante los Tribunales.

Esa configuración legal limitativa del objeto del proceso consiste, ya lo hemos visto, en que, mientras que el proceso civil puede referirse a cualquier cuestión litigiosa surgida en esta rama del Ordenamiento jurídico, sin otro requisito que el de expresarla correctamente en el «idioma» de las pretensiones, la legislación procesal administrativa española, por el contrario, siempre ha limitado el objeto posible del proceso, que no viene definido legalmente como «cualquier pretensión basada en el Derecho administrativo» (que es la expresión utilizada por la Ley alemana y la que resultaría análoga al proceso civil). Muy al contrario, se establecen requisitos adicionales que han ido evolucionando pero que actualmente consisten en que la pretensión se formule en relación con la impugnación de alguna forma de actividad de la Administración, sometida a su vez esa impugnación, además, a otros límites como los relativos al plazo o a las pretensiones admisibles³². En definitiva, la Ley de 1998 mantiene el esquema en los mismos términos, si bien amplía el catálogo de la actividad impugnabile, incorporando la inactividad administrativa y la vía de hecho, y suprime algunos límites de legitimación para la formulación de pretensiones de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas³³, pero sin que ello suponga solución alguna para los problemas importantes del contencioso.

Esta regulación contrasta no sólo con la de otros órdenes jurisdiccionales, como el civil o el social, sino también con la del proceso administrativo en otros sistemas jurídicos, como el alemán, que lo configuran sobre el modelo civil, y por tanto admiten que ante él se formulen cualesquiera pretensiones (no enumeradas en la Ley) siempre que se apoyen en el Derecho público (y no estén atribuidas a la jurisdicción constitucional). En este Ordenamiento las únicas pretensiones que regula expresamente la Ley de la Jurisdicción Administrativa son aquellas que, como las de impugnación de actos administrativos, carecen de paralelo

³² Como exposiciones generales de la regulación de las pretensiones en la LJ de 1998 pueden verse las de M. SÁNCHEZ MORÓN (especialmente autorizada, al ser, con J. LEGUINA, uno de los padres del Proyecto de 1995, del que procede, con escasas, en general, poco importantes modificaciones, la vigente LJ) en la obra colectiva dirigida por ambos autores, *Comentarios...*, cit., págs. 221 y ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 225 y ss.; P. SALA SÁNCHEZ/J. A. XIOL RÍOS/R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Práctica procesal contencioso-administrativa*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 630 y ss.; así como los comentarios a los arts. 25-33 en el número 100 de la REDA.

³³ Sobre la evolución del sistema de pretensiones, *vid.* mi libro *Las pretensiones de condena*, Aranzadi, Elcano, 2000, págs. 163 y ss.

en la jurisdicción civil, pero sin que la regulación expresa de esas pretensiones signifique que no cabe la formulación de otras no reguladas de manera explícita³⁴. Lo mismo sucede, sin ir más lejos, en la Ley de la Jurisdicción Social, que regula específicamente las acciones impugnatorias dirigidas contra actuaciones administrativas, pero sin dar a las acciones judiciales de este orden jurisdiccional una impronta necesariamente impugnatoria.

Como veremos a continuación, tanto el planteamiento general (conversión del contencioso en un proceso necesariamente impugnatorio) como el diseño de las concretas vías de recurso previstas en la Ley provoca numerosos problemas y, en particular, lagunas en las que, aunque el particular no pretende impugnar un acto, se ve obligado a utilizar el recurso contra actos administrativos, por lo que debe exigirse con rigor, no sólo una interpretación *pro actione* del actual sistema, que evite las denegaciones de justicia, sino también su reconstrucción, mediante una reforma legal en profundidad, y su sustitución por uno nuevo de cláusula general en el que la función de la Ley no sea la de enumerar taxativamente las vías de acceso a la justicia, sino más bien regular, sobre la base de esa cláusula general, aquellas cuestiones que exijan un tratamiento específico. La salida a la actual situación no se encuentra en estas nuevas acciones, que han sido objeto de crítica reciente³⁵, sino en una reformulación del sistema que en este momento se aborda frontalmente.

³⁴ Vid. una explicación detallada de esta cuestión en *Las pretensiones de condena*, cit., págs. 68-71, con múltiples referencias doctrinales alemanas. Una interesante síntesis en el reciente trabajo de T. WÜRTEMBERGER, «Die verwaltungsgerichtlichen Klagearten in Deutschland», en W.-R. SCHENKE/J. H. SEOK (Hrsg.), *Rechtsschutz gegen staatliche Hoheitsakte in Deutschland und Korea*, Duncker und Humblot, Berlín, 2006, págs. 67-80. Es fundamental el trabajo de O. BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. Zugleich eine Untersuchung über den öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968, 2.ª ed. Como se indica en *Las pretensiones*, una de las más claras demostraciones de que el conjunto de pretensiones reguladas en la Ley de la Jurisdicción Administrativa no constituyen un *numerus clausus*, sino que se trata únicamente de aquellas que, por resultar específicas y exclusivas del contencioso, requieren una regulación propia, se encuentra en el § 43, dedicado a las pretensiones declarativas, que establece que las mismas subsidiarias en el sentido de poder aplicarse sólo cuando no resulte aplicable una pretensión constitutiva o de condena, *que no están reguladas en la VwGO* y se aplican únicamente en cuanto pretensiones del proceso civil admisibles genéricamente también en el administrativo. En este sentido, en contra incluso de la introducción de una cláusula genérica como la del art. 5 LEC, SODAN, en SODAN/ZIEKOW, *VwGO*, cit., § 42.13. De entre los estudios sectoriales sobre las pretensiones en ámbitos concretos destaca el de K. VOGEL/W. MARTENS, en DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, *Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1986, 9.ª ed., págs. 571 y ss.

³⁵ En mis trabajos «Del recurso contra la vía de hecho al recurso contra la actividad material de la Administración», *RGDA*, 28, 2011, y «La supervivencia de los interdictos contra las Administraciones Públicas, con especial atención a los relacionados con la actuación administrativa jurídico-privada», *REDA*, 152, 2011, págs. 859-875.

V. LA NECESARIA ESPECIFICIDAD DEL RECURSO CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS

Lo dicho hasta ahora no significa que deba desaparecer el recurso contra actos administrativos, que tiene una naturaleza necesariamente impugnatoria. Éste debe existir como una especialidad procesal del contencioso-administrativo porque es en este orden jurisdiccional donde se impugnan los actos administrativos y porque éstos tienen una serie de características sustantivas propias que requieren una modulación cuando pasan a ser objeto de una pretensión procesal. Lo mismo sucede en los demás órdenes jurisdiccionales, que también conocen especialidades por motivos similares³⁶. Lo que aquí se sostiene es que el recurso contra actos administrativos no es el molde único de cualquier acción que se ejercite ante los Tribunales contencioso-administrativos, como hacía la LJ de 1956, ni el modelo a cuya imagen deban crearse unas vías procesales añadidas, como ha hecho la LJ de 1998 con los recursos contra la inactividad y contra la vía de hecho. La LJ debe, más bien, regular expresamente el recurso contra actos y dejar que las demás acciones se rijan por las reglas procesales comunes de la LEC. Dicho esto, vamos a examinar brevemente cuáles son esas especialidades que requiere el recurso contra actos administrativos, derivadas de la inserción del acto administrativo en el género institucional de las decisiones de los poderes públicos.

Ante todo ello hay que subrayar la necesidad de entender el acto administrativo en sentido estricto o propio (como ha defendido el profesor BOCANEGRA)³⁷, presupuesto imprescindible, a mi juicio, para una adecuada construcción del contencioso³⁸. El acto administrativo no es cualquier acto que proceda de una Administración, ni siquiera cualquier acto dictado por la Administración y sometido al Derecho administrativo, sino que tiene «carácter regulador», es decir, produce efectos imperativos frente a terceros, al constituir el ejercicio de poder público. Al dictar el acto, la Administración ejerce una potestad que le ha sido conferida por el Ordenamiento jurídico, y por ello el acto afecta a la esfera jurídica de otros sujetos, imponiéndoles, por ejemplo, obligaciones sin necesidad de

³⁶ Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos regulados en la Ley de la Jurisdicción Social en los que se impugnan decisiones administrativas, en los procedimientos civiles en los que se impugnan estas mismas resoluciones cuando recaen en materia de protección de menores (por ejemplo, las decisiones sobre la idoneidad para adoptar hijos) o, volviendo al ámbito laboral, los procesos de despido, en los que también existe un plazo limitado de impugnación.

³⁷ *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Cizur Menor, 2012, 4.ª ed., págs. 33 y ss.

³⁸ Como se destaca en *Las pretensiones de condena*, cit., págs. 211-229. Allí se explicó que existe una relación constante entre el concepto de acto administrativo y el contencioso, en el sentido de que cuando el contencioso sólo acoge la impugnación de actos administrativos, se abre paso, en la práctica, una concepción amplísima del acto, que lo deforma, mientras que cuando el recurso contra actos es sólo una de las posibilidades abiertas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cabe perfilar adecuadamente esa figura.

su consentimiento. Los actos de los particulares, y también los actos de la Administración que no tengan la condición de actos administrativos, no constituyen manifestación de un poder público sino ejercicio de los derechos y facultades integrados en la esfera jurídica de quien los produce, y, en consecuencia, sólo podrán afectar a terceros con su consentimiento.

De aquí se deriva una diferencia esencial entre la posición que ocupa la Administración cuando dicta actos administrativos y cuando, por ejemplo, celebra contratos³⁹. Pero, además, esta concepción del acto administrativo explica por qué esta figura tiene su verdadero anclaje institucional en el género de las decisiones de los poderes públicos, en el que también se incluyen las resoluciones judiciales.

La afirmación de que los actos administrativos son análogos a las sentencias judiciales y guardan con ellas mayor relación que con los demás instrumentos jurídicos de la Administración distintos del propio acto administrativo, puede sonar herética por autoritaria, pero se encuentra, en realidad, perfectamente justificada en la realidad de nuestro Ordenamiento (y de muchos otros). Tanto los actos como las sentencias aplican el Derecho a casos concretos y, por razones de seguridad jurídica, adquieren, si no son impugnados dentro de los breves plazos de interposición del recurso en cada caso procedente, firmeza, de modo que resultan inamovibles y han de ser soportados por los ciudadanos a quienes perjudican aun en el supuesto de que sean ilegales⁴⁰. Estos excepcionales efectos justifican el establecimiento de requisitos formales estrictos para el dictado de los actos administrativos, requisitos que no tendrían sentido si aquéllos no produjeran estos efectos tan graves⁴¹.

Existen, con todo, diferencias importantes entre los actos administrativos y las sentencias, que afectan precisamente a su eficacia. Así, todos los actos pueden ser impugnados ante los Tribunales, encontrándo-

³⁹ Entre las escasas reflexiones recientes sobre esta cuestión, *vid.*, con conclusiones parcialmente diferentes, M. REBOLLO PUIG, «Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública», *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2004, págs. 41-59.

⁴⁰ Esta afirmación es básica en la doctrina alemana: *vid.* H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., § 9.39.

⁴¹ De ahí que, como sostiene J. A. SANTAMARÍA PASTOR, las propuestas acerca de la «flexibilización» o «informalización» de la actividad administrativa se encuentren ligadas inexorablemente a los efectos de esa actividad. Mientras los actos produzcan los efectos que actualmente producen, su producción debe estar sometida, en beneficio de los ciudadanos, a requisitos formales estrictos, mientras que en la producción de otras formas de actuación administrativa no dotadas de esa eficacia cabe tener en cuenta esas tendencias hacia la reducción de requisitos de forma (*Fundamentos*, cit., pág. 216).

se sometidos, por tanto, al control judicial. La Administración, a diferencia de los órganos judiciales, no puede producir por sí sola actos firmes. Para que un acto administrativo adquiera firmeza no basta que lo dicte la Administración, sino que es necesaria la aquiescencia de los sujetos legitimados para recurrirlo o bien que el mismo sea confirmado por los Tribunales.

La segunda diferencia, ligada a la anterior, tiene que ver con la nulidad de pleno derecho. En el caso de las sentencias, resulta casi indiferente que sean anulables (por incurrir en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico) o nulas de pleno derecho por estar afectadas de un vicio más grave que encaje en alguno de los supuestos recogidos en el art. 238 LOPJ o 225 LEC, desde el momento en que la nulidad radical debe hacerse valer a través de los recursos (art. 240.1 LOPJ y 227.1 LEC) y, por tanto, dentro del plazo de interposición del que sea pertinente en cada caso. *No existe una «acción de nulidad» no sometida a plazo que permita impugnar en cualquier momento las sentencias judiciales que sean nulas de pleno derecho*, a diferencia de lo que ocurre con los actos administrativos (art. 102 LPC) y con los actos y contratos privados, en los que la acción para que se declare su nulidad radical no se encuentra sometida a plazo alguno. Las sentencias, por el contrario, devienen firmes una vez transcurrido el plazo de interposición del recurso (o una vez dictadas, en el caso de las sentencias que no son susceptibles de recurso alguno), aunque sean nulas de pleno derecho. La potestad de declarar de oficio la nulidad de los actos procesales sólo opera «antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso» (art. 240.2 LOPJ y, en parecidos términos, art. 227.2 LEC) y, por lo tanto, no da lugar a una acción de nulidad no sometida a plazo. Tampoco constituye esta clase de acción el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 241.1 LOPJ en la medida en que está sometido a plazo muy breve (20 días desde la notificación de la sentencia o desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, con el límite, en este último caso, de cinco años desde la notificación de la resolución). Lo propio cabe decir del antiguamente denominado recurso de revisión y ahora revisión de sentencias firmes, no sólo porque no se aplica a todas las sentencias nulas (sino únicamente a las afectadas por unos concretos vicios), sino porque está sometido al plazo de tres meses desde la puesta de manifiesto del motivo de revisión, con el límite máximo de cinco años desde la publicación de la sentencia (art. 512 LEC).

Fuera de estos límites, que es necesario poner de manifiesto y valorar, es clara la analogía entre los actos administrativos y las resoluciones judiciales, en la medida en que tanto unos como otras adquieren firmeza,

aunque sean ilegales, una vez transcurridos los plazos de recurso. En consecuencia, la potestad de dictar estas resoluciones tiene una extraordinaria repercusión (desfavorable) sobre todos aquellos a quienes su contenido perjudica en la medida en que les obliga a recurrir en plazo o a aceptar para siempre el contenido de la resolución⁴². Los actos administrativos producen, dependiendo de su contenido, efectos favorables o desfavorables que pueden ser de gran intensidad, pero todos ellos, por el mero hecho de ser actos administrativos, producen el efecto de obligar a sus destinatarios o a cualquier afectado a recurrirlos en un plazo breve o a soportar que adquieran firmeza.

De ahí la necesidad de un recurso específico contra los actos administrativos, cuya primera característica sea el establecimiento de un breve plazo de interposición, pues de lo contrario el acto no alcanzaría firmeza hasta que se cumpliera el plazo de prescripción de los derechos afectados (que en muchos casos será de cuatro años), lo que desbarata la pretensión de seguridad jurídica propia de los actos.

VI. AMPLIACIONES INDEBIDAS DEL RECURSO CONTRA ACTOS

Sin embargo, en la situación actual este recurso contra los actos administrativos no sólo entra en juego en estos supuestos normales que se están estudiando (cuando se impugna una sanción, una liquidación tributaria, el nombramiento de un funcionario, la fijación de un justiprecio o la denegación de una subvención), sino también en otros que, o tienen por objeto medidas administrativas que no constituyen verdaderos actos administrativos, o no se dirigen, en realidad, a la impugnación de acto alguno, sino que constituyen el vehículo para la formulación de pretensiones declarativas o de condena.

Se trata de unas ampliaciones del ámbito propio del recurso contra actos, surgidas por necesidades procesales creadas por el legislador (al limitar las pretensiones que cabe formular en el contencioso) y de las que conviene destacar, por de pronto, su carácter ficticio, que tiene, o puede tener, efectos jurídicos importantes, además de poner en evidencia la deficiente construcción del sistema de acciones del contencioso-administrativo.

⁴² Por ello en el Derecho alemán se sostiene, como han estudiado R. BOCANEGRA SIERRA/J. GARCÍA LUENGO, «La potestad de dictar actos administrativos como intromisión en la libertad», *RAP*, 172, 2007, págs. 103-140, que el mero dictado de un acto constituye una intromisión o *Eingriff* en la libertad, con independencia de su contenido, y por ello necesita apoyarse en una habilitación contenida en norma de rango legal.

1. La utilización del recurso contra actos como cauce para la impugnación de otras clases de actuación administrativa

La primera de estas extensiones del recurso contra actos administrativos fuera de su ámbito propio se refiere al «concepto amplio de acto administrativo», que da lugar a actos administrativos que lo son únicamente «a efectos jurisdiccionales»⁴³. Se produce así una interpretación extensiva esta figura jurídica —la del acto administrativo— a fin de permitir a los particulares oponerse a determinadas medidas que no son actos pero que pueden afectar a sus derechos o intereses legítimos. Así, por ejemplo, embargos, compensaciones de créditos, desalojos⁴⁴ (y actuaciones en vía de hecho en general)⁴⁵, declaraciones públicas, cartas de recordatorio de obligaciones legales⁴⁶, circulares o instrucciones⁴⁷, etc. El

⁴³ Como se advierte en *Las pretensiones de condena*, cit., pág. 226: «el Derecho español ha seguido en la práctica una vía enteramente original y bastante alejada de las definiciones que figuran en los manuales. Se considera acto administrativo o se le reconoce el valor de un acto administrativo a efectos contencioso-administrativos, a toda manifestación del actuar administrativo que se entiende debe estar sometida al control de los Tribunales Contencioso-Administrativos. (...) Aunque la institución del acto administrativo ha llegado a nosotros procedente del Derecho francés y de su elaboración dogmática en los Derechos alemán e italiano, lo cierto es que a efectos jurisdiccionales se han abandonado tales precedentes. No se exige que haya una declaración dirigida a la producción de efectos jurídicos en sentido estricto, ni tampoco, en realidad, que se dicte en el ejercicio de una potestad administrativa». *Vid.*, en este sentido, R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, cit., pág. 45; *La teoría...*, cit., pag. 31.

⁴⁴ Sentencia de 14 de noviembre de 1985 (RJ 5555).

⁴⁵ Como ha dicho J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario*, cit., pág. 292, el control judicial contencioso-administrativo de las vías de hecho se llevaba a cabo a través de una interpretación amplia (lo que él denomina «una efectiva desmaterialización») del concepto de acto administrativo.

⁴⁶ Auto de la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN de 10 de noviembre de 2005 (recurso 461/2005). En el caso concreto, la Sala ha entendido que la decisión acerca de si la «carta» en la que se recordaban las obligaciones legales es impugnabile o no, «es algo que concierne al objeto del recurso contencioso-administrativo y que habrá de ponderarse, aplicando el artículo 25.1 LJCA, en sentencia que, en su caso, declare la inadmisibilidad del recurso con arreglo al artículo 69 c) de la propia LJCA».

En otro caso relativo a la CNMV, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 8 de julio de 2005 (JUR 276548), sí ha aplicado de manera más rigurosa la noción de acto administrativo, declarando inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la carta por la que el representante de la Comisión informaba al particular de la decisión de proceder al archivo de la petición que éste había dirigido: «La carta remitida por el Director de la Asesoría Jurídica en los términos más arriba referidos no constituye un acto administrativo impugnabile sino que resulta ser una mera respuesta de la carta dirigida a la CNMV en la que se pedía que se comunicara a las hoy codemandadas las limitaciones que, a criterio del emisor de la carta, pesaban a la hora de fijar el precio de las acciones de referencia». Sobre las posibilidades y límites de la fiscalización judicial de esta actividad informal de la CNMV, *vid.* B. BELANDO GARÍN, *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 344-346.

⁴⁷ Al problema se dedica el trabajo de M. BACIGALUPO, «Sobre la impugnabile «directa» de las instrucciones administrativas», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 26, 2005, págs. 563-572. Puede ser cierto que las instrucciones no producen efectos directos para el ciudadano (a diferencia de los reglamentos), debido a su limitada eficacia jurídica, pero entiendo que no cabe excluir su impugnabile porque, aplicando lo que se ha explicado previamente so-

particular las impugna directamente, es decir, presenta un recurso contra ellas, y los Tribunales entran al fondo del asunto, decidiendo sobre la conformidad a Derecho de tales medidas, en lugar de inadmitir la pretensión por razones procesales (puesto que el recurso no se dirige contra un acto administrativo). Este modo de razonar, que sirve para evitar inadmisiones y para facilitar a los recurrentes la obtención de una sentencia sobre el fondo (que sería imposible si se parte del presupuesto de que la justicia administrativa conoce únicamente de recursos contra actos y éstos se interpretan de manera estricta), tiene, sin embargo, el inconveniente de que puede llevar a que se apliquen contra el ciudadano normas del régimen jurídico de los actos administrativos que son restrictivas de su impugnación y que, si bien están justificadas en el caso de los actos, entre otras cosas, por las garantías de que está rodeada su producción (que incluyen la audiencia previa a los interesados y la notificación del acto como requisito previo para que produzca efectos frente al interesado), carecen de todo sentido respecto de esas otras figuras que sin embargo son recurridas como si se tratara de actos. Uno de los casos más clamorosos de esa indebida aplicación de las notas del régimen de los actos administrativos es la exigencia a los particulares de que impugnen en el plazo de dos meses esas medidas que no son actos administrativos⁴⁸. Dada la actual confusión puede suceder incluso que la opción del particular por acudir al recurso contra la inactividad, fundada en su entendimiento —correcto— de que no está impugnando un acto administrativo, se vuelva en su contra, impidiéndole formular determinadas pretensiones⁴⁹. Del mismo modo, puede aplicarse en contra del ciudadano el régimen de invalidez de los actos administrativos, en el que la regla es la mera anulabilidad, con la consecuencia de reducir el control de legalidad de estas formas de actuación administrativa. De hecho, el propio legislador ha extendido el plazo de interposición tanto al recurso contra la inactividad como al recurso contra la vía de hecho (art. 46 LJ).

bre las acciones declarativas preventivas, generan una situación en la que existe un interés legítimo del ciudadano que exige que se aclare si la instrucción es, o no, conforme con el Ordenamiento jurídico. Al tema se refiere S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, cit., vol. II, pág. 861, subrayando que «pueden ser objeto de impugnación por vulnerar derechos fundamentales, lo que no se excluye ni considerando su aplicación en el ámbito de las relaciones jerárquicas».

⁴⁸ Que el problema no es puramente teórico lo prueban casos concretos como el que dio lugar a la STC 3/2004, que estima un recurso de amparo interpuesto contra la sentencia que declaró inadmisibles, por extemporáneo, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución de embargo. Se permitió al particular impugnar la resolución como si fuera un acto administrativo, pero se le exigió el respeto al plazo de interposición de los recursos contra actos, lo que no tiene sentido.

⁴⁹ Un ejemplo de la difícil articulación entre ambas vías procesales es la STC 228/2006 (Rodríguez-Zapata). Esta sentencia desestima el recurso de amparo interpuesto por un particular contra la sentencia contencioso-administrativa que inadmitió su recurso contra la inactividad administrativa interpuesto contra una actuación que aquél consideraba que no constituía acto administrativo.

La reacción contra esa actividad administrativa «material» debe articularse a través de una acción específica, que puede crearse *ex novo* o como ampliación del actual recurso contra la vía de hecho, a la que me he referido en otro lugar y que desde luego no debe estar sometida a plazos de impugnación, sino únicamente a los plazos generales de prescripción⁵⁰. Pero en todo caso lo que debe retenerse es que en estos casos no debe aplicarse, ni de forma directa ni por analogía, el recurso contra actos administrativos.

2. *La utilización del recurso contra actos como cauce para las pretensiones de condena no relacionadas con la anulación de un acto administrativo*

La segunda de las «aperturas» del recurso contra actos administrativos consiste en utilizarlo para obtener una sentencia que *condene* a la Administración a otorgar al particular la prestación que éste busca o, por utilizar la terminología más usual, que *declare el derecho* del particular a obtener esa prestación. Aquí no se impugna un acto expreso (no lo hay), sino la denegación presunta de la solicitud (escrito de petición) presentada por el particular. Cabe distinguir en función de que lo buscado por el particular sea un acto administrativo, que normalmente será favorable (por ejemplo una licencia o autorización, o una concesión), o bien una prestación de otra naturaleza, como por ejemplo el pago de una deuda preexistente, el reconocimiento del derecho al abono de un complemento retributivo, etc. Tanto en uno como en otro caso, y a no ser que resulte aplicable el recurso contra la inactividad regulado en el art. 29 (escasamente utilizado en la práctica, entre otras cosas porque ante los riesgos o incertezas que, por su carácter novedoso, plantea, los particulares suelen recurrir a la vía tradicional que, en el fondo, permite obtener el mismo resultado), el ciudadano tiene que provocar, mediante un escrito de petición en el que se formula a la Administración la pretensión que realmente busca, una decisión administrativa recurrible (o la ficción de tal), es decir, una denegación presunta de la petición. (Huelga decir que si la Administración estima la petición y concede lo solicitado, no es necesario acudir a proceso judicial alguno). Este mecanismo es muy frecuente en la jurisdicción administrativa y resulta tan necesario como artificioso, puesto que en realidad el particular no pretende impugnar ningún acto ni obtener su anulación, sino que su verdadera pretensión es

⁵⁰ A esta acción me he referido en mi trabajo «Del recurso contra la vía de hecho al recurso contra la actividad material de la Administración», *RGDA*, 28, 2011.

otra (normalmente declarativa o de condena), que se ve forzado a deducir «en relación con» la anulación del acto —o denegación presunta— impugnados. El procedimiento altera, por tanto, la verdadera naturaleza de la pretensión procesal, enmascarándola⁵¹. El efecto de esta manera de regular el contencioso es, en efecto, transformar lo que no debería ser sino una mera reclamación previa (similar a las que se exigen con carácter previo al ejercicio de acciones civiles o laborales), justificada tal vez en la conveniencia de agotar las posibilidades de un arreglo extrajudicial, en solitud de un acto administrativo, lo que conlleva a su vez que la respuesta a la misma se transforme en acto administrativo (o pueda entenderse que lo hace), al menos cuando es expresa. Si, en el ámbito civil, nadie pretende que las acciones contra la Administración sean recursos interpuestos contra la denegación (presunta) de la reclamación previa, ¿por qué afirmarlo en el caso de las acciones contencioso-administrativas, cuando la pretensión de fondo puede ser la misma en ambos casos (pensemos, por ejemplo, en el supuesto de los contratos, cuya calificación como privado o como administrativo obedece a veces a motivos puramente coyunturales)? Es obvio que sólo la defectuosa construcción del objeto del proceso obliga a forzar determinadas pretensiones para presentarlas como impugnatorias de un acto administrativo.

En todos estos casos, tanto cuando se recurre la «denegación presunta» de la solicitud como cuando, haciendo uso de las posibilidades abiertas por la LJ, se interpone un «recurso contra la inactividad», se está transformando una acción de condena en una acción impugnatoria, y el simple requisito de formular una reclamación previa a la Adminis-

⁵¹ Un importante sector de la doctrina (A. NIETO, «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *RAP*, 37, 1962, págs. 75-126; «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», *Documentación Administrativa*, 208, 1986, págs. 11-64; M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Civitas, Cizur Menor, 2011 4.^a ed.), cuyos criterios han sido atendidos por el legislador en la LJ de 1998, insiste en la insatisfacción de este modo habitual de forzar el control judicial de la inactividad administrativa, defendiendo como alternativa la introducción de recursos específicos contra la inactividad, como ha hecho la LJ en el art. 29.

Frente a esta tesis, J. A. SANTAMARÍA PASTOR ha sostenido con claridad, en su *Comentario...*, cit., págs. 325-326, la tesis de que esta reforma no era necesaria puesto que el sistema anterior funcionaba razonablemente bien: «Es y será siempre discutible si esta innovación era o no necesaria: al autor de este libro nunca se lo ha parecido, y nos ha costado un soberano esfuerzo escuchar pacientemente las razones de sus entusiastas defensores, basadas generalmente en una completa ignorancia del funcionamiento práctico del proceso contencioso diseñado por la Ley de 1956».

Esta última opinión merece la máxima consideración, viniendo de quien viene y al estar basada, en efecto, en el conocimiento de la realidad. En este trabajo no se defiende un recurso contra la inactividad, pero sí que ese «modelo tradicional» que consiste en la impugnación de la denegación presunta es innecesario y perturbador, por lo que la mejor solución consiste en suprimir, sencillamente, la obligación de formular las pretensiones en relación con la impugnación de alguna forma de actividad administrativa, permitiendo que en el contencioso se deduzca cualquier tipo de pretensión, incluida, cuando de ello se trate, la impugnación de un acto administrativo o un reglamento cuando sea necesaria.

tración convierte el pleito en impugnación de la denegación «expresa o presunta» de esa reclamación.

El cambio en la regulación del silencio administrativo, con la progresiva ampliación y conversión en regla general del silencio positivo, ha puesto en evidencia esta artificiosa regulación (puesto que muchas «denegaciones presuntas» se han transformado en «estimaciones presuntas»), que, si no ha saltado definitivamente por los aires, ha sido por las incomprensibles ayudas que ha recibido de la jurisprudencia y del legislador (por ejemplo en materia de contratos y de licencias urbanísticas). Hasta la aprobación de la LPC, el silencio tenía como regla general efecto desestimatorio o negativo. Por lo tanto, la falta de respuesta, dentro del plazo general, al escrito de petición, daba lugar a su denegación presunta, impugnabile en vía contencioso-administrativa. Las cosas cambian cuando la Ley establece que el silencio produzca, como regla general, efectos estimatorios, salvo que esté expresamente previsto lo contrario para un procedimiento concreto (previsión que, además, debe venir establecida en una norma con rango de Ley desde la reforma de 1999, lo que ha incrementado significativamente el número de procedimientos en los que se aplica el silencio positivo). En muchos casos, los escritos de petición no van dirigidos a obtener un acto administrativo, sino alguna otra forma de actuación administrativa (por ejemplo, el pago de una deuda o el cambio en las tareas asignadas a un funcionario). Por esta razón, esa concreta actuación no está incluida en ninguna de las listas de procedimientos que, con asignación de un plazo de resolución y del sentido del silencio, recogen las normas de cada Administración, y en consecuencia no hay ninguna norma que atribuya carácter negativo al silencio. ¿Significa esto que ya no cabe hablar de desestimación presunta, sino de estimación por silencio? Así habría que hacerlo, probablemente, aunque primero la jurisprudencia (Sentencia de 28 de febrero de 2007, recurso 302/2004) y después el legislador (Disposición Final 3.^a, apartado 2, de la LCSP) han intervenido para cambiar el efecto estimatorio del silencio por el desestimatorio allí donde esta posibilidad se había vuelto más real.

En todo caso, debe subrayarse, junto a la artificiosidad, el peligro potencial que esta construcción encierra para las posibilidades de obtener una tutela judicial efectiva frente a la Administración. No sólo porque cualquier respuesta expresa de la Administración puede tomarse por un acto administrativo⁵², obligando al particular a impugnarla en un plazo bre-

⁵² La vieja idea, ya superada por la jurisprudencia (al menos la más avanzada), de que las nóminas son actos administrativos que devienen firmes si no son impugnados en el plazo de dos meses, ha experimentado un curioso *revival* al hilo de la aplicación del procedimiento de extensión de efectos del art. 110 LJ. En asuntos de reclamación de diferencias retributivas, nu-

ve (plazo que no pocas veces se ha aplicado también al propio silencio negativo)⁵³. sino que la propia formulación de las pretensiones en relación con la impugnación de un acto administrativo, y por tanto con un carácter en cierta medida adjetivo de aquélla, lleva con frecuencia a la aplicación en perjuicio del particular del viejo principio del carácter revisor del contencioso, con la consecuencia, entre otras, de limitar el ámbito objetivo del proceso. Y ello porque la necesidad de articular las pretensiones en relación con un acto impugnado (aunque se trate, según se asume convencionalmente, de la denegación presunta de una solicitud) dificulta o hace imposible su efectiva formulación y provoca que el Tribunal, al amparo del argumento de la «desviación procesal», no las admita, bien porque decide limitarse a verificar la legalidad de ese «acto» impugnado, bien porque, sencillamente, inadmite el recurso en su integridad al entender (con razón) que no se dirige contra un acto administrativo en sentido estricto⁵⁴.

No es ése el único coste que conlleva «montar» las pretensiones de condena sobre el soporte de la impugnación de un acto administrativo. El recurso contra actos es un recurso «histórico», dirigido a verificar la validez de una actuación administrativa producida en un momento determinado, en el que esa validez del acto importa más que el derecho subjetivo del ciudadano a obtener aquello que solicita, o la obligación de la Administración de llevarlo a cabo. Una de las consecuencias de ello, escasamente estudiada en nuestro Derecho, es que el recurso se va a resolver teniendo en cuenta únicamente la situación fáctica y jurídica existente a la fecha en que se dictó el acto que se impugna, y no la que subsista en la fecha en que se dicta sentencia o se interpuso el recurso, lo que

merosas sentencias (como la del TS de 14 de febrero de 2005, *RJ* 1408) desestiman el incidente diciendo que el recurrente, al no haber impugnado las nóminas, no se encuentra en la misma situación que quien acudió a los Tribunales.

⁵³ Otro ejemplo de efectos sorprendentes que ha producido la introducción del recurso contra la actividad lo encontramos en la sentencia de 30 de enero de 2002 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria (*RJCA* 2002/75), que revoca el auto de inadmisión del recurso contencioso-administrativo (por extemporaneidad) dictado por el Juzgado, al entender que el recurso se dirigía contra la denegación presunta de una solicitud y no contra una inactividad administrativa, por lo que se le aplicaba la carencia de plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra las denegaciones presuntas, y no el estricto plazo de dos meses para interponer recurso contra la inactividad. Paradójicamente, la inactividad resulta tratada, en materia de plazos, de manera más estricta que los actos administrativos.

⁵⁴ Como sucedió en la sentencia de la AN de 8 de julio de 2005 (*JUR* 276548), mencionada más arriba, en la que se inadmitió el recurso dirigido contra la carta de un representante de la CNMV por la que se comunicaba el archivo de la petición de intervención formulada por un particular. Esa carta no es un acto, desde luego, pero debería existir un cauce apropiado para que se ventile la verdadera pretensión del particular, es decir, la dirigida a que se condene a la Comisión a intervenir en este caso. Esto no quiere decir, obviamente, que dicha pretensión tenga que ser estimada: ello dependerá, por supuesto, de que el Ordenamiento jurídico imponga ese deber a la Comisión, o no.

en no pocos casos lleva al dictado de Sentencias perfectamente inútiles y de imposible ejecución⁵⁵.

La regla según la cual para decidir acerca de la conformidad a Derecho de un acto administrativo se debe tener en cuenta la situación fáctica y jurídica de la fecha en que se dictó, se encuentra, en general, plenamente justificada. Las modificaciones posteriores de esa situación podrán afectar a la eficacia del acto e incluso hacer que se extinga (como ocurre, por ejemplo, a través de la reversión expropiatoria), y pueden también impedir la ejecución de la sentencia anulatoria, pero no significan que el acto haya sido dictado en contra de lo dispuesto en el Ordenamiento jurídico⁵⁶. No cabe ignorar, sin embargo, que en algunos casos los Tribunales, moviéndose, según parece, por consideraciones de economía procesal, aplican para el enjuiciamiento del acto impugnado normas que son posteriores a la fecha de éste e incluso a la del recurso contencioso-administrativo, y de las que se deduce que el acto, si bien era conforme a Derecho en el momento en que fue dictado, ya no lo es cuando se dicta sentencia⁵⁷.

⁵⁵ Sobre esta cuestión *vid.*, con referencias a la doctrina y jurisprudencia alemanas que han estudiado el problema, *Las pretensiones de condena*, cit., págs. 240-244. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando se aprueba una modificación normativa (incluidas las que afectan al planeamiento urbanístico) que convierte en legal lo que antes estaba prohibido y permite evitar la demolición de una construcción. En este sentido, la sentencia de 21 de septiembre de 2005 (*RJ* 8862) dice que en el examen de la impugnación de un acto administrativo (en ese caso, la autorización de la puesta en marcha de una depuradora) debe tenerse en cuenta la legalidad vigente cuando se dictó, aunque después la normativa haya cambiado, eliminando, por ejemplo, el motivo de impugnación.

Un asunto curioso es el resuelto por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Oviedo de 28 de febrero de 2011 (*JUR* 2012/90491), relativo a una moción de censura municipal en la que se discutía si determinados concejales firmantes de la moción de censura, que habían sido expulsados cautelarmente de su grupo (precisamente por presentar la moción), podían ser considerados miembros de ese grupo o más bien debían ser considerados tránsfugas con la consiguiente elevación del *quorum* prevista en el art. 197 de la LOREG (reformado precisamente en 2011). Lo curioso es que la sentencia no sólo anuló el acto impugnado (que les consideró tránsfugas y, aplicando el *quorum* reforzado, impidió la votación de la moción), sino que, yendo más allá, condenó al Ayuntamiento a tramitar la moción *en un momento en el que los concejales ya habían sido efectivamente expulsados*, y todo ello por tener en cuenta sólo la realidad jurídica del momento en que se dictó el acto impugnado, no sólo para decidir la pretensión impugnatoria (en la que, obviamente, sólo habrá que tener en cuenta la realidad del momento en que se dictó el acto), sino también para decidir la pretensión de «plena jurisdicción», consistente en que se vote la moción de censura.

⁵⁶ Teniendo en cuenta, en todo caso, que algunos cambios del panorama normativo, como por ejemplo los derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, producen efectos *ex tunc* y afectan, por tanto, a los actos dictados en ejecución de la Ley inconstitucional siempre que hayan sido impugnados y, por tanto, no se encuentre cubierta su eficacia por el art. 40 LOTC. *Vid.* T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*, Civitas, Cizur Menor, 2004.

⁵⁷ Como hizo la Sala de instancia en el asunto resuelto finalmente por el TS en su sentencia de 21 de septiembre de 2005 (*RJ* 8862). También se aplica la doctrina «ortodoxa» (el recurso contra actos se resuelve aplicando la legislación vigente cuando se dictó el acto, y los cambios normativos posteriores se tendrán en cuenta, en su caso, en ejecución de sentencia) en la

Pero esa regla no se aplica, y ello debe subrayarse, a las pretensiones dirigidas a que se declare un derecho del particular, o a que se condene a la Administración a efectuar una determinada prestación, o a que se produzca directamente por el Tribunal un efecto jurídico. En principio, para el enjuiciamiento de estas pretensiones debe tenerse en cuenta la situación aplicable en el momento en que se dicta sentencia, si bien en este punto no cabe establecer reglas demasiado rígidas porque en ocasiones lo que interesa es que se declare que en un determinado momento anterior se daban los presupuestos necesarios para el nacimiento de un derecho que produce consecuencias en el presente. En todo caso, lo que interesa destacar es que en el examen de las pretensiones diferentes de la mera anulación del acto impugnado, no se puede ni se debe partir de una especie de foto fija congelada en el momento en que se dictó ese acto, sino que pueden y deben tenerse en cuenta, igualmente, hechos y cambios normativos posteriores. El problema es que la formulación de estas pretensiones en relación con la impugnación de un acto administrativo impide con frecuencia que estos hechos o cambios normativos posteriores sean tenidos en cuenta⁵⁸.

sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 30 de abril de 2010 (recurso de apelación 213/2009), que declara la imposibilidad de ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Gijón el 25 de julio de 2006 (recurso 192/2004). Esta sentencia anuló la licencia otorgada a una planta de pretratamiento de aguas residuales, por no estar suficientemente motivado el incumplimiento de la regla de los 2.000 metros de separación a viviendas, establecida por el RAMINP en sus arts. 4 y 15. Con posterioridad al otorgamiento de la licencia —e incluso al dictado de la sentencia del Juzgado—, la Comunidad Autónoma aprobó una Ley que elimina ese requisito de separación, estableciendo unas medidas correctoras alternativas. La Sala, que no tuvo en cuenta esa nueva legislación al resolver el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, sí la tiene en cuenta para declarar la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia, puesto que la ejecución va a tener lugar bajo la vigencia de la nueva norma.

⁵⁸ El problema práctico planteado en el texto, que se pone de relieve en la práctica sobre todo al hilo de «validaciones» de uno u otro tipo, es decir, modificaciones normativas que producen como resultado que un acto que era inicialmente contrario a Derecho pase a ser conforme al Ordenamiento jurídico (sobre los problemas de esta técnica, *vid.* A. BOIX PALOP, *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid, 2004), tiene como figura inversa (negativo) la extinción de los efectos de un acto administrativo como consecuencia de su revocación o de la aprobación de una norma que pone fin a sus efectos, y que puede influir sobre los recursos administrativos o contencioso-administrativos interpuestos contra él. A este problema se dedica el libro de S. LASCHO, *Die Erledigung des Verwaltungsaktes als materiellrechtliches und verwaltungsprozessuales Problem*, Duncker und Humblot, Berlín, 2001. Como recuerda este autor, la desaparición del acto puede hacer que la acción impugnatoria dirigida contra él, que inicialmente era admisible y debía ser estimada si el acto era contrario a Derecho, pase a ser inadmisibile por falta de objeto (págs. 149 y ss.). Sin embargo, el particular puede transformar el objeto del pleito, de manera que, aunque ya no pueda pedir la anulación del acto, sí pida que se declare que éste era contrario a Derecho, para lo que es preciso que sea titular de un interés en dicha declaración, que no haya desaparecido como consecuencia de la extinción de los efectos del acto. *Vid.*, también, R. P. SCHENKE, *Der Erledigungsrechtsstreit im Verwaltungsprozeß*, Duncker und Humblot, Berlín, 1996.

VII. HACIA UNA NUEVA ACCIÓN JUDICIAL

Hasta el momento hemos estudiado las características del recurso contra actos administrativos y también hemos visto por qué tales características no pueden ser aplicadas (ni en forma directa ni en las versiones «edulcoradas» de los recursos contra la inactividad y contra la vía de hecho) a muchos supuestos en los que, simplemente, no se impugna ningún acto administrativo⁵⁹. A lo largo del trabajo se han ido indicando, de pasada, las características que debería tener el proceso —y su objeto— en estos «otros» casos, que serían probablemente muy numerosos, en los que no se impugna un acto administrativo. Ha llegado el momento de exponerlas de manera abierta y enunciativa. Vaya por delante que, como se anunció al principio, la solución no consiste en crear una nueva acción, un nuevo «recurso», que haga compañía a las criaturas de la LJ de 1998, el recurso contra la inactividad y contra la vía de hecho. Más bien se trata de convertir la LJ en una Ley abierta en materia de acciones y de pretensiones, en la que se pueda deducir cualquier pretensión, aplicando supletoriamente la LEC, sin perjuicio de que se regulen específicamente aquellas acciones que, como el recurso contra actos administrativos, sean específicas de este orden jurisdiccional y necesiten reglas propias. Pero en lo demás los ciudadanos deberían poder deducir las pretensiones que tengan por conveniente.

Tales pretensiones no suponen, por definición, la impugnación de un acto administrativo, porque si así fuera sería obligatorio interponer un recurso contra él. En esas acciones no impugnatorias, por el contrario, se deduce cualquier pretensión (declarativa, constitutiva o de condena), sin más requisito que el de estar basada en el Derecho administrativo. Por tanto, como no se impugna ningún acto administrativo, la acción no es un «recurso» ni supone una «impugnación» de nada.

Puede suceder (aunque no es necesario) que esa acción se formule «en relación» con alguna forma de actividad administrativa distinta de un acto administrativo, por ejemplo una actuación material, constitutiva o no de vía de hecho, que se considera ilegal. En estos supuestos la acción judicial perseguirá, normalmente, detener esa actuación y obtener algún tipo de compensación por los daños causados. Esa relación con una actuación previa es posible, pero, como se ha indicado, no siempre se dará, puesto que existen, por ejemplo, numerosos casos de pretensiones de condena que no requieren una actuación administrativa previa. En todo caso, aun cuando la acción se plantee en relación con una actuación ad-

⁵⁹ Creo que no es necesario aclarar que el recurso contra reglamentos sigue su propio camino, sin resultar afectado por estos planteamientos.

ministrativa previa que constituya su motivo, la acción no constituye una «impugnación» o «recurso», del mismo modo que las acciones de cesación que se conocen en el proceso civil (por ejemplo, en materia de competencia desleal o de publicidad), o las de daños (art. 1902 CC), tampoco constituyen un recurso ni una impugnación. Sólo en presencia de un tipo muy concreto de actividad administrativa dotado de características específicas como el acto administrativo, cabe hablar de recurso.

Otra característica fundamental es que no existe ningún plazo para la presentación de la demanda o el ejercicio de la acción, salvo el plazo de prescripción aplicable al caso. Pero no debe aplicarse ni exigirse ningún plazo de interposición del recurso, ni el del recurso contra actos administrativos ni ninguna adaptación del mismo. Y ello por dos razones: en primer lugar, porque sólo el acto administrativo tiene una vocación por la seguridad jurídica que exija inexcusablemente que, si no es impugnado en un plazo breve, quede firme; y, en segundo lugar, porque sólo una figura jurídica como el acto administrativo, que se dicta con garantías como el procedimiento administrativo y —dentro de él— la audiencia a los interesados, puede merecer la obtención de la firmeza si no es impugnada en plazo, mientras que carece de justificación dogmática la extensión de ese privilegio a otras manifestaciones del actuar administrativo informales o, más aún, ilegales (como la vía de hecho)⁶⁰.

Sería razonable exigir que, con carácter previo al ejercicio de la acción, se formule una reclamación previa a la Administración, como se exige con anterioridad al ejercicio de acciones civiles y laborales. Pero lo más importante es dejar claro que esa reclamación previa no tiene por qué dar lugar a una decisión previa y, sobre todo, que el hecho de que sea necesario formular esa reclamación no transforma la posterior demanda o acción judicial en una impugnación de la decisión expresa o presunta que dicte la Administración en respuesta a la reclamación previa. La reclamación previa no constituye impugnación de un acto por la sencilla razón de que no hay un acto previo que se pronuncie sobre el derecho o la relación jurídica que constituyen el objeto de la reclamación y, por tanto, con la demanda no se pretende evitar que ese acto adquiera fir-

⁶⁰ En ese sentido es patente la desorientación del actual recurso contra la inactividad. En el recurso contra la inactividad, correctamente, no se establece plazo alguno para presentar la reclamación previa preceptiva en el recurso contra la inactividad (art. 29.1 LJ). Sí se establece, en cambio, y no tiene sentido desde el punto de vista dogmático e institucional, un plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo a partir de la desestimación expresa o presunta de la reclamación (art. 46.2). No tiene sentido porque en las reclamaciones previas a la vía civil no se le exige al particular que presente la demanda en un determinado plazo a contar desde la presentación de la reclamación, y en ambos casos nos encontramos ante actos de la misma naturaleza jurídica. A los errores que en esta materia se contienen en la actual regulación del recurso contra la vía de hecho ya me he referido en las obras citadas *supra*, nota 35.

meza⁶¹. Y lo mismo cabe decir de la demanda posterior a la reclamación. En este sentido cabe afirmar, como fórmula de síntesis de la diferencia entre el recurso contra actos administrativos y las acciones contencioso-administrativas no impugnatorias, que en el recurso contra actos administrativos existe una *decisión previa*, que es objeto de impugnación, pero no una *vía administrativa previa* en la que se tengan que plantear las pretensiones que van a ser deducidas en la demanda, mientras que en estas acciones contencioso-administrativas no impugnatorias sucede lo contrario, es decir, que existe *vía administrativa previa* en el sentido de una reclamación previa en la que se van a plantear las pretensiones deducidas posteriormente en la demanda, pero no una decisión anterior que vaya a ser objeto de impugnación⁶².

Al igual que sucede en la vía civil, una vez presentada la reclamación en vía administrativa no se podría interponer la demanda inmediatamente, sino que sería necesario esperar a que transcurra el plazo concedido a la Administración para resolverla expresamente o para que se entienda desestimada, pero sin que exista un plazo preclusivo para la interposición de la demanda a partir de la notificación de la respuesta de la Administración y, menos aún, del transcurso del plazo a partir del cual

⁶¹ Lo que se propone en el texto para las acciones del contencioso-administrativo es la extensión del régimen de la reclamación previa al ejercicio de acciones civiles, en el que la posterior demanda judicial nunca impugna la respuesta que la Administración haya dado a la reclamación previa, ni la falta de respuesta a la misma. Hay que matizar, sin embargo, que en el orden jurisdiccional social, en las materias de seguridad social, que son cuestiones que materialmente pertenecen al Derecho administrativo, la reclamación previa asume características típicas de un recurso administrativo, empezando por la presencia de un plazo breve de interposición (art. 71 de la Ley de la Jurisdicción Social) más allá del cual el acto deviene firme y consentido y por ello impugnación aunque la Ley no lo afirme expresamente (sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria de 13 de noviembre de 2002, *JUR* 81388/2003). Incluso en los asuntos propiamente jurídico-laborales y no de seguridad social, en los que la reclamación previa no es una especie de recurso administrativo, sino una auténtica reclamación previa como la del art. 122 LPC, existe un plazo limitado para interponer la demanda, una vez desestimada expresa o tácitamente (art. 69.2 de la Ley de la Jurisdicción Social). La doble naturaleza de la reclamación previa laboral, en función de la materia, existe porque la jurisdicción social unifica cuestiones jurídico-laborales (privadas) y de seguridad social. En Alemania existen dos jurisdicciones distintas: la de trabajo (*Arbeitsgerichtsbarkeit*) para los conflictos de Derecho (privado) laboral, y la «social» (*Sozialgerichtsbarkeit*) para las cuestiones de Derecho público de la seguridad social.

⁶² Esta idea, aunque no subrayada habitualmente, resulta del todo coherente con el marco legal y priva de fundamento a la tan frecuente insistencia en la «desviación procesal» como causa de inadmisibilidad que afectaría a aquellas pretensiones no planteadas anteriormente a la Administración. Si en el recurso contra actos administrativos no es necesario plantear a la Administración en vía administrativa, con carácter previo a la apertura de la vía judicial, todas las pretensiones que van a deducirse en ésta, no se ve muy bien la razón de que sea necesario, y además de que ello se exija con rigor, en el recurso contra la inactividad o, en general, en las pretensiones que carecen de carácter impugnatorio. Las notas de la reclamación previa, que acaban de esbozarse, constituyen el negativo de la «decisión previa» como presupuesto del recurso contra actos, que se encuentra sometido a un riguroso plazo de interposición, transcurrido el cual el acto deviene firme y consentido.

pueda entenderse desestimada⁶³. Salta a la vista que aquí se encuentra otro de los fallos de la vigente regulación del recurso contra la inactividad, en la que sí se establece un plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo a partir de la desestimación expresa o tácita de la reclamación, sin ningún fundamento dogmático y con desventajas prácticas evidentes⁶⁴.

También es importante destacar, en esta línea de analogía con la reclamación previa, que su presentación interrumpe los plazos de prescripción (art. 121.2 LPC), que comenzarán a contarse de nuevo.

Junto al problema del plazo, debe tenerse en cuenta cuál es el contenido de la reclamación y cuáles sus efectos sobre el objeto del proceso. Al igual que sucede con la reclamación previa al ejercicio de acciones en vía civil, esta reclamación ha de servir para que la Administración conozca previamente las pretensiones, por lo que limita el contenido de la futura demanda, en la que sólo podrán formularse aquellas concretas peticiones que se hayan indicado en la reclamación, aunque sin limitación alguna en cuanto a los motivos de impugnación que cabe alegar⁶⁵.

⁶³ La LPC no establece ningún plazo, a contar desde la desestimación expresa o tácita de la reclamación, para que el particular interponga la demanda. La LPA sí establecía plazos para la presentación de la demanda una vez desestimada, expresa o tácitamente, la reclamación previa (dos meses en el caso de las acciones civiles, art. 142, y también en el de las laborales, art. 145.3). Pero, como la reclamación no tiene por objeto un acto administrativo, no eran plazos de impugnación y, por tanto, su agotamiento no impedía el ejercicio de la acción, sino que simplemente era necesario interponer una nueva reclamación (art. 142). En este sentido, M. ALONSO OLEA, *La reclamación administrativa previa*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1961, págs. 46-48, rechazando que la falta de presentación de la demanda en ese plazo de dos meses pudiera suponer la aplicación de la excepción de acto consentido. La LPC suprime ese plazo, de modo que ahora, una vez interpuesta y desestimada la reclamación, el particular puede presentar la demanda durante todo el plazo de prescripción de la acción: *vid.* J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico*, cit., vol. II, págs. 2638-2640. A la eficacia interruptiva de la prescripción, no limitada a plazo, hace referencia J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa», *RAP*, 77, 1975, págs. 81-138, esp. pág. 137. Sobre la comparación entre las diferencias vías de impugnación (recursos, reclamación previa, acto de conciliación), *vid.*, también, el clásico trabajo de M. CLAVERO ARÉVALO, «Consideraciones generales sobre la vía gubernativa», *Estudios García Oviedo*, Sevilla, 1954, vol. I, págs. 219-248.

⁶⁴ En principio habría que entender que el plazo de dos meses del art. 46.2 es un mero plazo de vigencia de la reclamación, transcurrido el cual el particular puede acudir a los Tribunales, por supuesto, pero necesita, al menos teóricamente, presentar una nueva reclamación previa. Sin embargo, el entendimiento de que el art. 46.2 LJ establece un plazo preclusivo para la interposición del recurso contra la inactividad da lugar al fenómeno, realmente increíble si se parte de lo que debe significar un acto administrativo, de que en alguna sentencia se justifique que la inacción de la Administración frente a un requerimiento de un particular debe interpretarse como silencio negativo (impugnable mediante el recurso contra actos administrativos) y no como inactividad, para, de ese modo, permitir que el recurso se interponga en el plazo de seis meses (en realidad, sin plazo alguno) y no en el de dos. Así, por ejemplo, en la sentencia del TSJ del País Vasco de 16 de enero de 2003 (*RJCA* 356), o en la de la Sala de Cantabria citada en la nota 61.

⁶⁵ Uno de los problemas prácticos más importantes en relación con la reclamación gubernativa previa es, en efecto, el de determinar en qué medida las pretensiones formuladas en una

También debería aplicarse a esta reclamación previa al ejercicio de acciones contencioso-administrativas no impugnatorias otra característica de la reclamación previa en vía gubernativa, progresivamente reconocida por la jurisprudencia, como es la posibilidad de subsanar, dentro del proceso, su omisión. La excepción de falta de reclamación previa debe ser considerada como un vicio subsanable, es decir, que no da lugar a la inadmisión de la demanda (ni siquiera a la anulación de los actos y trámites desarrollados antes de su subsanación), sino a la suspensión del proceso hasta que se corrija el vicio, subsanación que en este caso deberá consistir en la formulación tardía de la reclamación, aunque lo absurdo de la misma lleva en muchas ocasiones a que sencillamente se prescindiera de ella⁶⁶.

VIII. UN CONTENCIOSO SIN RECURSOS NI ACTOS RECURRIDOS. LA NECESARIA REFORMA DE LA LJ

Tal como se ha ido mostrando, una de las razones del mal funcionamiento del contencioso español es la exigencia legal de que cualquier acción adopte la forma de «recurso» contra alguna forma de «actividad administrativa», que normalmente es un acto administrativo o algo que se hace pasar por tal. Este pie forzado produce necesariamente las negativas consecuencias que padecemos y que sólo por costumbre se aceptan habitualmente. Existe otra forma de concebir el contencioso, mucho más sencilla, que consiste en mantener el recurso contra actos administrativos (y el recurso contra reglamentos) como acciones específicas, exclusivas de este orden jurisdiccional, y permitir también que, en aplicación de la cláusula general de la LEC, puedan ejercerse acciones judiciales no impugnatorias en las que se deduzcan cualesquiera otras pretensiones, sin más requisito que, en su caso, una reclamación previa a la Administración, ni más plazo que el de prescripción.

Este cambio exige una reforma de la LJ a la vista de que ésta contiene un catálogo cerrado de acciones y pretensiones (arts. 25 y 31). Es cierto que la jurisprudencia podría, con una interpretación progresiva que extrajera todas las posibilidades de la cláusula de supletoriedad de la LEC (DF 1.ª de la LJ y art. 4 de la LEC), avanzar en esa dirección sin una pre-

demanda se entienden cubiertas por el contenido de la reclamación gubernativa, en el caso de que ésta no consista, como es frecuente, en una mera anticipación de la futura demanda. La doctrina reclama una interpretación flexible de la necesaria correspondencia entre ambas. *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., vol. II, págs. 731-732, que subrayan cómo esa correspondencia no viene exigida, en realidad, por norma alguna del proceso civil (aunque sí por el art. 72 de la Ley de la Jurisdicción Social).

⁶⁶ *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., vol. II, págs. 732-734.

via reforma legal, pero no es fácil ni probable. En todo caso, la reforma legal es simple y consistiría sobre todo en borrar acciones innecesarias (los recursos contra la inactividad y contra la vía de hecho) y, especialmente, en abrir el catálogo de vías procesales, de modo que las acciones que se regulen expresamente sean sólo cauces *adicionales* a todos los que surgen de la aplicación de la legislación procesal civil.

Este cambio produciría una ganancia neta para la tutela judicial de los ciudadanos, eliminando las actuales zonas de sombra y toda la pesada discusión sobre la desviación procesal, el carácter revisor del contencioso o el alcance del acto impugnado como límite de las sentencias.

