

cejfe

L'evolució del sistema de control jurisdiccional de l'activitat administrativa en institucions clau del procés contenciós administratiu

Ajut a la investigació 2020

Autor

Vicenç Aguado i Cudolà
Catedràtic de Dret Administratiu
Universitat de Barcelona

Any 2021

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avís legal



Els continguts d'aquesta obra estan subjectes a una llicència de Reconeixement_no Comercial_Sense Obra derivada 4.0. Internacional (CC BY-NC-ND 4.0) de Creative Commons. Se'n permet la reproducció, la distribució i la comunicació pública sempre que se'n citi el titular dels drets (Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada) i no se'n faci un ús comercial. Aquesta obra no es pot transformar per generar obres derivades. La llicència completa es pot consultar a: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

© **Generalitat de Catalunya**
Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada

Sumari

Resum	6
Resumen.....	6
Abstract	7
Descriptors	8
Descriptores	8
Keywords	9
Introducció: finalitat de la recerca.....	9
Objectius	11
Hipòtesi.....	13
Metodologia.....	15
Marc teòric	19
1. L'evolució i configuració dels diversos sistemes de control jurisdiccional de l'activitat administrativa en el context europeu	19
1.1. Els diversos sistemes de justícia administrativa a Europa i la seva influència en el model espanyol, en particular atenció als models francès i italià.	19
1.1.1. El model francès de jurisdicció contenciosa administrativa: l'atribució de funcions jurisdiccionals al Consell d'Estat.....	19
1.1.2. El model italià: la distinció entre interessos legítims i drets subjectius base de la distribució entre el Consell d'Estat i el òrgans judicials	26
1.1.3. El model alemany judicial de control de l'activitat de les Administracions públiques	30
1.2. Les diferències entre els diversos nivells i estàndards de protecció de drets en l'àmbit del Consell d'Europa i de la Unió Europea: procés equitatiu i principis d'equivalència i d'efectivitat.	34
1.2.1. El dret al procés equitatiu en el Conveni europeu de drets humans i llibertats fonamentals.....	34
1.2.2. La primacia del Dret de la Unió Europea: justícia administrativa, mesures cautelars, principis d'equivalència i d'efectivitat.....	42
2. L'aplicació de les garanties processals a les vies administratives prèvies.....	56
2.1. Procediment administratiu entre celeritat de l'actuació administrativa i aplicació de les garanties ciutadanes	56

2.1.1. L'evolució legislativa del procediment administratiu.....	56
2.1.2. La simplificació del procediment i l'eliminació de càrregues administratives	58
2.2. Recursos administratius: control intern i garantia dels ciutadans	61
2.2.1. El sistema tradicional de recursos administratius ordinaris i extraordinaris ..	61
2.2.2. La configuració de vies alternatives als recursos administratius tradicionals	67
3. Valoració de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa durant dues dècades d'aplicació en institucions clau de la justícia administrativa	70
3.1. Evolució històrica del procés contenciós administratiu en l'ordenament jurídic espanyol	70
3.2. Rellevància constitucional de la justícia administrativa	75
3.3. Valoració general de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, a les dues dècades de la seva aplicació	80
3.3.1. Àmbit i extensió de la jurisdicció contenciosa administrativa	81
3.3.2. Drets i interessos legítims.	83
3.3.3. Objecte del procés contenciós administratiu.....	86
3.3.4. Perspectives de evolució	90
3.— Anàlisi jurisprudencial d'institucions clau: mesures cautelars, el control de la inactivitat administrativa i la via de fet, l'execució de sentències i el sistema de recursos judicials.....	94
3.1. —Les mesures cautelars.....	94
3.2. —El control de la inactivitat de l'Administració.....	110
3.3.—El recurs contra la via de fet	122
3.4. —L'execució de sentències	126
3.5. —El sistema de recursos judicials, en particular el recurs de cassació	133
4. —L'impacte del Covid-19 i les emergències sanitàries en el procés contenciós administratiu	141
4.1. —Drets fonamentals i mesures administratives en l'àmbit de la salut pública: estat d'alarma, habilitació legislativa i mesures administratives	141
4.2.—La reforma de la Llei 3/2020, de 18 de setembre, de mesures processals i organitzatives per fer front al Covid-19 a l'àmbit de l'Administració de Justícia	143
4.3.— L'autorització o ratificació judicial de les mesures adoptades d'acord amb la legislació sanitària que les autoritats sanitàries considerin urgents i necessàries per a la salut pública	143
4.3.1.—L'objecte del control judicial per a l'autorització o ratificació de les mesures administratives: reglaments de necessitat i actes administratius.....	145
4.3.2.—La competència per a adoptar les mesures i la cobertura normativa de les mesures adoptades	149

4.3.3.—Els principis de proporcionalitat i de necessitat de les mesures adoptades	155
4.3.4.—La rellevància dels informes tècnics i de la motivació.....	157
Resultats, conclusions i propostes	158
1. La necessitat de reforçar les vies administratives prèvies a través de recursos eficaces que evitessin el plet	158
2. El reforçament del paper de l'òrgan judicial en matèria de mesures cautelars a la llum del Dret europeu	160
3. Les insuficiències del control de la inactivitat administrativa i la via de fet i la necessitat d'avançar en aquest àmbit.....	162
4. L'execució de sentències i la superació del paper de l'òrgan judicial com a mer vigilant passiu.....	163
5. Els recursos judicials i la rellevància cassacional objectiva	164
6. La tutela dels drets fonamentals davant les mesures restrictives o limitatives de drets fonamentals en situacions d'emergència sanitària	165
Referències.....	169

Resum

Aquesta recerca té per finalitat d'examinar l'evolució del sistema de control jurisdiccional de les administracions públiques en institucions clau de la justícia administrativa com les mesures cautelars, el control de la inactivitat administrativa i la via de fet, l'execució de sentències i el sistema de recursos. Aquest examen es realitza a partir de l'impacte del Dret europeu, essencialment des del dret al procés equitatiu previst al Conveni Europeu per a la salvaguarda dels drets fonamentals i les llibertats públiques, així com del Dret de la Unió Europea que ha elaborat una doctrina fonamental en aspectes com el dret a la tutela cautelar. També s'analitza l'evolució de la jurisprudència en aquestes institucions clau a través de sentències seleccionades durant la vigència de la LJCA de 1998.

Un particular examen l'ha tingut l'instrument de l'autorització o ratificació judicial de les mesures sanitàries que han assolit una actualitat de primera línia amb la crisi sanitària de la pandèmia de la COVID-19. Per a la realització correcta d'aquest tipus de control cal primer determinar si realment s'està restringint drets fonamentals o no. Així, les mesures basades en la llibertat d'empresa no haurien de requerir aquesta intervenció judicial, ja que no es tracta pròpiament d'un dret fonamental. També caldria afinar en el tipus de mesura que és objecte de control. Si es tracten de mesures que són en realitat reglaments de necessitat, sembla que podria qüestionar-se la conveniència d'aquest control, en aquest sentit s'ha plantejat una qüestió d'inconstitucionalitat. Caldria que en el procediment judicial de ratificació es preveís la possibilitat de la presència de les parts afectades, a més del ministeri fiscal.

Resumen

Esta investigación tiene por finalidad la de examinar la evolución del sistema de control jurisdiccional de las administraciones públicas en instituciones clave de la justicia

administrativa como las medidas cautelares, el control de la inactividad administrativa y la vía de hecho, la ejecución de sentencias y el sistema de recursos. Este examen se realiza a partir del impacto del Derecho europeo, esencialmente desde el derecho al proceso equitativo previsto en el Convenio Europeo para la salvaguarda de los derechos fundamentales y las libertades públicas, así como del Derecho de la Unión Europea que ha elaborado una doctrina fundamental en aspectos como el derecho a la tutela cautelar. También se analiza la evolución de la jurisprudencia en estas instituciones clave a través de sentencias seleccionadas durante la vigencia de la LJCA de 1998.

Un particular examen lo ha tenido el instrumento de la autorización o ratificación judicial de las medidas sanitarias que han alcanzado una actualidad de primera línea con la crisis sanitaria de la pandemia del Covidien-19. Para la realización correcta de este tipo de control es necesario primero determinar si realmente está restringido derechos fundamentales o no. Así, las medidas basadas en la libertad de empresa no deberían requerir esta intervención judicial, ya que no se trata propiamente de un derecho fundamental. También habría que afinar en el tipo de medida que es objeto de control. Si se tratan de medidas que son en realidad reglamentos de necesidad, parece que podría cuestionarse la conveniencia de este control, en este sentido se ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad. Habría que garantizar en el procedimiento judicial de ratificación la posibilidad de que estén presentes las partes afectadas, además del Ministerio Fiscal.

Abstract

The purpose of this research is to examine the evolution of the judicial control system of public administrations in key institutions of administrative justice such as precautionary measures, control of administrative inactivity and the *ultra vires* material actions, the execution of sentences and the system of appeals. This analysis is based on the impact of European law, essentially from the perspective of the right to a fair process provided for in the European Convention for the safeguarding of fundamental rights and public freedoms, as well as from that of European Union law, which has developed a

fundamental doctrine in aspects such as the right to precautionary judicial protection. The evolution of jurisprudence in these key institutions is also analyzed through selected judgments during the validity of the 1998 LJCA.

Special attention has been paid to the instrument of judicial authorization or ratification of health measures that have reached headlines with the health crisis of the Covidien-19 pandemic. For the correct performance of this type of control, it is first necessary to determine whether fundamental rights are really restricted or not. Thus, measures based on freedom of enterprise should not require judicial intervention, since they are not, strictly speaking, a fundamental right. This situation calls for a precise definition of what types of measures should be subject to control. In the case of measures that can be classified as regulations of necessity, the application of such a control could be questionable, as attested to by the raising of a question of unconstitutionality. Consequently, it is necessary to ensure that the judicial ratification procedure allow for the presence of the affected parties, in addition to the Public Prosecutor.

Descriptors

Procés contenciós administratiu, justícia administrativa, Conveni Europeu de Drets Humans, Dret de la Unió Europea, mesures cautelars, recursos contra la inactivitat de l'Administració i la via de fet, execució de sentències, recursos contra decisions judicials, ratificació i autorització mesures restrictives de drets fonamentals

Descriptores

Proceso contencioso-administrativo, justicia administrativa, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Derecho de la Unión Europea, medidas cautelares, recursos contra la inactividad de la Administración y la vía de hecho, ejecución de sentencias, recursos contra decisiones judiciales, ratificación y autorización medidas restrictivas de derechos fundamentales

Keywords

Judicial review, administrative justice, European Convention on Human Rights, European Union Law, precautionary measures, judicial review of the inactivity of the Administration and the factual route, execution of sentences, appeals against judicial decisions, ratification and authorization of restrictive measures fundamental rights

Introducció: finalitat de la recerca

L'objectiu general d'aquesta recerca és el d'examinar l'evolució del sistema de control jurisdiccional de les administracions públiques en institucions clau de la justícia administrativa com les mesures cautelars, el control de la inactivitat administrativa i la via de fet, l'execució de sentències i el sistema de recursos.

Es tracten d'institucions claus que poden repercutir en una millor administració de justícia que possibiliti un adequat control de l'activitat administrativa garantint a l'ensems una tutela judicial efectiva. Les mesures cautelars permeten garantir que la tutela sigui efectiva mentre s'està desenvolupant el procés contenciós administratiu i encara no ha recaigut sentència. Malgrat que es decideix en una interlocutòria i en un procediment, la tutela cautelar té una rellevància fonamental en un àmbit en el que l'Administració té atribuïdes potestats administratives que pot imposar unilateralment i per via executiva als seus destinataris. Els controls de la inactivitat i de la via de fet suposen un àmbit de control que va més enllà de l'acte administratiu centrant-se en l'objecte del procés, que esdeven les pretensions en torn a l'activitat administrativa. Pel que fa a l'execució de sentències suposa una forma de fer efectiva les decisions judicials. Malgrat les resistències en l'execució de sentències, la seva configuració constitucional com una funció judicial ha permès dotar a aquests d'unes facultats d'execució forçosa. En relació als recursos judicials cal destacar en l'àmbit de la cassació el concepte jurídic indeterminat "interès cassacional objectiu", model amb el qual s'ha volgut assegurar la

uniformitat en l'aplicació judicial del dret i que segons la jurisprudència esdevé la "pedra angular del nou model cassacional".

Aquest valoració es realitza des de dos perspectives fonamentals: D'una banda, des de la seva aplicació durant les dues dècades de vigència de la Llei 29/1998. Es tracta d'una llei que ha suposat l'adaptació constitucional de la Llei de 1956, la qual va suposar una fita fonamental en el modern Dret processal administratiu. La Llei de 1998 va comportar la incorporació de la jurisprudència constitucional i de l'establiment d'una nova planta judicial amb la creació dels jutjats del contenciós administratiu. De l'altra, s'ha procedit a la seva contextualització en el sistema de garanties del Dret europeu, tant del Conveni Europeu de Drets Humans com el Dret de la Unió Europea. La importància d'acudir al Dret europeu s'ha posat de manifest durant la recerca realitzada mitjançant les diverses sentències que han fet efectius el dret a un procés equitatiu i el desenvolupament dels principis d'equivalència i efectivitat.

Durant la recerca s'ha realitzat una comparativa entre els sistemes de protecció del Tribunal de Justícia de la Unió Europea amb seu a Luxemburg i el Tribunal Europeu de Drets Fonamentals que es troba a Estrasburg. Es tracten de dos sistemes jurídics diversos amb estàndards diferents. Malgrat que des del Tractat de Lisboa la Unió Europea ha d'adherir-se al Conveni Europeu de Drets Humans i Llibertats Fonamentals aquesta possibilitat ha estat bloquejada per la pròpia interpretació del Tribunal de Luxemburg que ha considerat que això comporta una afectació de les seves competències no contemplada pels Tractats europeus.

L'evolució dels sistema espanyol de control jurisdiccional de les administracions públiques posa de relleu els avenços aconseguits en els més de vint anys de vigència de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, de la jurisdicció contenciosa administrativa. En relació a la planta judicial la implantació dels jutjats unipersonals del contenciós administratiu s'ha consolidat plenament, malgrat les reticències amb que es van veure inicialment en quan trencaven el tradicional principi de col·legialitat. Segons dades recents la jurisdicció contenciosa administrativa està composta per 241 òrgans unipersonals (229 Jutjats del

contenciós administratiu i 12 Jutjats centrals del contenciós administratiu) i de 30 òrgans col·legiats (Sales del Contenciós administratiu dels Tribunals Superiors de Justícia, de l'Audiència Nacional i del Tribunal Suprem). Aquestes dades han estat extretes del darrer Informe sobre la justícia administrativa 2020. En relació a aquest àmbit, en l'estudi s'està realitzant una valoració del que ha suposat la introducció dels òrgans unipersonals i el paper que juguen en el control de les administracions públiques, especialment pel que fa referència a les entitats locals.

Objectius

Entre els **objectius específics**, s'ha procedit a examinar **els principals punts d'inflexió de l'evolució dels sistemes de justícia administrativa**, fent una panoràmica dels models francès, italià i alemany, com a principals referents que ha tingut l'espanyol a l'hora de configurar el control jurisdiccional de l'activitat administrativa. En la recerca s'ha constatat que si bé les tradicions jurídiques partien de diverses interpretacions de l'Estat de Dret i del principi de legalitat han anat a una certa confluència en el control jurídic de l'Administració per òrgans amb garanties d'independència i imparcialitat, ja siguin sota la fórmula del Consell d'Estat, ja sigui a través d'òrgans integrats en el Poder Judicial. Aquesta confluència es manifesta en unes garanties comunes i homologables a nivell europeu.

Un altre objectiu ha estat el de **copsar les diferències entre els diversos nivells i estàndards de protecció de drets en l'àmbit del Consell d'Europa i de la Unió Europea**, i com aquests incideixen en els sistemes de justícia administrativa dels Estats membres. Això ha permès contextualitzar el sistema de justícia administrativa espanyol dins els diversos models europeus. Per a l'assoliment d'aquest objectiu s'ha procedit a fer una comparació d'ambdós sistemes de protecció en el que s'han pogut constatar un seguit de característiques que permeten definir els diversos nivells i estàndards de protecció. Per a realitzar aquesta comparació he procedit durant les primeres fases de la recerca a la identificació i anàlisi de la principal jurisprudència del Tribunal dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals així com del Tribunal de Justícia de la Unió

Europea. La jurisprudència d'aquests tribunals té un rellevant impacte sobre el Dret administratiu i el control jurisdiccional d'aquesta activitat. Es tracten, però, de sistemes de garanties diversos.

La recerca s'ha centrat com un dels objectius específic a **analitzar l'impacte del Dret de la Unió Europea en la justícia administrativa, a través de la jurisprudència en matèria de mesures cautelars, així com dels principis d'equivalència i efectivitat.** El Dret de la Unió Europea es basa en el principi de primacia i d'efecte directe que no es troben explícitament en els Tractats però que es deriva de la pròpia naturalesa d'aquesta organització supranacional. Per a l'afirmació d'aquests principis, la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha anat pronunciant-se sobre aspectes tan rellevants com són les mesures cautelars en sentències Factortame (19 de juny de 1990), Zuckerfabrik (21 de febrer de 1991), Atlanta (9 de novembre de 1995), Antonissen (29 de gener de 1997). Aquest seguit de sentències clàssiques han servit de base per a les decisions que adopta el Tribunal General i que han estat examinades durant la present investigació. D'aquesta forma es procedeix a examinar una selecció d'interlocutòries del President del Tribunal General en el període 2011 fins a 2019 que ens permet extreure els criteris seguits en el moment de decidir en torn a les mesures cautelars.

Com a objectiu cal es,entar també el d'**aprofundir en l'evolució del sistema de control jurisdiccional contenciós administratiu**, des d'una perspectiva històrica que ens permeti conèixer els seus condicionaments en el model actual. Durant aquesta recerca es van examinant diversos punts d'inflexió, especialment en el sistema espanyol, des de la seva creació fins els moments actuals. Cal dir que durant el segle XX es va procedir a la judicialització de la jurisdicció contenciosa administrativa, a la modernització del Dret processal administratiu i a l'encaix constitucional d'aquest sistema. Durant el segle XXI els punts d'inflexió es van produint amb el procés cada vegada més intens d'europèitització del Dret administratiu.

Entre els objectius essencials d'aquesta recerca ha estat el de **valorar els trets fonamentals que caracteritzen el control jurisdiccional de l'activitat administrativa**

durant l'aplicació de la Llei 29/1998 **en institucions clau** com les mesures cautelars, el control de la inactivitat administrativa i la via de fet, l'execució de sentències i el sistema de recursos judicials. Tal com es tindrà ocasió d'examinar durant el treball aquest objectiu posa de relleu valorar si s'ha produït un enfortiment de la funció jurisdiccional al realitzar el seu control, així valorar com s'està duent a terme, si bé amb criteris de prudència i contenció, així com veure si la indeterminació normativa ha comportat un increment del decisionisme judicial. Aquest objectiu s'ha examinat des de l'equilibri que ha de regir entre les garanties processals en l'àmbit del procés contenciós administratiu, així com la posició de les administracions públiques d'acord amb el principi de legalitat i la servicialitat de l'interès general que singularitza el Dret administratiu.

Finalment, un dels objectius ha estat, **determinar quin és l'abast del control judicial en les ratificacions o autoritzacions judicials** per a l'adopció de **mesures administratives restrictives de drets fonamentals** en el cas d'emergències sanitàries, arran de les més recents modificacions legislatives. La transcendència de les mesures administratives sanitàries adoptades durant la pandèmia obliguen a considerar quina és la funció jurisdiccional. Per a determinar l'abast del control un punt rellevant és el tema de la naturalesa de les mesures, si són reglaments de necessitats, actes administratius de caràcter general o actes administratius individualitzats. Aquest aspecte, com es veurà, resulta important des de la perspectiva de la funció jurisdiccional tal i com l'estableix l'article 117 de la Constitució i dels dubtes que ha plantejat sobre la constitucionalitat d'aquest tipus de control. Cal també examinar quins aspectes ha de centrar-se aquest control i quines garanties procedimentals s'ha de dur a terme.

Hipòtesi

La hipòtesi d'aquesta recerca és que el sistema de justícia administrativa ha evolucionat durant els vint anys de vigència de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa vers uns mecanismes de control més intensos a favor dels òrgans judicials respecte a l'activitat administrativa, com a conseqüència de dos factors rellevants: l'impacte del Dret europeu i la pròpia evolució realitzada per la jurisprudència. Aquest

control més intens s'ha traduït en alguns casos un major decisionisme judicial, mentre que en d'altres ocasions en una major contenció i prudència en la seva aplicació. La verificació d'aquesta hipòtesi s'ha realitzat a través de l'examen d'institucions clau en el procés contenciós administratiu.

En el cas de les mesures cautelars l'impacte del Dret de la Unió Europea s'ha traduït en una ampliació de les mesures positives, més enllà de la suspensió de l'acte administratiu, que ha permès desplegar mitjans de tutela judicial més efectiva. De particular rellevància ha estat la prolongació provisional dels efectes d'una autorització en els casos de denegació de la seva renovació, que ha tingut una incidència molt important en àmbits com l'estrangeria. En canvi, la utilització del *fumus boni iuris* o aparença de bon dret ha estat objecte de més contenció i prudència pels òrgans judicials degut al risc d'anticipar el judici, prejutjant, convertint la tutela plena en una tutela sumària i cautelar. Per aquest motiu, la jurisprudència l'ha reconduït en la majoria dels casos als supòsits de nul·litat de ple dret o quan s'impugna un acte idèntic a un altre ja impugnat judicialment. Això no obsta, perquè en alguns casos concrets, d'especial rellevància i degudament ressaltats pels autors, s'hagi utilitzat com un criteri rellevant.

Respecte a la inactivitat de l'Administració, la interpretació jurisprudencial de la LJCA ha comportat certs avenços, possibilitat un major control de la inactivitat reglamentària, fins ara dificultat per la concepció de la potestat reglamentària com una potestat de caràcter àmpliament discrecional, així com la inexecució d'actes fermes (entre els quals s'ha inclòs el silenci positiu). Més dificultats s'ha planteja en el control de la inactivitat on l'Administració està obligada a realitzar prestacions concretes, on l'encotillament de la LJCA ha comportat majors dificultats.

Sobre l'execució de sentències, el reconeixement constitucional com una facultat nitidament judicial s'ha traduït en una eliminació dels inveterats privilegis de suspensió de sentències, reconduïdes a l'expropiació dels drets reconeguts en sentència judicial en casos excepcionals, així com les facultats d'execució forçosa de les sentències.

Pel que fa als recursos judicials, inicialment el legislador va acotar a uns supòsits taxats el recurs de cassació per després modificar en torn al concepte jurídic indeterminat “d’interès objectiu cassacional”, establint uns supòsits exemplificatius i unes presumpcions legals. D’altra banda, l’aplicació del dret a la doble instància, reconegut al Conveni Europeu de Drets Humans, a les infraccions administratives greus a partir de la Sentència SAQUETTI, hauria de comportar una modificació legislativa que, bé generalitzés la doble instància en el contenciós administratiu, o bé establir-la per a les infraccions administratives a les quals els hi és d’aplicació.

En relació al control de les mesures restrictives de drets fonamentals, la pandèmia de la COVID-19 ha generat en un major decisionisme amb una diversitat de solucions, propiciades per la indefinició del legislador respecte a la naturalesa i contingut de les mesures (reglament de necessitat o acte administratiu de contingut general), la competència per adoptar-les (que ha portat en algun moment a negar aquesta possibilitat a autoritats autonòmiques i municipals) i l’aplicació del principi de proporcionalitat (necessitat, idoneïtat i proporcionalitat en sentit estricte). Això ha comportat que s’hagi hagut d’acudir a l’Estat d’alarma per obviar aquest control judicial en els moments més durs de propagació de la malaltia, així com a diverses modificacions normatives per tal de donar cobertura legal a les mesures administratives.

Metodologia

La metodologia utilitzada en aquesta recerca es basa fonamentalment en una anàlisi jurídica on s’exposen els trets més significatius dels models de justícia administrativa des de d’una perspectiva europea, aprofundint en concret en el model espanyol. En concret la metodologia es basa en els següents punts:

—L’anàlisi jurisprudencial de les principals decisions del Tribunal Suprem i dels Tribunals Superiors de Justícia en l’ordre jurisdiccional contenciós administratiu durant les dues dècades d’aplicació de la Llei jurisdiccional de 1998.

S'ha procedit a una recopilació jurisprudencial de les decisions dels òrgans judicials a l'Estat espanyol per a veure com estant funcionant aquests diversos aspectes claus de l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu. Aquesta recopilació tracta d'identificar les principals tendències jurisprudencials.

—L'anàlisi normatiu i jurisprudencial del Dret europeu, tant des del punt de vista del CEDH com de la CDFUE, que estableix l'estandart de drets i garanties per l'exercici del control jurisdiccional de la legalitat de l'actuació administrativa. Aquest anàlisi pretén identificar les exigències que estableix el Dret europeu per als diversos sistemes de justícia administrativa.

Com hem posat de relleu en aquesta memòria s'ha procedit a una europeïtzació de les garanties processals des de perspectives diverses. En un cas amb la finalitat d'afirmar la primacia del Dret de la Unió Europea per tal d'assegurar que els mecanismes processals assegurin l'eficàcia del Dret de la Unió Europea. Des de l'altra perspectiva, en canvi, ens trobem amb una perspectiva adreçada a establir un mínim de garanties processals en tots els Estats membres del Conveni europeu dels drets i llibertats fonamentals.

— L'anàlisi històric i comparatiu que permet copsar l'evolució a Europa dels principals sistemes de justícia administrativa. També l'examen de les potestats administratives i de la discrecionalitat administrativa a la llum de l'evolució del control jurisdiccional i de la lluita contra les immunitats del poder.

En aquesta recerca s'està procedint a realitzar un anàlisi històric de l'evolució del sistema de la jurisdicció contenciosa administrativa. Aquest anàlisi històric m'ha permès copsar els condicionaments del sistema de justícia administrativa, així com les noves tendències de l'activitat administrativa que obligaran a un replantejament dels mecanismes de control. Així, la incorporació de decisions administratives automatitzades basades en l'aplicació d'algoritmes comportarà adaptar els mecanismes de control jurisdiccional.

—La proposició de criteris i la identificació de les reformes normatives necessàries que permetin al legislador i als òrgans judicials una major eficiència del sistema a l'hora que possibilitar l'efectivitat del control jurisdiccional i de les garanties processals.

Com una reflexió final es vol durant les següents fases d'aquesta investigació procedir a identificar algunes propostes de modificacions legislatives tant en normes processals com substantives que permetin agilitzar i millorar el control jurisdiccional de l'activitat administrativa. D'una banda, per tal de millorar els controls existents l'aplicació dels quals presenten dificultats com la d'adaptar el control jurisdiccional a les noves realitats de l'actuació administrativa.

Marc teòric

1. L'evolució i configuració dels diversos sistemes de control jurisdiccional de l'activitat administrativa en el context europeu

1.1. Els diversos sistemes de justícia administrativa a Europa i la seva influència en el model espanyol, en particular atenció als models francès i italià.

1.1.1. El model francès de jurisdicció contenciosa administrativa: l'atribució de funcions jurisdiccionals al Consell d'Estat

L'opinió generalitzada entre els autors espanyols es troba en que els orígens de la jurisdicció contenciosa administrativa cal trobar-los a partir de la Revolució francesa i de la particular interpretació que es realitza del principi de legalitat. Així s'ha parlat d'una de les "més grans innovacions institucionals introduïdes per la Revolució francesa que, com tant d'altres, va ser perfilada i posada a punt pel seu principal executor testamentari, Napoleó Bonaparte"¹. S'ha afirmat que "Surge súbitamente en la Revolución Francesa en el mismo año 1789, se afirma y madura a lo largo del siglo XIX y conoce un espectacular despliegue durante todo el XX, para aparecer ahora, recién inaugurado el siglo XXI, tras las reformas generalizadas en el último cambio de siglo, como una pieza central e inexcusable del orden democrático sustantivo, lo que se ha convenido en llamar Estado de Derecho"².

¹ En aquest sentit entre els autors més destacats *vid.* García de Enterría Martínez-Carande, E. (2009: 168). Des d'una altra posició *vid.* Gallego Anabitarte, A. (2009: 12). Per aquest darrer autor "la distinció entre funcions executives i judicials no era cap peculiaritat de la Revolució francesa, sinó que era un principi secular en el Dret tradicional espanyol des del segle XVI, per posar una data convencional, per mitjà dels conceptes de governatiu i contencios".

² *Vid.* García de Enterría, E. (2009: 168).

Sens dubtes, la Revolució francesa esdevé un punt d'inflexió fonamental respecte a la jurisdicció contenciosa administrativa. Cal dir, però, que es troben certs elements de continuïtat entre l'Antic Règim i la Revolució francesa que fan pensar en una evolució progressiva entre les antigues jurisdiccions especials i la jurisdicció contenciosa administrativa. En aquest sentit un autor clàssic com A. De Tocqueville considerava que la justícia administrativa "és pur Antic Règim conservat". De semblant opinió és un dels grans tractadistes sobre aquesta jurisdicció, E. Laferrière que parteix de l'Antic Règim quan estudia la seva història. La jurisdicció contenciosa-administrativa no suposa tant un tall absolutament radical amb les institucions anteriors, sinó que ve a comportar un estat d'evolució en el que segueix mantenint una constant: la necessitat que l'Administració no marxi a la tramitació lenta dels jutges civils. És a dir, que l'Administració portarà a terme els seus objectius sense esperar a la lenta tramitació d'un procés però a l'hora d'alguns mecanismes determinats d'autocontrol.

A l'Antic Règim, el monarca exercia les seves funcions de govern, administratives i jurisdiccionals assessorat per tècnics que formaven la *Curia Regis* que va esdevenir el Consell del Rei. Per la seva banda, van començar a crear-se jurisdiccions de caràcter especialitzat en concret en l'àmbit financer i tributari, que s'adjudicaven per la venda dels càrrecs amb el privilegi de la seva inamobilitat³. El fet que aquestes jurisdiccions comencessin a conèixer d'assumptes de govern i administració va provocar numerosos conflictes. Per aquesta raó, amb l'Edicte de Saint-Germain-en-Laye de febrer 1641 el Rei Lluís XIII va prohibir als magistrats judicials de conèixer dels assumptes "que puguin concernir l'Estat, administració o govern que des d'aquí ens reservem a la nostra sola persona".

Durant la Revolució francesa es suprimeix la venda de càrrecs jurisdiccionals propi de l'Antic Règim i els jutges esdevenen funcionaris remunerats per l'Estat. En aquest context, els revolucionaris consideren que "jutjar a l'Administració és administrar". És a dir, immiscuir-se en els assumptes reservats als representants de la Nació. Per aquesta raó, s'aprova la Llei de l'Assemblea Nacional francesa de 16 i 24 d'agost de 1790 (Títol

³ Vid. Morand-Deville, J. (2013: 29).

II, articles 13) on es va establir que “les funcions judicials són distintes i sempre quedaran separades de les funcions administratives. Els jutges no podran, sota pena d’abús d’autoritat, destorbar de qualsevol manera ja sigui les operacions dels òrgans administratius, ni citar davant d’ells els administradors per raó de les seves funcions”. En aquesta línia trobem també el Decret de 16 de fructidor any III (article únic) quan preveu que: “Prohibicions reiterades són fetes als tribunals de conèixer dels actes d’administració, de qualsevol espècie que sigui, sota pena de dret”.

En aquesta evolució un paper fonamental el té el Consell d’Estat francès que partint de l’antic Consell Reial és reformulat per Napoleó Bonaparte que el configura en els seus trets fonamentals, primer amb una jurisdicció retinguda que desembocarà en una jurisdicció delegada en base al seu gran prestigi i autoritat. L’ascensió al poder de Napoleó es consuma durant el cop d’Estat que dona lloc al període conegut com el Consulat. En aquell moment, s’aprova la Constitució de l’any VIII, per tal d’atribuir-li els poders d’un dictador. En aquesta Constitució (art. 52) es disposa que “Sota les direccions dels cònsuls, un Consell d’Estat és l’encarregat d’escriure els projectes de llei i els reglaments de l’Administració pública, i de resoldre els conflictes que se l’elevin en matèria administrativa”.

L’any 1806 es crea una Comissió del contenciós administratiu dins del Consell d’Estat que es justifica en la “necessitat d’instituir un cos mig administratiu mig judicial, que regularà la utilització d’aquesta porció d’arbitrarietat necessària dins de l’Administració de l’Estat”⁴. A nivell territorial es creen els Consells de Prefectura per mitjà de la Llei de 28 de pluviós de l’any VIII que tenen competències en els àmbits materials concrets com les contribucions directes, les obres públiques, els camins, los dominios nacionales⁵. Es tracta d’una justícia retinguda en Dret en que les decisions adoptades pel Consell d’Estat i pels Consells de Prefectura eren ratificades en primer grau pel Ministre i en les qüestions més rellevants pel Cap de l’Estat. D’aquesta forma es tractava d’una mera proposta que

⁴ Vid. Morand-Deville, J. (2013: 30). Com posa de relleu aquesta autora la referència que es fa a “arbitrarietat” ha d’entendre’s referida a “discrecionalitat”.

⁵ Vid. Morand-Deville, J. (2013: 30).

podia ser modificada o alterada. És el que es coneix com la doctrina del Ministre-Jutge. Cal dir que el prestigi que va assolint la jurisdicció contenciosa administrativa fa que a la pràctica aviat esdevindrà una justícia delegada de fet, en la que el Ministre i el Cap de l'Estat es limiten a donar el seu vist-i-plau sense qüestionar-les o esmenar-les.

Durant el II Imperi de Napoleó III es dicta el Decret de 2 de novembre de 1864, relatiu al recurs interposat contra les decisions d'autoritats subordinades al Ministre⁶. En aquesta normativa s'estableixen una sèrie de mesures adreçades a facilitar l'accés al Consell d'Estat, entre les quals es troba la regulació del silenci administratiu⁷. Aquestes reformes responien al desig de l'Emperador d'establir, en defecte de llibertat política, una Administració més justa. En aquesta època el Consell d'Estat era concebut "com un mecanisme destinat a assegurar el funcionament sense fissures d'un poder arbitrari; un instrument molt útil per a reforçar un Executiu cada vegada més fort davant un Cos legislatiu impotent"⁸.

En aquest context, és lògic que es facilités i es reforçés l'accés dels assumptes administratius al Consell d'Estat, més encara si tenim en compte el control que realitzaven els propis Ministres sobre aquesta prestigiosa institució. El règim de Napoleó III afavorirà el recurs per excés de poder com un mitjà per a enfortir l'Estat, a l'oferir als descontents la possibilitat d'expressar-se en via contenciosa⁹, més que garantir els drets i llibertats de la ciutadania. A l'ensem, s'aconseguia un altre objectiu molt important: evitar que aquests descontents, alimentats pels abusos administratius d'autoritats inferiors, es remuntin fins al Cap de Govern. En aquell moment, a través de la política de desconcentració realitzada pel Decret de 25 de març de 1852, els prefectes havien assolit un important àmbit de decisió, afavorint-se en aquest clima d'autoritarisme, la creació de nombroses "tiranies locals"¹⁰. Els Ministres, que havien assolit una importància notable

⁶ El títol exacte d'aquesta norma és: Decret imperial de 2 de novembre de 1864, relatiu al procediment davant el Consell d'Estat en matèria contenciosa i a les regles a seguir pels ministres en els assumptes contenciosos. Pot consultar-se el seu text complet a Fougère, L. (1974: 510-511).

⁷ *Vid.* Aguado i Cudolà, V. (1998: 332-333).

⁸ Per una comprensió del Consell d'Estat durant aquest període és imprescindible la consulta del treball de WRIGHT, V. (1972: 14).

⁹ *Vid.* Burdeau, F. (1989: 303).

¹⁰ *Vid.* Burdeau, F. (1995: 175).

durant la restauració monàrquica, veuran paulatinament amputades les seves competències com a jutges del contenciós administratiu, en un procés que ha estat definit com l'erosió de la doctrina del ministre-jutge.

L'establiment legal de la justícia delegada es produirà formalment amb la Llei de 24 de maig de 1872. Aquesta reforma legislativa es situa en la III República francesa després de la caiguda del II Imperi de Napoleó III. La Llei atribueix al Consell d'Estat aquesta jurisdicció delegada, sense que pugui ser sotmeses les seves decisions al Cap de l'Estat. Es tracta, en aquests moments d'afermar el poder de l'Assemblea Nacional francesa en front al Poder Executiu¹¹, per això es suprimeix las facultats del Govern de poder esmenar les decisions del Consell d'Estat. En base a aquesta jurisdicció delgada el Consell d'Estat dictarà una sèrie de decisions rellevants que s'inicien amb l'arret BLANCO de 8 de febrer de 1873, considerats per alguns com la veritable acta fundacional del Dret Administratiu¹². Aquest cas es basa en una reclamació de responsabilitat pels danys ocasionats a una nena atropellada per una vagoneta, Agnès Blanco, conduïda per uns obrers de l'Administració de tabacs.

“Atès que la responsabilitat, que podria incumbir a l'Estat pels danys ocasionats a particulars, com a resultat de l'actuació de persones ocupades en els serveis públics, no pot regir-se pels principis que s'estableixen en el Codi Civil per a les relacions entre particulars .

Que aquesta responsabilitat no és ni general ni absoluta; que es regeix per normes especials que varien en funció de les necessitats de l'servei i de la necessitat de conciliar els drets de l'Estat amb els drets privats;

Que, per tant, en virtut de les lleis abans esmentades, l'autoritat administrativa és l'única competent per conèixer d'aquesta causa [...]

¹¹ En aquest moment la doctrina ja havia començat a parlar d'un principi de separació de la jurisdicció administrativa i l'administració activa, especialment després de l'arrêt Cadot, de 1889. *Vid.* CHEVALIER, J. (1989: 80).

¹² En aquesta línia Cassesse, S. (1991) També vid. Trayter Jiménez, J. (2019: 31-32).

L'abandonament definitiu de la doctrina del Ministre-Jutge es produeix amb l'arret CADOT de 13 de desembre de 1889¹³. La decisió porta causa en la reclamació d'una indemnització realitzada pel Sr. Cadot a conseqüència de la seva destitució per la ciutat de Marsella del seu càrrec com a enginyer-director de la xarxa viària i d'aigües. Aquesta reclamació va ser rebutjada pel Ministre de l'Interior i el Sr. Cadot va sol·licitar al Consell d'Estat que anul·lés la sentència aquesta decisió. Aquest Consell va rebutjar la reclamació, assenyalant que el Ministre havia actuat de conformitat amb la llei.

Durant el període d'entreguerres, els Consells de Prefectura esdeven interdepartamentals mitjançant els decrets-lleis de 6 i 26 de setembre de 1926 que es fixen en vint-i-dos. Posteriorment, per Decret-Llei de 30 de setembre de 1953, els Consells de Prefectura són substituïts per Tribunals administratius que esdevenen els òrgans jurisdiccionals comuns del contenciós administratiu francès. Aquesta reforma va realitzar-se per a descongestionar el Consell d'Estat qui fins llavors era qui havia de fer-se càrrec de la majoria dels assumptes en aquest àmbit jurisdiccional¹⁴. Cal dir, que l'augment considerable d'assumpes durant la dècada dels setanta i començaments dels vuitanta del segle XX davant d'aquesta jurisdicció planteja la creació d'un altre nivell que es materialitza en els tribunals administratius d'apel·lació, mitjançant la Llei de 31 de desembre de 1987. Posteriorment es succeïxen altres reformes. Així trobem la Llei de 8 de febrer de 1995 que, entre d'altres mesures, preveu relatives al jutge unipersonal, els procediments d'urgència i els poders de realitzar ordres judicials (*injonction*) envers l'Administració¹⁵. També cal destacar la Llei de 30 de juny de 2000

Malgrat la importància que la jurisdicció contenciosa administrativa ha tingut en l'ordenament jurídic francès, no ha tingut un reconeixement explícit a la Constitució francesa de 4 d'octubre de 1958. Cal dir, però, que a través del Consell Constitucional

¹³ El text d'aquest arrêt pot trobar-se a la següent adreça electrònica: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007632875/> Vegeu també *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands arrêts* (2017), INAP i BOE, disponible a: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2018-86&tipo=L&modo=2

¹⁴ Vid. Nettel Barrera, A. C. (2013: 20).

¹⁵ Vid. Morand-Deviller, J. (2013: 31).

francès s'ha de trobar en els principis fonamentals de les lleis de la República¹⁶, En aquest sentit, pot esmentar-se la Decisió 80-119 de 22 de juliol de 1980¹⁷

“Considerant que resulta de les disposicions de l'article 64 de la Constitució pel que fa a l'autoritat judicial i *dels principis fonamentals reconeguts per les lleis de la República* pel que fa, des de la llei del 24 de maig de 1872, a la jurisdicció administrativa, que la independència de es garanteixen les jurisdiccions, així com el caràcter específic de les seves funcions en què ni el legislador ni el govern poden invadir; que, per tant, no correspon ni al legislador ni al govern censurar les decisions dels tribunals, dirigir-los ordres judicials i substituir-los en el judici de les controvèrsies que estiguin de la seva jurisdicció;”

La justícia administrativa a la República francesa ha estat codificada pel Codi de Justícia Administrativa, aprovat per una Ordenança de 4 de maig de 2000 en la seva part legislativa, a la que s'han afegit dos Decrets que regulen la seva part reglamentària. Per alguns autor aquesta codificació no ha estat simplement una sistematització, sinó “una modificació absolutament essencial del mateix sistema construït per aquest, en dos punts capitals, fins el punt de fer, a partir d'ara, un sistema enterament nou”¹⁸. Els punts essencials d'aquesta reforma han estat les mesures cautelars i el valor estimatori de les sentències del contenciós administratiu. Així reconeguts autors han assenyalat que aquesta reforma ha comportat que la jurisdicció contenciosa administrativa hagi esdevingut “efectiva i plena”, fins al punt que s'ha arribat a afirmar que “els poders del jutge contencios administratiu respecte a l'Administració com a part del procés han passat a ser exactament els mateixos que els que té el jutge ordinari en les actuacions processals civils, laborals o penals sobre els ciutadans ordinaris”¹⁹.

¹⁶ Vid. Nettel Barrera, A, C. (2013: 21).

¹⁷ El text es pot consultar en la següent adreça electrònica: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1980/80119DC.htm>>

¹⁸ Vid. García de Enterría Martínez-Carande, E. (2009: 176).

¹⁹ Vid. García de Enterría Martínez-Carande, E. (2009: 178).

1.1.2. El model italià: la distinció entre interessos legítims i drets subjectius base de la distribució entre el Consell d'Estat i el òrgans judicials

El model italià de justícia administrativa és el resultat de l'evolució de l'Estat italià sorgit al segle XIX a través d'una monarquia constitucional forjada des del Regne del Piemonte amb la Casa de Savoia i la unificació duta a terme per Garibaldi. Aquest model es basa en la dualitat entre la protecció de drets subjectius encarregada a la justícia civil que té el seu màxim exponent en la Sala de Cassació del Tribunal Suprem i la d'interessos legítims a la justícia administrativa a través del Consell d'Estat.

Aquest model sorgeix a partir de la la Llei de 20 de març de 1865, número 2248, (anomenada Llei Lanza) que va suprimir diversos òrgans que tenien atribuïda la jurisdicció contenciosa administrativa. Com s'ha dit, aquesta llei suposa, paradoxalment, l'origen d'aquest model en els termes que avui coneguem²⁰. Aquesta llei s'inscriu en un context d'ideologia liberal, amb sufragi censatari, en que s'atribueix a la jurisdicció ordinària el coneixement dels litigis entre Administració i ciutadania en torn a drets civils i polítics. A això cal afegir que l'Administració tenia uns poders limitats sobre l'actuació dels particulars.

S'ha posat com a exemple d'aquesta situació la que es produïa amb la Llei d'expropiació per utilitat pública de 1865, número 2359²¹. D'aquesta forma, el ciutadà afectat per una expropiació podia adreçar-se a la jurisdicció ordinària litigant amb l'Administració en relació a la determinació del quantum de la indemnització. En canvi, no podia qüestionar la decisió de l'Administració d'expropiar el seu bé ni de la privació del seu bé per a realitzar l'obra pública, que quedava en mans d'aquesta.

Les carències d'aquest sistema es van posar especialment de manifesta amb la progressiva ampliació dels poders de l'Administració sobre l'actuació dels particulars. Així es van intensificar els mecanismes de control administratiu a través de mesures com les

²⁰ Vid Gallo, C. E. (2016: 34).

²¹ Vid Gallo, C. E. (2016: 35).

autoritzacions, les concessions i d'altres mesures administratives. Davant d'aquest creixement de la intervenció administrativa els mecanismes de control judicial civil, basats en els drets civils i polítics, va esdevenir clarament insuficient²². Aquesta situació va ser posada de relleu en un famós discurs realitzat per G. Spaventa titulat precisament "Justícia a l'Administració" i pronunciat en l'Associació Constitucional de Bergamo el 7 de maig de 1880²³. Segons aquest polític liberal:

"[...] no es resol aquest problema, amb el sistema de sotmetre a l'autoritat judicial ordinària totes les controvèrsies jurídiques de l'Administració. Cosa que, de fet, en certs aspectes, ha agreujat la condició de les coses tant per si mateixa com en permetre que el poder discrecional de l'Administració augmenti amb lleis especials, publicades contemporàniament, i abandonant-hi totes les relacions de dret públic amb les administracions locals."

"He afegir que per aquestes pertorbacions del nostre dret públic no és un remei suficient la responsabilitat política dels ministres, sinó que cal una reorganització de la jurisdicció administrativa, tal com es fa avui a tot arreu, i especialment a Alemanya, el moviment legislatiu del qual en aquest sentit us he descrit breument, insinuant què, sense pertorbem les nostres administracions, ho podem fer per al mateix propòsit, amb poques reformes en les competències del Consell d'Estat i amb millora d'altres òrgans de l'actual jurisdicció administrativa, amb la llei de responsabilitat dels administradors i amb aquella sobre l'estatut dels empleats".

Arran d'aquesta proposta, la Llei de 31 de març de 1889 (anomenada "Llei Crispi") va instituir la IV Secció del Consell d'Estat italià a la que es va atribuir jurisdicció contenciosa administrativa. Aquesta reforma no comporta prescindir del sistema establert en 1865, sinó en el d'afegir un control jurisdiccional, a través d'un òrgan ja existent "que garanteix un passatge del vell ordenament preunitari al nou"²⁴.

²² *Vid* Gallo, C. E. (2016: 35).

²³ *Vid*. Spaventa, G. (1880).

²⁴ *Vid* Gallo, C. E. (2016: 36).

Durant el feixisme italià el Consell d'Estat italià esdevé a través del seu control jurisdiccional de l'activitat de l'Administració un símbol per a legitimar el règim. D'aquesta època és el Reial Decret de 26 de juny de 1924, n. 1054, pel qual s'aprova el text únic de les lleis sobre el Consell d'Estat. En aquest sentit, és força significatiu el Discurs pronunciat en 1928 pel President del Consell d'Estat, S. Romano al Ple del Consell d'Estat²⁵:

“Per quan es refereix a la funció jurisdiccional em limitaré a recordar que les atribucions del Consell d'Estat en aquesta matèria ha estat, sotra el règim fascista i precisament amb la reforma de 1923, notablement esteses. El que és especialment important com a síntoma de la necessitat d'il·luminar tota activitat de justícia administrativa que és assignada al suprem Col·legi, de conformitat amb la posició canviada del Poder Executiu. I, en efecte, és evident que això, pel mateix fet d'ésser, sostret al control extern que debilitava i, per dir així, el mortificava, no pot sentir la necessitat d'assegurar encara més rigorosament la justícia de la pròpia acció mitjançant aquell control intern que precisament en el Consell d'Estat té la seva més culminant i decisiva manifestació.”

En la contesta que realitza a aquest discurs el Cap de Govern B. Mussolini reafirma les bondats d'aquest control des de la perspectiva del seu règim dictatorial:

«Quan vosaltres, honorables senyors de el Consell d'Estat, anul·leu actes administratius viciats d'incompetència, de violació de llei, d'abús o desviació de poder, no esteu creant obstacles a la bona marxa de l'Administració feixista, sinó que la crideu i reintegreu als seus fins essencials»

La importància de l'obra del Consell d'Estat és ressaltada pel mateix Dictador el 19 d'agost de 1931 amb motiu del Centenari de la institució²⁶:

²⁵ El text del discurs es pot trobar a <http://www.robortobin.it/FONTI_STORICHE/Romano1928.pdf>

²⁶ El text del discurs es pot trobar a <<http://www.adamoli.org/benito-mussolini/pag0480-04.htm>>

“També en aquest camp l’obra del Consell d’Estat és fonamental per a la bona marxa de les administracions. Un règim d’autoritat, com el feixista, té tot l’interès de fer funcionar amb plena regularitat un òrgan de control, consultiu i de justícia com el Consell d’Estat”

Per tant, la jurisdicció contenciosa administrativa va ser utilitzada pel règim feixista italià com una forma perversa de legitimar-se. En realitat era una forma d’afermar la seva autoritat. Com han apuntat destacats autors, la subjecció al control de la legalitat de l’Administració no basta per a qualificar a un Estat de Dret, atès que la llei a la que es subjecta no té un origen democràtic²⁷. Malgrat aquesta instrumentalització, la jurisdicció va aconseguir no solament sobreviure, sinó consolidar-se com un element estructural de les garanties de la ciutadania davant de les Administracions públiques.

Després de la Segona Guerra Mundial, amb la República italiana, el sistema no solament es manté sinó que assoleix rang constitucional. D’aquesta forma, l’art. 100 de la Constitució de 1947²⁸ estableix que: “El Consell d’Estat serà l’òrgan consultiu juridicoadministratiu i de salvaguarda de la justícia en l’Administració”, al mateix temps que estableix un mandat a la Llei per a salvaguardar la independència de l’òrgan i dels seus membres en front del Govern. Complementant-ho, l’art. 103.1 del mateix Text Fonamental ens diu que: “El Consell d’Estat i els altres òrgans de justícia administrativa tenen jurisdicció per la tutela en les controvèrsies de l’Administració pública i dels interessos legítims i, en particular, de les matèries indicades de la llei, també dels drets subjectius”.

L’impacte de la Constitució italiana en la justícia administrativa és molt rellevant. Així es declaren inconstitucionals les funcions jurisdiccionals atribuïdes a les antigues Juntes provincials administratives (*Giunte provinciali amministrative*) per la Sentència dl

²⁷ Vid. Giannini, M. S. (1997).

²⁸ El text de la Constitució italiana pot consultar-se a la següent adreça electrònica: <https://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/Selezione_normativa/LeggiCostituzionali/Costituzione19471227.pdf>

Tribunal Constitucional 33 de 9-20 d'abril de 1968. La raó és la manca d'independència d'aquestes perquè estaven sotmeses jeràrquicament als Prefectes que en designaven els seus membres. Per tal de cobrir aquest buit legal, la Llei de 6 de desembre de 1971, n. 1034, institueix els tribunals administratius regionals (TAR). El sistema actual de justícia administrativa es configura en una doble instància. Els TAR són una primera instància que pot ser objecte d'apel·lació davant del Consell d'Estat.

El Consell d'Estat italià té atribuïdes funcions consultives i jurisdiccionals, si bé s'assignen a seccions distintes. Inicialment a les tres primeres consultives, va sumar-se una quarta secció de caràcter jurisdiccional (1889). Posteriorment, es van anar afegint tres més, dues jurisdiccionals (1907 i 1946) i una consultiva (1997). A partir de 2008, una Llei va atribuir al President del Consell d'Estat la facultat, a inicis de cada any, de determinar quines seccions tenen funcions consultives i quines jurisdiccionals. Aquesta flexibilitat per organitzar les seccions té com a propòsit assolir una major eficiència que comporti un increment del nombre de decisions que s'adopten²⁹.

1.1.3. El model alemany judicial de control de l'activitat de les Administracions públiques

El model de justícia administrativa alemany és també el resultat del seu procés de construcció com a Estat durant el segle XIX, basat en un model federal, així com la reacció davant dels excessos produïts amb el nazisme. En aquest procés es va anar avançant primer cap a una jurisdicció especial per després consolidar un model de control judicial, si bé de caràcter especialitzat.

A inicis del segle XIX alguns Estats alemanys van adoptar un sistema semblant al francès. Cal dir, però, que amb la Revolució liberal de 1848 es reivindica un model de tipus judicial. En aquesta línia la Constitució de Frankfurt de 1849 establí que "La justícia exercida per l'Administració cesa. Sobre qualsevol lesió jurídica decideixen els tribunals",

²⁹ *Vid.* Gallo, C. E. (2016: 41).

precepte que no es va arribar a aplicar³⁰. No obstant, s'opta amb un altre model que és el d'una jurisdicció especial. En aquest sentit trobem la Llei del Land de Baden de 1863 estableix el sistema prussià de jurisdicció contenciosa administrativa³¹. Aquesta concepció de l'Estat de Dret és pròpia del liberalisme alemany del segle XIX³² i cal situar-la en el context de la unitat alemanya i en el trànsit de l'Estat prussià al Reich alemany³³.

En aquest context el parlamentari R. Von Gneist defensa l'atribució dels litigis administratius a uns òrgans independents que eren els tribunals administratius, a la seva obra *Der Rechtsstaat*, escrita en 1879³⁴. Aquest autor formula un model teòric d'Estat de Dret que es caracteritza davant de tot per la vinculació a la llei i a la protecció del dret dels individus³⁵. En canvi, una altra posició era la defensada per l'autor conservador F. J. Sthal³⁶, qui concibeix l'Estat de Dret més com un dispositiu de limitació del poder que com un mitjà d'organització racional de l'Estat i de normalització de les seves relacions amb els ciutadans. Així, es van configurar dos models diferents de tribunals independents, en coherència amb aquestes visions diferents de l'Estat de Dret. Mentre el Tribunal Superior de Prússia es va configurar com un control de caràcter objectiu, els Tribunals Superiors de Baden i de Württemberg ho van fer des d'una perspectiva subjectiva, basada en la tutela judicial dels individus.

Amb la República de Weimar la Constitució de l'Imperi alemany d'11 d'agost de 1919 establia que al Reich i als länder havien d'organitzar-se tribunals administratius amb la finalitat de protegir als ciutadans respecte a les ordenances i disposicions administratives. Ara bé, no s'aclaria la naturalesa d'aquests tribunals ni sobre si havien de ser independents o no de l'Administració³⁷.

³⁰ Vid. González-Varas Ibáñez, S. J. (1993: 41).

³¹ Vid. González-Varas Ibáñez, S. J. (1993: 29). Segons aquest autor és en aquesta llei on es troba "l'origen immediat" de la jurisdicció contenciosa administrativa a Alemanya.

³² Vid. Chevallier, J. (1992: 15).

³³ Vid. Chevallier, J. (1992: 14-15).

³⁴ La consulta l'hem realitzat de la versió italiana (1884).

³⁵ Vid. Abellán García, J. (1983: 133).

³⁶ Vid. Abellán García, J. (1983: 133).

³⁷ Vid. Ule, K. (1964: 24).

Duran el nazisme, a diferència del que esdevé en el cas italià, la jurisdicció contenciosa administrativa va veure reduïdes dràsticament les seves competències i amb la Segona Guerra Mundial pràcticament és suprimida, quedant alguns aspectes concrets i testimonials³⁸. En aquest sentit, el gran jurista Carl Schmitt distingia tres tipus d'Estats: els legislatius (basats en el parlamentarisme liberal on predominaven els grups socials), els jurisdiccional (en els que la darrera paraula la té un jutge al dirimir un conflicte) i els governatius (que es fonamenten en la "voluntat personal sobirana i el comandament autoritari d'un cap de l'Estat que exerceix personalment el govern"). Aquesta distinció que posava l'èmfasi on es trobava la "voluntat suprema" tenia, en realitat, com a objectiu donar suport al règim nazi³⁹ a través de la idea de l'Estat total que suposava la superació del parlamentarisme⁴⁰.

Amb la fi de la Segona Guerra Mundial, l'aprovació de la Llei Fonamental de la República Federal d'Alemanya⁴¹ de 23 de maig de 1949, calia construir un nou sistema el que s'ha anomenat "l'Anti-Leviatan"⁴² per això s'opta per un model plenament judicial. Així, entre els drets fonamentals s'estableix que "Tota persona els drets del qual hagin estat vulnerats pel poder públic, podran recórrer a la via judicial. Si no hagués altra jurisdicció competent per a conèixer el recurs, la via serà la dels tribunals ordinaris". Pel que fa a la part de les institucions al regular la independència judicial preveu les següents jurisdiccions: l'ordinària (civil i penal), la laboral i l'administrativa (general, financera i social). Ens trobem, per tant, amb un model de caràcter plenament subjectiu. Cal afegir que el marc constitucional alemany va ser modificat l'any 1994 introduint-se els principis de l'Estat social i de l'Estat ecològic que han tingut el seu impacte en el sistema de justícia administrativa alemany.

En desplegament d'aquestes disposicions constitucionals s'aprova la Llei de 21 de gener de 1960 de la jurisdicció administrativa. Aquesta Llei parteix d'una clàusula

³⁸ *Vid.* Bachof, O. (1958: 291-292).

³⁹ *Vid.* Laleff Ilieff, R. J. (2015: 41).

⁴⁰ Sobre la influència de l'antiparlamentarisme en la construcció del Dret públic *vid.* Esteve Pardo, José (2019).

⁴¹ El text consultat està disponible a: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>>

⁴² *Vid.* Sommermann, K.-P. (2018: 1).

general sobre els litigis admissibles en els que caben diversos tipus d'accions en funció de les pretensions dels recurrents⁴³. Trobem així les accions impugnatòries on es fa valdre pretensions d'anul·lació d'actes administratius concrets, les accions de prestació amb les pretensions d'abstenció contra actes reals. Pel que fa als reglaments tenen la seva via específica, diferent de les accions impugnatòries, mitjançant el procediment de control de normes amb efectes erga omnes. Aquestes accions tenen requisits específics d'admissibilitat. També cal destacar accions de condemna on s'exigeix que es dicti un acte administratiu, així com accions generals de prestació per als comportaments que ha de realitzar l'Administració.

Com a qüestió a ressaltar del sistema alemany és que el procés contenciós administratiu té efectes suspensius automàtics quan es tracta d'accions de tipus impugnatori, llevat que la llei exclou aquesta possibilitat. En aquests casos l'òrgan judicial valora l'aparença de bon dret o *fumus boni iuris* i els perjudicis d'impossible o difícil reparació o *periculum in mora*. Pel que fa a accions que no tinguin aquest caràcter impugnatori es preveuen altres tipus de mesures més adequades com són les d'assegurament i de regulació, on es procedeix a mantenir l'estatus quo.

1.1.4. Els models basats en l'atribució al Consell d'Estat de funcions jurisdiccionals versus els models d'atribució al Poder Judicial del control de l'activitat administrativa.

El model de justícia administrativa basat en l'atribució de funcions jurisdiccionals al Consell d'Estat es contraposa al model seguit per d'altres Estats en el que s'atribueixen a òrgans judicials. Això és en gran part conseqüència de la diverses tradicions jurídiques dels Estats respecte al concepció existent del principi de separació de poders i de l'Estat de Dret. Així, en models com l'alemany, el *Rechtsstaat* és establert fonamentalment per l'interès i salvaguardia dels ciutadans, mentre que en d'altres, com el francès, l'État legal es refereix a una concepció fonamental dels poders de l'Estat i tendeix fonamentalment a assegurar la supremacia del poder legislatiu. Així, el règim de justícia administrativa

⁴³ Vid. Sommermann, K.-P. (2018: 7).

francès no es configura, a diferència del model alemany, preferentment en torn dels drets de la ciutadania, sinó essencialment com un control objectiu de l'actuació administrativa.

Com veurem, s'ha anat produint una convergència entre ambdós models derivada d'una banda de la pròpia evolució d'aquests sistemes en la que la protecció dels drets i interessos legítims s'ha anat situant en una posició central. A tot això, cal afegir la influència del Dret europeu, especialment el dret al procés equitatiu davant un tribunal imparcial i independent establert per la llei que proclama el Conveni Europeu de Drets Humans i Llibertats Fonamentals. En efecte, la noció material de tribunal utilitzada pel Tribunal Europeu de Drets Humans no solament inclou als òrgans judicials dins del Poder Judicial, sinó també a aquells altres òrgans que, com el Consell d'Estat francès, estan exercint funcions jurisdiccionals. D'aquesta forma es considera que som davant d'un tribunal als efectes del Conveni quan l'òrgan exerceix funcions jurisdiccionals plenes, resolent les qüestions de fet i de dret, davant de controvèrsies jurídiques, a través d'un procediment ben dissenyat. Les decisions d'aquest tribunal tenen caràcter vinculant per a les parts i no poden ser modificades per autoritats que no tinguin atribuïdes funcions jurisdiccionals. En canvi, no seríem davant d'un tribunal quan aquest òrgan es limités a exercir merament funcions consultives com succeïx amb Estats com l'espanyol.

La influència del Dret europeu no es limita a una aproximació entre models en base a exigir més garanties als sistemes on s'atribueix la jurisdicció a un òrgan com el Consell d'Estat. Cal dir, que la projecció del Dret europeu es realitza també als models de caràcter netament judicial, tal com tindrem ocasió de veure al llarg d'aquest treball.

1.2. Les diferències entre els diversos nivells i estàndards de protecció de drets en l'àmbit del Consell d'Europa i de la Unió Europea: procés equitatiu i principis d'equivalència i d'efectivitat.

1.2.1. El dret al procés equitatiu en el Conveni europeu de drets humans i llibertats fonamentals

Després de la Segona Guerra Mundial i com a reacció als terribles fets que es van produir, els Estats van aprova dins de l'organització internacional Consell d'Europa el Conveni per a la Salvaguarda dels Drets Humans i Llibertats Fonamentals (CEDH) a la ciutat de Roma a 4 de novembre de 1950. Es tractava d'establir un estàndard mínim de drets que havien de respectar els Estats membres. Per a garantir aquests drets es va crear el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) amb seu a Estrasburg que ha produït una rellevant jurisprudència que ha permès perfilar els contorns d'aquests drets, així com condemnar als Estats quan els han vulnerat. El sistema en que es basa aquest Conveni ha estat considerat com "una fita sense parangó" o "el desenvolupament més avançat" en el panorama internacional pel que fa a la protecció dels drets humans⁴⁴. La raó no solament està en el caràcter judicial d'aquest sistema, sinó en el fet que estan legitimats no solament els Estats membres, sinó també la ciutadania⁴⁵.

Entre aquests drets es troba el dret a un procés equitatiu o a un judici equitable (art. 6). Des de la perspectiva de la nostra recerca té una singular rellevància en quan ens permès veure quins són els estàndards exigits i poder comprovar en quina mesura s'ajusten a aquest els diversos models de justícia administrativa. En concret, el contingut d'aquest dret és el següent:

"1. Tota persona té dret que la seva causa sigui vista equitament, públicament i en un termini raonable, per un tribunal independent i imparcial, establert per la llei, que decideixi sobre els litigis en relació amb els seus drets o les seves obligacions de caràcter civil, sigui sobre els fonaments de tota acusació en matèria penal dirigida contra ella. La sentència ha de ser pronunciada públicament, però l'accés a la sala d'audiència pot ser prohibit a la premsa i al públic durant tot o una part del procés en interès de la moral, de l'ordre públic o de la seguretat nacional en una societat democràtica, quan els interessos dels menors o la protecció de la vida privada de les parts en el procés així ho exigeixin o, en la

⁴⁴ *Vid.* Salinas Alcega, S. (2009: 15).

⁴⁵ *Vid.* Salinas Alcega, S. (2009: 15). Aquest autor assenyala com aquest tret el distingeix d'altres sistemes com la Convenció Americana sobre Drets Humans (Pacte de San José).

mesura considerada estrictament necessària pel tribunal, quan en circumstàncies especials la publicitat pogués perjudicar els interessos de la justícia.

2. Hom presumeix innocent tota persona acusada d'una infracció fins que la seva culpabilitat hagi estat legalment establerta.

3. Tot acusat té dret, especialment: a. a ser informat, en el termini més curt possible, en una llengua que compregui i d'una manera detallada, de la natura i de la causa de l'acusació formulada contra ell; b. a disposar del temps i de les facilitats necessàries per preparar la seva defensa; c. a defensar-se ell mateix o a tenir l'assistència d'un defensor de la seva elecció i, si no té els mitjans per remunerar un defensor, a poder ser assistit gratuïtament per un advocat d'ofici, quan els interessos de la justícia ho exigeixin; d. a interrogar o a fer interrogar els testimonis de càrrec i a obtenir la convocatòria i l'interrogatori dels testimonis de descàrrec en les mateixes condicions que els testimonis de càrrec; e. a ser assistit gratuïtament per un intèrpret, si no comprèn o no parla la llengua emprada en el judici.”

De la lectura d'aquest precepte es pot veure com es contempla el dret d'accés a la justícia per a obtenir una decisió fonamentada en dret i per fer-la executar. Aquest accés ho serà a un tribunal que ha de reunir una sèrie de garanties pel que fa a la seva organització i composició, en concret la seva imparcialitat i l'haver estat determinat per la llei. També comprèn una sèrie de garanties pel que fa al desenvolupament del procés en el que es tractarà la seva causa (igualtat d'armes, publicitat i durada raonable). A la vegada tenim una sèrie de garanties dels acusats, essencialment en el procés penal com poden ser la presumpció d'innocència, el dret a ser informat de la natura i causa de l'acusació en una llengua que compregui, el dret a poder defensar-se de manera concreta i efectiva, el dret a interrogar els testimonis de càrrec i els de descàrrec en les mateixes condicions, així com el dret a un intèrpret.

Com podem veure, el dret al procés equitatiu que preveu l'art. 6 del CEDH es va a correspondre a l'art. 24 de la Constitució espanyola que proclama el dret a la tutela judicial efectiva. Ara bé, el seu reconeixement en ambdós nivells no resulta redundant,

sinó que permet establir diversos nivells de garanties, així com permet ajustar-se els estàndards existents entre els diversos Estats membres. De forma semblant es configura com un dret del qual se'n deriven un seguit de drets. Per tal de determinar el seu compliment el TEDH valora els fets en el seu conjunt, i situa el fet aïllat d'una possible infracció en el seu context. En qualsevol cas, el Tribunal no fa dependre de les seves decisions de les qualificacions formals utilitzades pels Estats membres del Conveni, sinó que ho fa acudint al seu contingut, des d'una perspectiva àmplia. Això fa que, de vegades, qüestionari fins i tot la legislació d'Estats que es consideren el bressol dels drets i les garanties.

1.2.1.1. La recepció del Conveni europeu de drets humans i llibertats fonamentals en l'ordenament jurídic espanyol

Després de l'entrada en vigor de la Constitució de 1978, l'Estat espanyol va ratificar l'any 1979 el CEDH⁴⁶. Posteriorment, ha ratificat alguns dels Protocols que l'han complementat⁴⁷. Des de la seva ratificació s'incorpora a l'ordenament jurídic espanyol segons estableix l'art. 96.1 de la Constitució de 1978. Destacant-se també que s'interperaran de conformitat a aquest les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats que la Constitució estableix, segons preveu l'art. 10.2 de l'esmentada Carta Magna. Aquesta important norma comporta una gran "permeabilitat" del sistema espanyol que obra la interpretació dels seus drets fonamentals a la qualificada opinió de tribunals internacionals en matèria de drets humans⁴⁸.

⁴⁶ Instrument de Ratificació del Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950, i esmenat pels Protocols addicionals números 3 i 5, de 6 de maig de 1963 i 20 de gener de 1966, respectivament (BOE 243, de 10 de octubre de 1979).

⁴⁷ Així, per exemple, des de la perspectiva que ens interessa vid. l'Instrument de ratificació del protocol número 11 al Conveni per a la protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals relatiu a la reestructuració del mecanisme de control establert per Conveni, fet a Estrasburg l'11 de maig de 1994 (BOE 152, de 26 de juny de 1998), Instrument de Ratificació del Protocol núm. 7 al Conveni per a la protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (Conveni núm. 117 del Consell d'Europa), fet a Estrasburg el 22 de novembre de 1984 (BOE 249, de 15 d'octubre de 2009).

⁴⁸ Vid. Aguado i Cudolà, V. (2009: 136).

Ara bé, com s'ha destacat "això no suposa una translació mimètica del referit pronunciament que ignori les diferències existents entre la Constitució espanyola i el Conveni Europeu de Drets Humans ni l'abans apuntada necessitat d'acotar l'àmbit del recurs d'empara al seus estrictes termes, en garantia de l'operativitat i eficàcia d'aquest mitjà excepcional de protecció dels drets fonamentals" (STC 119/2001, de 24 de maig). En aquesta línia, també s'ha advertit que "el Conveni ni ha introduït en l'ordre jurídic intern una instància superior supranacional en el sentit tècnic del terme, de revisió o de control directe de les decisions judicials o administratives internes, ni tampoc imposa als Estats membres unes mesures processals concretes de caràcter anul·latori o rescabador per assegurar la reparació de la violació del Conveni declarada pel Tribunal" (STC 245/1991, de 16 de desembre).

El CEDH, inclosos els seus diversos Protocols, i la seva interpretació per mitjà del TEDH a Estrasburg, ha produït un rellevant impacte, tant pel que fa al Dret administratiu en general, com pel que fa al procés contenciós administratiu, en particular⁴⁹. Fins la seva aprovació, el monopoli de control jurisdiccional es trobava en els òrgans que exercien la jurisdicció contenciosa administrativa en els Estats, a partir del Conveni veiem com aquest control s'amplia al TEDH pel que fa a les garanties del dret al procés equitatiu. Control que es realitza d'un altre nivell i des d'una perspectiva concreta, la de garantir l'estandard de drets que es reconeix en el CEDH.

El Dret de la Unió Europea té una tendència "federalista" que a través d'una organització supranacional, conformada pels tractats (Dret orginari) genera a la vegada els seus actes jurídics (Dret derivat), imposant un nou ordenament autònom caracteritzat pels principis de primàcia i efecte directe sobre el Dret. En canvi, el CEDH es troba, en canvi, està més a prop d'un sistema de dret internacional clàssic⁵⁰. D'una banda, és un acord que estableix i reconeix els drets ja establerts en la seva major part a nivell universal i en les constitucions i legislacions nacionals, de l'altra les sentències del TEDH

⁴⁹ Entre els autors que han posat de relleu aquesta rellevança *vid.* Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel (1996). També *vid.* Rodríguez Ponton, F. J. (2005: 27).

⁵⁰ Per aquesta interessant comparativa *vid.* Rodríguez Ponton, F. J. (2005: 28).

no anul·len les actuacions de l'Estat membre, sinó que condemnen a aquest a dur les mesures necessàries per al restabliment del dret vulnerat.

El CEDH té força vinculant, però aquesta no es tradueix en una obligació d'incorporació al dret nacional. Pel que fa a les sentències del TEDH el que fan és imposar una obligació de resultat. Ni del CEDH ni de la jurisprudència del TEDH s'infereixen uns mitjans concrets per tal que els Estats puguin complir les sentències d'aquest Tribunal, no havent-se elaborat una doctrina jurisprudencial sobre la qüestió⁵¹. És en aquest sentit, que alguns autors parlen "d'autoritat material" del TEDH i "d'autoritat "relativa de cosa jutjada" segons la qual les sentències tindrien merament un caràcter declaratiu i no executiu⁵². No es poden fer valdre pretensions anul·latòries d'una actuació administrativa, sinó que la funció es limita a constatar la vulneració del dret recollit al CEDH, declarant-se que aquesta s'ha produït quan això es produeixi. D'aquesta forma les vies que es venen utilitzant són la del recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional com el recurs extraordinari de revisió davant del Tribunal Suprem, ja es ve considerant com un fet nou les sentències del TEDH⁵³. Cal afegir a aquesta posició quina és la finalitat que es persegueix el CEDH que, a diferència del que succeix en el Dret de la Unió Europea, que no és la d'establir una uniformitat, sinó garantir uns mínims de protecció, amb caràcter subsidiari per tal de corregir disfuncionalitats⁵⁴.

El Protocol 11 ha reforçat el caràcter del TEDH d'interpretació dels drets i llibertats reconeguts en el CEDH. Com s'ha destacat, "es tracta d'una interpretació de caràcter evolutiu, basada en canvis socials, àmplia, mitjançant nocions autònomes, gaudeix d'una influència preventiva, didàctica i dialogant, respectant els marges d'agraïment i intentant aconseguir una harmonització mínima"⁵⁵. D'aquesta forma, es produeix una interacció entre el sistema de drets establert per la CEDH i els ordenaments dels Estats membres.

⁵¹ *Vid.* Rodríguez Pontón, F. J. (2005: 30).

⁵² *Vid.* Rodríguez Pontón, F. J. (2005: 30).

⁵³ *Vid.* Aguado i Cudolà, V. (2009: 137).

⁵⁴ *Vid.* Rodríguez Pontón, F. J. (2005: 30).

⁵⁵ *Vid.* Rodríguez Pontón, F. J. (2005: 34-35).

1.2.1.2. El dret al procés equitatiu i la seva aplicació al procés contenciós administratiu

Com hem vist anteriorment, el dret a un procés equitatiu (art. 6 CEDH) estableix que “Tothom té dret a ser escoltat per un tribunal [...] que decidirà en disputes sobre els seus **drets i obligacions de naturalesa civil**”. Es planteja, per tant, en quina mesura els processos contenciosos administratius comprenen els litigis sobre els seus drets i obligacions de naturalesa civil. Segons la jurisprudència del TEDH es tracta d’una noció autònoma que no pot dependre de com els Estats membres l’han definit a través de la seva corresponent legislació. La interpretació fixada pel TEDH conclou que els processos contenciosos administratius es troben dins de l’àmbit de protecció i garantia previst a l’art. 6 del CEDH. A més considera que la presència d’elements de discrecionalitat no comporta que no puguem parlar de drets de naturalesa civil als efectes d’aplicació d’aquest dret al procés equitatiu.

L’àmbit d’aplicació de l’art. 6 del CEDH, relatiu al procés equitatiu, ha estat objecte d’una àmplia jurisprudència, que ha estat sistematitzada en una guia elaborada pels propis serveis jurídics del Tribunal⁵⁶. Així, per exemple, s’inclouen dins d’aquest àmbit d’aplicació procediments disciplinaris que es tramiten davant de col·legis professionals, així com assumptes sobre funcionaris públics. Per excludre de l’aplicació d’aquest dret correspondrà a l’Estat membre demostrar que l’empleat no té accés al tribunal, així com demostrar l’existència de “raons objectives vinculades a l’interès de l’Estat”.

Per la seva part, queden fora de la protecció determinats tipus d’assumptes com els temes tributaris, els d’estrangeria (control d’entrada, dret a un passaport, inclusió en el sistema d’informació de Schengen, la concessió de nacionalitat i asil polític, així com l’expulsió del territori), els assumptes polítics (les eleccions i els mandats, l’activitat dels partits polítics).

⁵⁶ *Vid.* European Court of Human Rights (2013).

L'aplicació del dret a un procés equitatiu davant un tribunal independent i imparcial establert per la llei ha qüestionat els sistemes on la jurisdicció contenciosa administrativa està atribuïda a un òrgan com el Consell d'Estat, com serien els casos de França, Itàlia o Luxemburg. Aquest òrgan si bé ha assolit una posició d'independència no deixa d'estar emmarcat dins del Poder Executiu. D'aquesta forma, l'exercici conjunt de funcions consultives i jurisdiccionals va ser objecte de la Sentència del TEDH de 28 de setembre de 1995 (cas Procola contra Gran Ducat de Luxemburg). En aquesta línia cal esmentar també la Sentència del TEDH de 7 de juny de 2001 (cas Kress contra República Francesa) on es va declarar que vulnerava l'art. 6 del CEDH d'una banda per la no comunicació a les parts de les conclusions i, per l'altra part, la presència del *commissaire du gouvernement* en les deliberacions finals dels arrêts del Consell d'Estat francès.

El dret a un tribunal independent i imparcial establert per la llei s'ha vinculat amb l'Estat de Dret en la STEDH de Gran Sala d'1 de desembre de 2020 (Cas Gudmundur Andri Ástráðsson c. Islàndia). Es tractava d'un cas on el recurrent va ser acusat de conduir sense carnet de conduir i sota els efectes de les drogues. Va ser condemnat i va recórrer en apel·lació per tal de reduir la seva sentència. El tribunal d'apel·lació estava format per tres membres, un dels quals va ser nomenat pel Ministre de Justícia en un procediment amb greus irregularitats. La Comissió avaluadora va concloure que la totalitat dels trenta-tres candidats que es van presentar complien els requisits. Els candidats seleccionats no van ser votats per separat com exigeix la normativa, sinó que van ser-ho conjuntament. Per tant, el nomenament de la magistrada per al seu càrrec no havia estat d'acord amb la llei, tal com exigeixen la Constitució d'Islàndia i l'article 6.1 del CEDH. A més, el recurrent sostenia que durant unes eleccions parlamentàries el marit de la magistrada - un diputat del mateix partit polític que el ministre de Justícia, concretament el Partit de la Independència (Sjálfstæðisflokkurinn) - havia cedit el primer lloc a la llista de circumscripcions del partit a Reykjavik a favor del ministre, després de la decisió d'aquest d'incloure la seva dona en la seva proposta al Parlament. Aquest acord entre el ministre i el diputat havia compromès, des d'una perspectiva objectiva, la posició d'independència del Tribunal d'apel·lació. En base a això, el recurrent va sostenir

que la magistrada en qüestió no era titular legítim del poder judicial y que les sentències judicials del tribunal del que hagi format part constitueixen lletra morta.

La Sala va considerar que les infraccions de la legislació nacional de l'exercici de l'excessiva discrecionalitat de l'executiu en el procés de nomenament judicial, havia suposat un incompliment flagrant de les normes pertinents aplicables en el moment dels fets. Per tant, va concloure, per cinc vots contra dos, que hi havia hagut una violació de l'art. 6.1 del CEDH pel que fa al dret del sol·licitant a un "tribunal establert per la llei" a causa de la presència il·legal de la magistrada en el tribunal d'apel·lació que havia confirmat la seva condemna penal.

1.2.2. La primacia del Dret de la Unió Europea: justícia administrativa, mesures cautelars, principis d'equivalència i d'efectivitat

1.2.2.1. La primacia del Dret de la Unió Europea i la justícia administrativa

El Dret de la Unió Europea es caracteritza per uns trets singulars i diferenciats del sistema establert pel CEDH, que fonamentalment es condensen en els principis de primacia i efecte directe. Aquests trets, si bé no es recullen explícitament en els Tractats constituents, han estat deduïts d'aquests gràcies a la tasca realitzada pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea a través de la seva jurisprudència. En aquest sentit, cal esmentar el cas Flaminio Costa contra Enel Sentència del Tribunal de Justícia Europeu de 15 de juliol de 1964 on s'estableix el principi de primacia com a propi del Dret de la Unió Europea. Es tractava de la reclamació plantejada per un ciutadà italià, que era accionista d'una empresa d'energia que va ser nacionalitzada per la República italiana. Quan se li va exigir el pagament d'una factura de la llum va iniciar un procés en el que es va pronunciar el Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Segons aquesta sentència:

"El Dret derivat del Tractat, una font de dret independent, no podia, per la seva naturalesa especial i original, ser anul·lat per les disposicions legals nacionals, per molt emmarcades que fossin, sense privar-se del seu caràcter de dret comunitari i sense la base legal de la comunitat que es posa en qüestió".

Una altra de les Sentències fonamental del Tribunal de Justícia de la Unió Europea és el cas Van Gend i Loos de 5 de febrer de 1963 on s'identifica el principi d'efecte directe. Es tractava del plet que unes empreses plantegen per qüestionar els drets arancelaris que havia imposat el Regne dels Països Baixos a uns productes procedents de la República Federal Alemanya. Segons aquesta Sentència, la Comunitat Econòmica Europea constitueix un nou ordre jurídic del dret internacional que ha limitat els seus drets de sobirania. D'acord amb aquesta doctrina, aquest ordre jurídic no inclou únicament els estats membres, sinó també els seus nacionals. D'aquesta forma, amb independència de la legislació aprovada pels Estats membres de la Unió, el Dret comunitari no port comportar únicament la imposició d'obligacions a les persones, sinó també els hi atorga drets que passen a formar part de la seva situació jurídica. Aquests drets sorgeixen, a més dels casos en que són atorgats de forma expressa pels Tractats, sinó també en funció de les obligacions que són establertes a les persones, als Estats membres i a les institucions de la Comunitat.

La singularitat del Dret de la Unió Europea es troba bàsicament en aquests principis de primacia i efecte directe, així com en el fet de la seva aplicació quotidiana als Estats membres. Dins del Dret de la UE, es distingeix, com se sap, entre el Dret original i el derivat. Dins del primer trobem els tractats (TFU i TUE), els principis generals del dret i la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea. El Dret de la Unió Europea té, per tant, una Carta de Drets Fonamentals que, en certa manera, se superposa al TEDH, però en altres aspectes presenta diferències. Tot i que el Tractat de Lisboa preveu l'adhesió al TEDH de la Unió Europea, això no s'ha arribat a materialitzar a causa de la posició del TJUE.

El rebuig del TJUE a l'adhesió al CEDH es troba en el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justícia d'Europa (Tribunal Plenari) de 18 de desembre de 2014 Projecte d'acord que preveu l'adhesió de la Unió Europea al Conveni per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals. Els principals arguments d'aquest rebuig són els següents:

- pot afectar negativament les característiques específiques i l'autonomia del dret de la UE, no evita el risc que el principi de confiança mútua dels estats membres en virtut del dret de la UE pugui soscar-se i no preveu cap relació amb la relació entre el mecanisme establert pel Protocol núm. 16 i el procediment de resolució preliminar previst a l'article 267 del TFUE;
- pot afectar l'article 344 del TFUE en la mesura que no impedeixi la possibilitat que es presentin davant del TEDH disputes entre els estats membres o entre els estats membres i la UE sobre l'aplicació del TEDH en l'àmbit *ratione materiae* del dret de la UE. ;
- no estableix disposicions per al funcionament del mecanisme de corresponsal ni el procediment per a la participació prèvia del Tribunal de Justícia que permetin preservar les característiques específiques de la UE i del dret de la UE; i
- no té en compte les característiques específiques del dret de la UE pel que fa a la revisió judicial d'actes, accions o omissions per part de la UE en matèria de policia exterior i de seguretat comuna, ja que confia la revisió judicial d'alguns d'aquests actes. , accions o omissions exclusivament a un organisme extracomunitari.

La posició del TJUE, recelosa sobre l'afectació a les seves competències establertes pels Tractats, ha comportat de fet que la Unió Europea no s'hagi pogut incorporar com a persona jurídica, diferenciada dels seus Estats membres, al CEDH. A més cal tenir en compte, que la Unió Europea compta amb la seva pròpia Carta de Drets Fonamentals proclamada solemnement a Niça l'any 2000 i dota de la mateixa força normativa que els Tractats arran del Tractat de Lisboa. En aquest context, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea s'ha limitat a considerar els drets del CEDH i la seva interpretació jurisprudencial com a principis generals del Dret de la Unió Europea com a situació intermèdia que li permet utilitzar aquest sistema de garanties sense subordinar-se al TEDH. La posició ha estat objecte de crítica per diversos autors que ho veuen com una oportunitat perduda en avançar en el diàleg entre tribunals respecte als diversos nivells de protecció.

Des del punt de vista del control judicial en la Unió Europea trobem d'una part el Tribunal de Justícia que té com a funcions bàsicament controlar la legalitat dels actes de

les institucions i òrgans de la Unió, conèixer dels incompliments que del Dret de la Unió Europea que realitzen els Estats membres, així com realitzar la tasca d'interpretació d'aquest Dret. Aquest sistema quedaria incomplet sinó és que els òrgans judicials dels Estats membres que quan apliquen el Dret de la Unió ho fa com jutges comuntaris i tenen l'obligació, com veurem, d'inaplicar el Dret dels Estats membres quan entri en contradicció amb aquell.

Sobre aquesta funció de l'òrgan judicial de l'Estat membre en quant a jutge europeu es va pronunciar la célebre Sentència del Tribunal de Justícia de la UE de 9 de març de 1978 (106/7) cas Simmenthal. D'acord amb aquesta Sentència: "tots els tribunals nacionals han d'aplicar la legislació comunitària en un cas de la seva jurisdicció en la seva totalitat i protegir els drets que aquesta confereix a les persones i, en conseqüència, ha d'anul·lar qualsevol disposició de dret nacional que pugui entrar en conflicte amb ella, ja sigui anterior o posterior a la Regla comunitària. Un tribunal nacional al qual se li demana, dins dels límits de la seva jurisdicció, que apliqui les disposicions del dret comunitari, té l'obligació d'efectuar plenament aquestes disposicions, si és necessari, denegant-se d'ofici per aplicar qualsevol disposició contradictòria de la legislació nacional, fins i tot si s'adopta posteriorment i no és necessari que el tribunal sol·liciti o esperi l'anul·lació prèvia d'aquestes disposicions per mitjans legislatius o d'altres mitjans constitucionals".

Quan aquests òrgans judicials tenen dubtes d'interpretació sobre l'abast d'aquest Dret poden plantejar la qüestió preliminar davant del Tribunal de Justícia de la Unió Europea per tal que en fixi la interpretació correcta en base a la qual resoldre els casos que se li plantegen. Aquest mecanisme processal està regulat per l'art. 267 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) en base al qual quan un òrgan judicial hagi d'aplicar el Dret de la Unió per a resoldre un litigi i tingui dubtes sobre l'abast de la seva interpretació cal que interposi la qüestió prejudicial. D'aquesta forma es pot garantir que hi ha un criteri d'unitat en quina és la interpretació correcta del Dret de la Unió Europea.

Per a saber quan hi ha dubtes d'interpretació, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha elaborat la doctrina de l'acte clar a través de la Sentència de 6 d'octubre de 1982 (Cas Cilfit), segons la qual l'existència d'un dubte raonable sobre l'aplicació d'aquest Dret comporta la necessitat d'interposar la qüestió. Posteriorment, aquesta doctrina ha evolucionar envers la de l'acte clarificat, que s'aplica als supòsits de trobar-nos en casos similars, però no necessàriament idèntics.

1.2.2.2. La influència del Dret de la Unió Europea en el règim de les mesures cautelars

Les mesures cautelars esdevenen un instrument necessari per a garantir l'efectivitat de la tutela judicial. Des del punt de vista del Dret de la Unió Europea la importància de les mesures cautelars s'ha posat de relleu des de la perspectiva de la primacia d'aquest Dret. Resulta, per tant, rellevant entendre el context en que neix aquesta jurisprudència i com després s'ha anat estenent a d'altres litigis on no es plantejaven qüestions de carcter inteordinamental, sinó en relació a actuacions administratives d'aplicació.

El punt d'inflexió va ser el Cas Factortame I que va resoldre la Sentència del Tribunal de Justícia de la UE de 19 de juny de 1990 que va comentar E. García de Enterría⁵⁷. En aquesta causa hi havia el problema de les limitacions introduïdes per una llei del Regne Unit a les empreses que volguessin pescar en les aigües territorials d'aquest Estat. El tribunal britànic va plantejar una qüestió prejudicial sobre l'atorgament de mesures cautelars en el cas que una llei d'un Estat membre entrés en contradicció amb l'ordenament jurídic de la Unió Europea. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea va concloure que:

“El Dret comunitari ha d'interpretar-se en el sentit que un òrgan jurisdiccional nacional, que estigui coneixent d'un litigi relatiu al Dret comunitari, ha d'excloure

⁵⁷ Vid. García de Enterría Martínez-Carande, E. (2006).

l'aplicació d'una norma de Dret nacional que consideri que constitueix l'únic obstacle que li impedeix concedir mesures provisionals”.

La decisió d'aquesta qüestió prejudicial es basa en un assumpte en que es planteja la relació entre dos ordenaments: el de la Unió Europea i el de l'Estat membre. En aquest assumpte es porta a les seves darreres conseqüències el principi de primacia del Dret de la Unió Europea construït pretoriament pel Tribunal de Justícia. Per tant, en la mesura que la llei de l'Estat membre esdevingui l'únic obstacle per a l'aplicació del Dret de la Unió Europea caldrà que l'òrgan judicial n'exclogui la seva aplicació. Si bé s'ha parlat amb molt d'èmfasi de que ens trobem amb la suspensió d'una llei, en realitat resultaria una inaplicació d'aquesta.

El següent pas rellevant va ser el Cas Zuckerfabrik que va donar lloc a la Sentència del Tribunal de Justícia de la UE de 21 de febrer de 1991 (C-143/88 i C-92/8). Aquí ja no es tractava d'una mesura cautelar consistent en la inaplicació d'una llei, sinó que aquest supòsit es tractava de la suspensió de l'execució d'un acte administratiu dictat per l'Administració d'un Estat membre basat en un Reglament de la Unió Europea i de l'altra banda la validesa del Reglament que establia una cotització de reabsorció especial en el sector del sucre. El Tribunal conclou que la protecció que el Dret de la Unió ofereix a través de les mesures cautelars ha de ser la mateixa tant respecte a la compatibilitat de les disposicions legals nacionals amb el dret comunitari o la validesa del dret comunitari secundari. Segons el criteri del Tribunal:

“Un òrgan jurisdiccional nacional només pot ordenar la suspensió de l'execució d'un acte administratiu nacional adoptat en execució d'un acte normatiu comunitari quan l'òrgan jurisdiccional tingui seriosos dubtes sobre de la validesa de l'acte comunitari i quan, en el supòsit en què no s'hagi sotmès ja a l'Tribunal de Justícia la qüestió de la validesa de l'acte impugnat, la plantegi ell mateix; quan sigui urgent i el demandant pugui patir un perjudici greu i irreparable, i quan aquest òrgan jurisdiccional tingui degudament en compte l'interès de la Comunitat”.

La possibilitat que l'òrgan judicial d'un Estat membre pugui acordar com a mesura cautelar la suspensió d'un Reglament de la Unió Europea mentre planteja una qüestió prejudicial ha estat objecte de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 9 de novembre de 1995 (Assumpte Atlanta C-465/93). Si fins ara ens plantejaven la suspensió per l'òrgan judicial dels Estats membres d'una norma nacional per incompatibilitat del Dret de la Unió Europea, ara donem un pas més enllà, i ens preguntem si resulta factible que també pugui suspendre normes del Dret de la Unió Europea. La pregunta és resolta favorablement si bé s'estableixen una sèrie de condicions estrictes que reproduïm a continuació: a) ha de tenir seriosos dubtes sobre la validesa de l'acte comunitari, si la validesa de l'acte impugnat no es troba encara davant del Tribunal de Justícia, l'ha de remetre al Tribunal de Justícia; b) ha d'haver-hi urgència, ja que la reparació provisional és necessària per evitar danys greus i irreparables a la part sol·licitant; c) s'ha de tenir degut compte de l'interès comunitari; d) quan, en l'apreciació de tots aquests requisits, l'òrgan jurisdiccional nacional respecti les resolucions del Tribunal de Justícia o del Tribunal de Primera Instància dictades sobre la legalitat del Reglament o la interlocutòria de mesures cautelars relativa a la concessió, en la esfera comunitària, de mesures cautelars similars.

De particular interès resulta l'examen de les diverses decisions dictades pel President del Tribunal General en quan ens permeten determinar els principals trets de les línies jurisprudencials en matèria de mesures cautelars. Una visió general sobre aquests trets ens la dona la Interlocutòria del Presidente del Tribunal General de 14 de juliol de 2011 — *Trabelsi y otros/Consejo* (Asunto T-187/11 R), En aquest cas es tractava de la suspensió d'unes mesures restrictives contra els responsables de la malversació de fons públics tunisians que priven el poble tunisià dels beneficis del desenvolupament sostenible de la seva econòmica i societat i soscaven el desenvolupament democràtic del país. El Tribunal General ens recorda que per a concedir-les caldrà examinar el fumus boni iuris, la urgència en evitar danys greus i irreparables, així com procedir si cal als interessos en presència⁵⁸. A manca d'una norma de Dret de la Unió Europea té atribuïda

⁵⁸ Segons ens recorda el Tribunal General: "D'acord amb la jurisprudència establerta, la suspensió de l'execució i altres mesures cautelars només les pot concedir el jutge cautelarment si s'estableix que la seva

una àmplia discrecionalitat per determinar com a ha de verificar les condicions per a realitzar l'examen⁵⁹. Es tracten, en qualsevol cas, de mesures que tenen caràcter provisional i que no poden condicionar la decisió que finalment s'adopti en el plet principal⁶⁰. Pel que fa a l'acreditació dels perjudicis, no es demana una seguretat absoluta, sinó que quan deriva d'un conjunt de factors basta segons el criteri del Tribunal amb un grau de probabilitat suficient. En el cas d'al·legar-se danys merament pecuniaris en general no resulten suficients, "ja que pot ser objecte d'una compensació financera posterior". Així, per a considerar aquest tipus de danys caldrà demostrar "amb proves justificatives, que no disposen dels recursos necessaris per garantir la satisfacció de les seves necessitats bàsiques fins a la lliurament de la decisió en el cas principal".

També cal destacar el Cas J. Antonissen contra Consell de la UE i Comissió de Comunitats Europees que es va resoldre per Ordre del president del jutjat de primera instància de 29 de gener de 1997 [C-393/96 P (R)]. Es tractava d'un tema de responsabilitat extracontractual de la Comunitat en la que es sol·licita com a mesura cautelar la concessió d'una quantitat en concepte d'entrega a compte. Segons l'òrgan judicial no és possible dictaminar amb antelació, de manera general i abstracta, el pagament, a títol d'un avançament, fins i tot d'un import corresponent al sol·licitat a la sol·licitud principal, per tal de garantir l'efecte pràctic del judici en l'acció principal i, en determinats casos, pot semblar justificat pel que fa als interessos implicats. En aquest sentit, correspon al jutge que tramita una sol·licitud de tal mesura cautelar per equilibrar l'interès del sol·licitant per evitar un deteriorament de la seva situació financera, que podria conduir a un cessament irreversible de les seves activitats, enfront del risc que

concessió està justificada a primera vista de fet i de dret (fumus boni juris) i que són urgents en el sentit que és necessari, per evitar danys greus i irreparables als interessos de la part que sol·licita mesures cautelars, que es pronuncii i produeixin els seus efectes abans que es prengui la decisió principal. El jutge cautelarment també procedeix, si cal, a l'equilibri dels interessos en presència".

⁵⁹ D'aquesta forma s'aclareix que: "el jutge disposa d'una àmplia discrecionalitat i pot determinar, a la llum de les particularitats del cas, la forma en què s'han de verificar aquestes diverses condicions i l'ordre d'aquest examen, ja que cap norma del dret de la Unió imposa un esquema d'anàlisi preestablert per avaluar la necessitat d'una mesura cautelar".

⁶⁰ Es remarca aquest caràcter provisional de la següent forma: "Les mesures sol·licitades també han de ser provisionals en el sentit que no prejutgen els punts de dret o de fet en litigi, ni neutralitzen per endavant les conseqüències de la decisió principal que es prendrà posteriorment".

pogués suposar impossible recuperar les quantitats sol·licitades si es desestimés la sol·licitud principal.

En els perjudicis de caràcter econòmic també cal destacar la Interlocutòria del President del Tribunal General de 21 de gener de 2019 (Assumpte T-574/18 R, Agrochem-Maks d.o.o.) on es decideix sobre la sol·licitud de la suspensió de l'execució de l'Reglament d'Execució (UE) 2018/1019 de la Comissió, de 18 de juliol de 2018, relatiu a la no renovació de l'aprovació de la substància activa oxasulfuron. Aquí es recorden uns criteris que s'apliquen habitualment en funció que la pèrdua afecti a un tant per cent del negoci⁶¹. En aquesta decisió, recordant la jurisprudència, sens diu que en aquesta valoració “no pot limitar-se a recórrer, de forma mecànica i rígida, únicament a les xifres de volum de negoci pertinents, sinó que li correspon prendre també en consideració les circumstàncies específiques de cada assumpte i relacionar-les, en el moment de l'adopció de la seva resolució, amb el perjudici causat en termes de volum de negoci”. Ara bé, això no li permet tenir en consideració els perjudicis ocasionats en tercers que no són part en el procés.

En els plets examinats també trobem casos en que les parts són la Comissió i l'Estat membre, fet que comporta una importància d'examinar el cas des de la perspectiva dels interessos. Aquest és el cas de la Interlocutòria del President del Tribunal General de 15 de maig de 2013 (Assumpte T-198/12 R, República Federal

⁶¹ “A més, procedeix recordar que, també d'acord amb reiterada jurisprudència, s'ha declarat que, d'una banda, pel que fa a una pèrdua que representi menys del 10% del volum de negoci de les empreses actives en mercats altament regulats, no sembla que les dificultats financeres que aquestes últimes podrien patir puguin posar en perill la seva pròpia existència [interlocutòria de 15 de novembre de 2011, Xeda International / Comissió, T 269/11 R, no publicat, EU: T: 2011: 665, apartat 21; vegeu també, en aquest sentit, la interlocutòria de 11 d'abril de 2001, Comissió / Bruno Farmaceutici i altres, C 474/00 P (R), EU: C: 2001: 219, apartat 106] i, d'altra banda, en quant a una pèrdua que representa gairebé dos terços del volum de negoci d'aquestes empreses, fins i tot admetent que les dificultats financeres causades a aquestes últimes puguin posar en perill la seva pròpia existència, s'ha destacat, però, que, en un sector altament regulat que a sovint requereix inversions considerables i en el qual les autoritats competents poden veure obligades a intervenir ràpidament quan apareixen riscos per a la salut pública, per raons que les empreses afectades no sempre poden preveure, correspon a aquestes últimes protegir-se davant les conseqüències d'aquesta intervenció mitjançant una política apropiada, sota pena de que siguin elles mateixes qui carreguin amb els perjudicis derivats de la intervenció [vegeu l'acte de 16 de juny de 2016, ICA Laboratories i altres / Comissió, C 170 / 16 P (R), no publicat, EU: C: 2016: 462, apartat 29 i jurisprudència citada]”.

d'Alemanya contra Comissió Europea). En aquesta decisió es planteja la mesura cautelar d'autoritzar provisionalment, fins que el Tribunal resolgui sobre el fons de l'assumpte, el manteniment de les disposicions nacionals notificades per les autoritats alemanyes en què s'estableixen els valors límit per al antimoni, l'arsènic, el bari, el plom i el mercuri presents en les joguines. Com assenyala el Tribunal General es tracta de verificar quin interès preval i quins efectes ocasionaria en la decisió final, ja sigui anul·lant l'acte i invertint la situació, ja sigui declarant la seva validesa i fer valdre la seva eficàcia. Així, el Tribunal assenyala que:

“Segons una jurisprudència consolidada, la ponderació dels diferents interessos concurrents consisteix, per al jutge de mesures cautelars, en determinar si l'interès de la part que sol·licita les mesures provisionals en la seva concessió preval o no sobre l'interès que presenta l'aplicació immediata de l'acte controvertit, examinant així mateix si l'eventual anul·lació de l'acte pel jutge que coneix de el fons permetria invertir la situació provocada per la seva execució immediata i si, al revés, la concessió de les mesures provisionals sol·licitades podria entorpir la plena eficàcia de l'acte controvertit, en el cas que es desestimés el recurs principal”.

L'impacte de les mesures cautelars en una plet on hi ha diversos interessos contraposats (el del litigant, la Administració demandada i el d'un tercer) es planteja en la Interlocutòria del President del Tribunal General d'1 de setembre de 2015 (Assumpte T-235/15 R, Pari Pharma GmbH). Aquí es tracta d'una mesura cautelar en torn a l'accés a determinats documents que contenen la informació dels documents presentada com a part d'una sol·licitud d'autorització de comercialització d'un medicament. En aquesta decisió cal destacar com el Tribunal utilitza la reversibilitat de la mesura per a decidir la seva concessió. En el cas que no fos possible aquesta reversibilitat, l'òrgan judicial entèn que s'estaria prejutjant l'assumpte, fent il·lusòria la decisió sobre el fons de l'assumpte. En aquest sentit, resulten il·lustratives les paraules de la Intellocutòria:

“En el procediment sobre mesures provisionals, la ponderació dels diferents interessos en presència pel jutge de mesures provisionals consisteix a determinar

si l'interès que té la part que sol·licita les mesures provisionals en què aquestes se li concedeixin preval sobre l'interès que presenta l'aplicació immediata de l'acte controvertit examinant, més concretament, si l'eventual anul·lació de l'acte pel jutge que coneix de el fons permetria revertir la situació que es crearia per la seva execució immediata i, a canvi, si la suspensió de l'execució de l'acte podria entorpir la seva plena eficàcia en el cas que es desestimés el recurs principal. Pel que fa, en particular, al requisit que la situació jurídica creada per un acte de mesures provisionals ha de ser reversible, és procedent assenyalar que la finalitat del procediment de mesures provisionals es limita a garantir la plena eficàcia de la futura decisió pel que fa al fons. Per tant, aquest procediment té un caràcter merament accessori en relació amb el procediment principal a què se suma, de manera que la decisió adoptada pel jutge de mesures provisionals ha de tenir un caràcter provisional, en el sentit que no deu ni prejudicar el sentit de la futura decisió sobre el fons ni fer-la il·lusòria privant d'eficàcia. D'això es dedueix necessàriament que l'interès defensat per una part en el procediment de mesures provisionals no és digne de protecció quan aquesta part sol·licita a el jutge de mesures provisionals que adopti una decisió que, lluny de presentar un caràcter merament provisional, suposaria prejudicar el sentit de la futura decisió sobre el fons i fer-la il·lusòria privant d'eficàcia.

Referent a això, en el cas d'una demanda de suspensió de l'execució d'una decisió de l'Agència Europea de Medicaments (EMA) per la qual aquesta denega una sol·licitud de confidencialitat relativa a determinats informes presentats per la part demandant en el marc d'una sol·licitud d'autorització de comercialització d'un medicament i per la qual manifesta la seva intenció de divulgar aquests informes a un tercer, per preservar l'eficàcia d'una sentència que anul·lés aquesta decisió, la demandant ha de poder evitar que l'EMA procedeixi a una divulgació il·lícita d'aquests informes. Doncs bé, una sentència anul·latòria es tornaria il·lusòria i ineficaç si la demanda de mesures provisionals fora desestimada, atès que aquesta desestimació suposaria permetre a l'EMA la divulgació immediata dels informes controvertits i, per tant, prejudicar de facto la futura decisió pel que fa al fons, és a

dir, la desestimació de el recurs d'anul·lació. D'això es dedueix que l'interès de l'EMA en què es desestimi la demanda de mesures provisionals ha de cedir davant l'interès defensat per la demandant, més quan la concessió de les mesures provisionals sol·licitades simplement suposaria mantenir l' statu quo durant un període limitat, mentre que l'EMA, lluny d'afirmar que la divulgació dels informes controvertits respon a una necessitat imperiosa de protegir la salut pública, es limita a invocar, en particular, el principi general de transparència.

Pel que fa a l'interès d'una part coadjuvant que ha sol·licitat a l'EMA que divulgui els informes controvertits, és cert que pot invocar el dret d'accés als documents de les institucions, òrgans i organismes de la Unió d'acord amb l'article 15 TFUE , apartat 3. No obstant això, l'exercici d'aquest dret es veuria simplement retardat en cas de concessió de les mesures provisionals, el que suposaria una restricció temporal de l'ús d'aquest dret, mentre que el dret de la demandant a que es protegeixi el caràcter confidencial d'aquestes informes es veuria anul·lat en cas de desestimació de la demanda de mesures provisionals. Referent a això, en la mesura en què la coadjuvant invoca el seu dret a la tutela judicial efectiva, consagrat en l'article 47 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, sostenint que necessita tenir accés als informes per fonamentar el seu recurs davant el jutge de la Unió dirigit a l'anul·lació de la decisió de concessió de l'autorització de comercialització a la demandant, correspondria a la coadjuvant, en el marc d'aquest recurs, sol·licitar l'accés a aquests informes i als jutges que coneixen de el fons valorar si se li ha de concedir l'accés sol·licitat, per tal de respectar el seu dret a la tutela judicial efectiva, entenent-se que, en cas d'accedir a aquests informes, la coadjuvant no podria fer-ne un ús inadequat, atès que només podria explotar per a la defensa dels seus propis interessos en el marc de l'assumpte de què es tracti, excloent qualsevol altre objectiu.”

En la Interlocutòria del Vicepresident del Tribunal de Justícia de 23 d'abril de 2015 (Assumpte C-35/15 P(R), Comisión Europea contra Vanbreda Risk & Benefits) es

planteja la suspensió sobre l'adjudicació d'una licitació relativa a la prestació de serveis d'assegurança. En aquesta decisió

“A la vista de cuanto antecede, aunque el Presidente del Tribunal General considerara acertadamente, habida cuenta de la existencia de un principio general del Derecho de la Unión derivado del derecho a la tutela judicial efectiva, que procede flexibilizar el requisito jurisprudencial de la urgencia en materia de contratos públicos, en el sentido de que puede ser suficiente probar un perjuicio grave pero no irreparable, puesto que se ha demostrado un *fumus boni iuris* especialmente sólido, incurrió en un error de Derecho en el auto impugnado al declarar que esta flexibilización se aplica sin limitación temporal. En efecto, dicha flexibilización del requisito de la urgencia en materia de contratos públicos sólo se aplica si el licitador descartado presenta la demanda de medidas provisionales ante el juez de medidas provisionales de la Unión antes de la celebración del contrato con el adjudicatario”.

En definitiva, l'examen d'aquestes Interlocutòries posen de relleu uns criteris consolidats del Tribunal General i la transcendència de les mesures cautelars en l'efectivitat de la sentència. Un dels elements fonamentals se'n deriva de la pròpia naturalesa de provisionalitat que tenen les mesures cautelars. Aquesta provisionalitat fa que el tribunal tingui molt en compte la reversibilitat de la mesura. Pel que fa als danys estableix criteris específics respecte a les mesures econòmiques. La mera invocació d'un perjudici econòmic no basta per atorgar la mesura cautelar, però això no impedeix al tribunal afinar uns criteris que permetin determinar els supòsits en que resulten procedents. La utilització del *fumus boni iuris* que és un dels elements fonamentals per a determinar la mesura cautelar és utilitzat amb prudència per evitar perjudicar el fons de l'assumpte i convertir la sentència en merament il·lusòries.

1.2.2.3. Els principis d'equivalència i d'efectivitat

El principi d'autonomia processal dels estats membres té com a límits els principis d'equivalència i efectivitat. Aquests són els principis generals del dret de la Unió Europea. Són d'origen jurisprudencial i no tenen un reconeixement normatiu exprés, motiu pel qual plantegen dubtes sobre el seu abast i la seva interpretació.

El principi d'equivalència comporta que “la regulació processal de les accions destinades a garantir la protecció dels drets que l'ordre jurídic comunitari confereix als judicials no ha de ser menys favorable que la que fa referència a recursos similars de naturalesa interna”. Per la seva banda el principi d'eficàcia implica que “la regulació processal tampoc no pot fer impossible a la pràctica ni excessivament difícil l'exercici dels drets conferits per l'ordenament jurídic comunitari”. El principi de tutela judicial efectiva no requereix, en si mateix, que hi hagi una acció autònoma que tingui com a principal objectiu impugnar la conformitat de les disposicions nacionals amb les normes comunitàries, sempre que els principis d'equivalència i d'eficàcia en el marc del sistema vies jurisdiccionals internes.

Un punt d'inflexió va ser el Cas Rewe que va ser resolt per la Sentència del Tribunal de 16 de desembre de 1976 (33/76). Es tractava de la importació de despeses de pomes franceses per inspecció fitosanitària, considerades equivalents a drets de duana. En el litigi es va plantejar si la persona té dret, d'acord amb l'ordenament jurídic de la Unió Europea, a cancel·lar o revocar l'acte administratiu i/o a retornar l'import pagat, fins i tot quan, d'acord amb la legislació processal nacional, l'acte administratiu ja no es pot ser impugnat per incompliment dels terminis. En l'actual estat del Dret de la Unió Europea, el TJUE va concloure que “no hi ha res que impedeixi que un ciutadà que impugni davant un tribunal nacional una decisió d'una autoritat nacional pel fet que és incompatible amb el dret comunitari s'enfronti a la defensa dels terminis de prescripció establerts pel dret nacional han caducat, entenent-se que les condicions processals que regeixen l'acció poden no ser menys favorables que les relacionades amb accions

similars de caire nacional i que no s'articulen de manera que impossibilitin a la pràctica l'exercici dels drets conferits per la legislació de la UE”.

2. L'aplicació de les garanties processals a les vies administratives prèvies

2.1. Procediment administratiu entre celeritat de l'actuació administrativa i aplicació de les garanties ciutadanes

2.1.1. L'evolució legislativa del procediment administratiu

En els orígens del nostre dret administratiu si bé es va regular amb detall el procés contenciós-administratiu en les lleis de 1845 es mancava, en canvi, d'unes normes que disciplinarien amb caràcter general la via prèvia, és a dir el procediment administratiu. Alguns autors han apuntat que la raó d'això cal trobar-la en que encara no s'havia generalitzat el privilegi de decisió executòria. Segons aquesta doctrina, serà la Llei de Santamaría de Paredes en 1888, qui al generalitzar tal privilegi, provocarà la necessitat de regular el procediment, aprovant-se un any més tard la Llei Azcárate. No obstant això, sembla que van ser essencialment un altre ordre de raons les que mourien a el legislador espanyol a no regular el procediment administratiu fins a l'últim terç de segle XIX. L'apreciació que s'acaba de manifestar ve avalada pel fet que en un primer moment el procediment administratiu no tenia un caràcter eminentment garantidor, sinó intern i secundari, a causa de la gran influència en aquesta època de el model francès. Serà paradoxalment amb el distanciament dels referents francesos que es desenvoluparà un contenciós-administratiu en el qual es donarà preferència més als temes de forma i de procediment que no als de fons, com és el control de la discrecionalitat.

La Llei de procediment administratiu de 19 d'octubre de 1889 (comunament anomenada "Llei Azcárate") es preocuparà per l'establiment de terminis en els

procediments administratius. Fins a aquest moment, com adverteixen tractadistes de l'època, era gairebé impossible determinar el temps de durada d'un procediment administratiu. Amb la nova Llei s'estableix un límit peremptori en el qual s'ha de substanciar el procediment, però no obstant això no es preveu el silenci administratiu, el qual serà implantat en alguns àmbits a través dels diferents reglaments de procediment. Aquesta circumstància produeix una regulació diferent que fa dependre els efectes i el règim jurídic de l'silenci administratiu de mateix Departament o Ministeri on es tramita el procediment.

Aquesta Llei si bé té l'indubtable mèrit de ser la primera normativa de rang legal que a nivell mundial disciplina el procediment administratiu, es limita a establir unes bases que han de recollir els diferents departaments ministerials en els seus respectius reglaments. La generalitat amb què es regula el procediment, en on existeixen importants llacunes, i la remissió que es realitza a les normes reglamentàries comporta dos fenòmens notables: en primer lloc la desigualtat amb què es regulen determinades institucions fonamentals; i en segon lloc la desvirtuació d'alguns mandats que passen a ser meres obligacions morals per als seus destinataris. D'aquesta forma mentre en alguns ministeris es regularà el silenci administratiu, en altres no podrà aplicar aquesta tècnica fins a dates relativament recents. A més, els mecanismes establerts seran clarament insuficients per garantir que la tramitació dels procediments administratius s'instrumenti en termini d'un any previst per la base 8a de la Llei.

La Llei "Azcarate" no estableix una obligació de resoldre, sinó més aviat una prohibició que el procediment excedís de l' termini d'un any. No obstant, la jurisprudència va entendre que l'Administració estava obligada a resoldre, si bé no va extreure conseqüències jurídiques en relleu de tal afirmació. En realitat més que una obligació es deduïa un deure genèric que no es corresponia clarament amb un dret dels particulars a la resolució de procediment, s'imposava per tant donar una sanció eficaç a l'incompliment i passivitat de l'Administració. Durant aquest període fins i tot algun autor va arribar a entendre que la diferència entre la via de petició o instància i el recurs administratiu consistia que mentre en el primer cas no hi havia obligació de resoldre si que existia en

el segon. En aquest context cobrava la seva significació el recurs de queixa, ja que a través d'ell es creava al recurrent un dret a obtenir una resolució administrativa i constituïa per l'autoritat recorreguda l'obligació de resoldre sobre la reclamació.

La tendència assenyalada pot trobar-se en diversos textos normatius de l'època. Així s'observa amb claredat com el compliment de la Llei a través de l'procediment administratiu queda en alguns casos en mans de l'Administració, tal com es constata en l'exposició de motius de l'reglament de procediment de el Ministeri de Gràcia i Justícia, aprovat per RD de 17 abril 1890. Per aquest motiu l'art. 11 de l'esmentat reglament possibilitava per "raons excepcionals d'interès públic" el deixar en suspens el curs d'algun expedient a través de decret de l'Ministre. Tal resolució era susceptible de reclamació davant del Consell de Ministres. Com veiem a través d'un reglament es possibilita, a través de la suspensió, que quedi a la discrecionalitat de l'Administració el compliment de l'termini d'un any que proclamava emfàticament la Llei de procediment administratiu de 1889.

Dins el programa de reforma administrativa, la Llei de 17 de juliol de 1958 del procediment administratiu (LPA) ocupa un paper molt rellevant. Malgrat el seu nom no es limita a regular aspectes merament procedimentals "sinó també els principis generals d'organització i actuació, el règim dels actes administratius i la situació dels interessats en l'expedient". Constitueix, per tant, "un veritable Codi administratiu", inspirat en les següents idees capitals:

- "A) Unitat i flexibilitat de l'procediment.
- b) Simplificació de tràmits i increment de la productivitat.
- c) Col·laboració dels administrats, i
- d) Reducció de l'nombre de disposicions reglamentàries. "

2.1.2. La simplificació del procediment i l'eliminació de càrregues administratives

El Dret de la Unió Europea ha suposat uns canvis rellevants en el Dret administratiu. S'utilitza l'expressió europeïtzació de el Dret administratiu per referir-se a aquest procés no exempt de les convulsions pròpies de les crisis econòmiques i dels avenços i dels retrocessos en la construcció de la Unió Europea. Fruit de l'anomenada estratègia de Lisboa s'han impulsat una sèrie de mesures per a la creació d'un mercat interior.

La Directiva de serveis en el mercat interior part de la finalitat general d'eliminar obstacles i barreres a les llibertats de circulació de serveis i d'establiment. No obstant això, va més enllà ja que imposa un canvi substancial en les mesures d'intervenció administrativa necessàries per a l'exercici d'activitats, sotmetent-les a principis de proporcionalitat, necessitat (s'exigeix una raó imperiosa d'interès general) i de no discriminació. Defineix els règims autoritzatoris com "tot procediment en virtut de el qual s'obliga a un prestatari o destinatari a obtenir d'una autoritat competent un document oficial o una decisió tàcita sobre l'accés a una activitat de serveis o al seu exercici". A l'parlar de "decisió tàcita" sembla que s'està referint també a l'silenci positiu. El considerant 38 de la Directiva sembla anar en aquesta línia quan assenyala que: "La concessió d'una autorització pot ser resultat no només d'una decisió formal, sinó també d'una decisió implícita derivada, per exemple, de l'silenci administratiu de l'autoritat competent o de el fet que l'interessat hagi d'esperar el justificant de recepció d'una declaració per iniciar l'activitat en qüestió o per exercir-la legalment".

Quan regula els procediments dels règims autoritzatoris es refereix específicament a la problemàtica de l'termini i de les conseqüències jurídiques del seu incompliment. Pel que fa referència a l'termini estableix que:

"Els procediments i tràmits d'autorització han de ser adequats per a garantir als interessats que es doni curs a la seva sol·licitud el més aviat possible i, en qualsevol cas, dins d'un termini de resposta raonable, fixat i fet públic amb antelació. El termini no començarà a córrer fins al moment de la presentació de tota la documentació. Quan la complexitat de l'assumpte ho justifiqui, l'autoritat competent podrà ampliar

el període una sola vegada i per un temps limitat. L'ampliació i la seva durada hauran de motivar degudament i es notificaran el sol·licitant abans que hagi expirat el període original ".

Pel que fa a les conseqüències jurídiques que suposa l'incompliment d'aquest termini, la Directiva de serveis ha establert que:

"A falta de resposta en el termini fixat o ampliat d'acord amb l'apartat 3, es considera que l'autorització està concedida. Això no obstant, es podrà preveure un règim diferent quan aquest règim estigui justificat per una raó imperiosa d'interès general, inclosos els legítims interessos de tercers. "

En el procés de transposició de la Directiva de serveis s'ha procedit a modificar la regulació continguda en la LRJPAC, d'acord amb la Llei 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a la Llei sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici (la coneguda "Llei òmnibus"). D'acord amb aquesta legislació de transposició, s'exigeixen més requisits per al establiment de el silenci negatiu. En efecte, a més dels supòsits específics previstos 43 i 44 d'aquesta Llei, ara per exceptuar el silenci positiu no n'hi ha prou amb una norma de dret comunitari o amb una llei, sinó que a aquesta última se li exigeix una "raó imperiosa d'interès general ".

Com assenyala la mateixa Directiva de Serveis, que ha procedit a codificar la jurisprudència de Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, el concepte de "raons imperioses d'interès general" comprèn com a mínim els àmbits següents:

"Ordre públic, seguretat pública, salut pública, manteniment de l'ordre en la societat, objectius de política social, protecció dels destinataris dels serveis, protecció de l'consumidor, protecció dels treballadors (inclosa la seva protecció social), benestar animal, preservació de l'equilibri financer dels règims de seguretat social, prevenció de frau, prevenció de la competència deslleial, protecció de l'entorn i de l'entorn urbà, inclosa la planificació urbana i rural, protecció dels creditors, garantia d'una bona

administració de justícia, seguretat viària, protecció de la propietat intel·lectual i industrial, objectius de política cultural, inclosa la salvaguarda de la llibertat d'expressió dels diversos components (especialment els valors socials, culturals i religiosos i filosòfics de la societat), la necessitat de garantir un alt nivell de educació, manteniment de la diversitat de la premsa, foment de la llengua nacional, conservació del patrimoni històric i artístic nacional i els objectius de la política social y cultural”.

2.2. Recursos administratius: control intern i garantia dels ciutadans

2.2.1. El sistema tradicional de recursos administratius ordinaris i extraordinaris

Tradicionalment, s'ha assenyalat que els recursos administratius tenen una doble funció: a) la de garantia dels ciutadans contra les decisions de l'Administració; b) la de mitjà de control dels òrgans superiors respecte els inferiors o bé mitjà de reconsiderar la decisió quan sigui el mateix òrgan que ha dictat la resolució la que resol el recurs. Per aquesta raó, la legislació exigeix esgotar la via administrativa per tal d'acudir a la via contenciosa administrativa, en el que tradicionalment s'anomena “autotutela reduplicativa o en segona instància”⁶². Aquesta necessitat d'esgotar la via administrativa ja es troba en la jurisprudència de finals del segle XIX⁶³, sent incorporada a la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de Santamaría de Paredes de 13 de setembre de 1888⁶⁴, per passar a la Llei de 27 de desembre de 1956⁶⁵ i en l'actualitat a la Llei 29/1998, de 13 de juliol⁶⁶. L'incompliment d'aquest requisit processal d'esgotar la via administrativa

⁶² L'expressió d'autotutela que ha fet fortuna per la seva força explicativa va ser teoritzada a Itàlia per Benvenuti, F. (1959) i traslladada a Espanya per García de Enterría Martínez-Carande, E. (1974).

⁶³ *Vid.* Betancor, A. (1992: 242), qui cita diverses sentències entre 1870 i 1872.

⁶⁴ Com a requisit s'establia a l'art. 1 d'aquesta Llei que els actes administratius havia de “causar estado” que es definia a l'art. 2 de la següent forma: “Para los efectos del artículo anterior, se entenderán que causan estado cuando no sean susceptibles de recurso por vía gubernativa, ya sean definitivas, ya de trámite si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto de tal modo que pongan termino a aquella o hagan imposible su continuación”.

⁶⁵ Segons establia aquesta Llei: “El recurso contencioso-administrativo será admisible en relación con las disposiciones y los actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, ya sean definitivas o de trámite, si éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquella o hagan imposible o suspendan su continuación.”.

⁶⁶ D'acord amb l'art. 25.1 de la vigent Llei: “El recurs contenciós administratiu és admissible amb relació a les disposicions de caràcter general i als actes expressos i presumptes de l'Administració pública que posin fi a la via administrativa, ja siguin definitius o de tràmit, si aquests decideixen directament o indirectament

comporta la inadmissió del recurs contenciós administratiu per “haver-se interposat el recurs contra una activitat no susceptible d’impugnació”, de conformitat amb l’art. 51.1.c) de l’actual Llei.

Pel que fa al règim de recursos administratius, trobem els ordinaris que s’estructuren en el recurs d’alçada (contra actes que posen fi a la via administrativa) i el recurs de reposició (potestatiu) (contra actes que no posen fi a la via administrativa). Cal dir que els recursos ordinaris poden interposar-se per qualsevol motiu de nul·litat o anul·labilitat dels actes administratius. Aquests recursos esdeven el mitjà habitual que disposa la persona interessada per a combatre jurídicament les decisions de l’Administració.

El recurs d’alçada (art. 121 i 122 de l’LPAC) es configura com a recurs administratiu de tipus jeràrquic contra els actes administratius que no posen fi a la via administrativa. El termini interposició per la persona interessada és d’un mes, mentre que el màxim per tal que l’Administració compleixi la seva obligació de resoldre i notificar és de tres mesos. Mentre que el *recurs de reposició* (art. 123 i 124 de l’LPAC) s’estableix contra els actes administratius que posen fi a la via administrativa. En aquest cas, el termini d’interposició també és d’un mes, mentre que el termini màxim per a la seva resolució i notificació és igualment d’un mes.

D’altra banda, hi ha els recursos extraordinaris, els quals poden interposar-se en supòsits previstos expressament per la llei i els motius d’impugnació són els previstos per la llei (casos taxats). Així, el recurs extraordinari de revisió (art. 125 i 126 de la Llei 39/2015, d’1 d’octubre) s’admet contra els actes administratius fermes sempre que concorrin alguna de les circumstàncies excepcionals següents: a) Que en dictar-los s’hagi incorregut en error de fet, que resulti dels mateixos documents incorporats a l’expedient; b) Que apareguin documents de valor essencial per a la resolució de l’afer

el fons de l’afer, determinen la impossibilitat de continuar el procediment, produeixen indefensió o perjudici irreparable a drets o interessos legítims.” Com podem veure pràcticament reproduïx la regulació anterior, si be ampliant els supòsits d’actes de tràmit qualificats.

que, encara que siguin posteriors, evidenciïn l'error de la resolució recorreguda; c) Que en la resolució hagin influït essencialment documents o testimonis declarats falsos per una sentència judicial ferma, anterior o posterior a aquella resolució; d) Que la resolució s'hagi dictat com a conseqüència de prevaricació, suborn, violència, maquinació fraudulenta o una altra conducta punible i s'hagi declarat així en virtut d'una sentència judicial ferma.

El recurs extraordinari de revisió s'interposarà quan es tracti d'un error de fet, que resulti dels mateixos documents incorporats a l'expedient dins del termini de quatre anys següents a la data de la notificació de la resolució impugnada. En la resta de casos el termini serà de tres mesos comptadors des del coneixement dels documents o des que la sentència judicial va quedar ferma.

El sistema de recursos administratius que hem descrit en els paràgrafs anteriors mereix algunes consideracions sobre la funció que compleixen, així com el seu caràcter preceptiu o voluntari. Aquest darrer aspecte es va plantejar singularment amb el recurs de reposició que va desaparèixer durant set anys per tornar-se a recuperar si bé de forma voluntària. Efectivament, l'any 1992 es va procedir a suprimir el recurs de reposició, ja que es va considerar que a l'ésser resolt pel mateix òrgan que l'havia dictat esdevenia pràcticament inútil, ja que difícilment canviaria de criteri. D'aquesta forma es considerava que es convertia en un retard per accedir a la via judicial contenciosa administrativa. Per aquesta raó la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú, únicament prèvia el recurs d'alçada al qual li va canviar la denominació per la de recurs ordinari. En el Preàmbul de la Llei es va justificar al·ludint a la "unificació dels recursos ordinaris" i a criteris de simplificació.

Ara bé, aquesta situació esdevenia insatisfactòria perquè projectava directament els assumptes d'escassa quantia a la via contenciosa administrativa. Així, mentre els actes que no posaven fi a la via administrativa els hi quedava la via del recurs d'alçada, per la resta s'havia d'anar a mitjans extraordinaris com les facultats de revocació i el recurs extraordinari en els casos taxats en que procedís. Això encara s'agreujava més

pel que feia als actes dictats pels ens locals, en els quals una gran majoria d'aquests són dictats per l'alcalde, el ple de l'ajuntament o la comissió de govern, òrgans que esgoten la via administrativa.

Per aquesta raó, l'any 1999 es va tornar a reintroduir el recurs de reposició si bé amb caràcter potestatiu o voluntari, seguint les recomanacions que s'havien formulat des de l'àmbit acadèmic i des del món local. En aquest sentit, la Llei 4/1999, de 13 de gener, de modificació de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, ho va justificar de la següent forma:

“Respecte al sistema de recursos que preveu el capítol II, es produeixen modificacions importants. En particular destaca l'establiment, en els articles 107 i 116 a 117, del recurs de reposició amb caràcter potestatiu, atenent, sobretot, els problemes plantejats en l'àmbit de l'Administració local. Es recupera, en el mateix article 107, el recurs d'alçada, que regulen amb la seva configuració tradicional els articles 114 i 115. Tot això juntament amb el recurs de revisió contra actes fermes que preveu l'article 108, del qual es precisa la causa segona de procedència del recurs en l'article 118.1, i s'introdueix en l'article 119 un tràmit d'inadmissió similar al que preveu per a la revisió d'ofici. Atesa la transcendència del sistema de recursos com a institució de garantia per als ciutadans, la disposició transitòria segona preveu que en els procediments iniciats abans de l'entrada en vigor de la modificació, aquesta no els és aplicable, excepte pel que fa al sistema de recursos”.

Cal dir que la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú, ha mantingut en les seves línies essencials el sistema precedent, amb alguna petita novetat com s'assenyala en el seu Preàmbul:

El títol V, de la revisió dels actes en via administrativa, manté les mateixes vies que preveia la Llei 30/1992, de 26 de novembre, i per tant es mantenen la revisió d'ofici i la tipologia de recursos administratius existents fins ara (alçada,

potestatiu de reposició i extraordinari de revisió). No obstant això, cal destacar com a novetat la possibilitat que quan una Administració hagi de resoldre una pluralitat de recursos administratius que portin causa d'un mateix acte administratiu i s'hagi interposat un recurs judicial contra una resolució administrativa o contra el corresponent acte presumpte desestimatori, l'òrgan administratiu pot acordar la suspensió del termini per resoldre fins que no es dicti un pronunciament judicial.

D'altra banda, cal esmentar que la Llei 39/2015 ha procedit a suprimir la reclamació prèvia a les vies judicials civil i laboral, quedant únicament subsistent en algun àmbit concret com les prestacions de la Seguretat Social. Això es justifica en el Preàmbul de la Llei de la següent forma:

“D'acord amb la voluntat de suprimir tràmits que, lluny de constituir un avantatge per als administrats, suposaven una càrrega que dificultava l'exercici dels seus drets, la Llei no preveu ja les reclamacions prèvies en via civil i laboral, a causa de l'escassa utilitat pràctica que han demostrat fins ara i que, d'aquesta manera, queden suprimides”.

La reforma del sistema de recursos passa per la funció que haurien de complir. Com hem vist anteriorment des del punt de vista de la garantia dels drets de la ciutadania poden complir una funció important en la mesura que es tracten de procediments que no requereixen preceptivament intervenció lletrada ni representació processal i que en un termini relativament curt pot donar resposta a la sol·licitud de reconsiderar l'actuació administrativa. Per tant, per al ciutadà el cost del recurs administratiu esdevé molt menor a la d'un plet judicial. El problema que plantegen els recursos quan són preceptius és quan l'Administració desaté la seva obligació de resoldre ja que, si bé la persona interessada pot acudir a la via contenciosa administrativa, ha vist endarrerit uns mesos la possibilitat d'adreçar-se al jutge. En aquestos casos, el recurs es converteix en un mer obstacle. En aquestos casos tampoc es compleix la funció de servir d'un mitjà de control dels òrgans superiors respecte als inferiors. Cal dir, que alguns autors⁶⁷ han defensat la

⁶⁷ Vid. Míguez Macho, L. (2016).

inconstitucionalitat del caràcter preceptiu del recurs d'alçada en quant vulneraria la tutela judicial efectiva la immediata executivitat de l'acte administratiu al no poder-se acudir durant la tramitació del recurs administratiu a l'òrgan judicial per tal que conegui de la suspensió.

En qualsevol cas, sembla que l'opció legislativa més encertada seria la d'establir el caràcter potestatiu o voluntari no solament del recurs de reposició, sinó també la del recurs d'alçada, de forma que la persona interessada pogués optar voluntàriament per intentar primer la via del recurs administratiu abans d'anar-se a un procés contenciós administratiu. El caràcter voluntari del recurs administratiu és, d'aquesta forma, més favorable a la funció de garantia per part del ciutadà. Pel que fa a la funció de control o supervisió que té actualment el recurs d'alçada, aquesta podria assolir-se per altres vies. Així, per exemple, d'acord amb el principi de jerarquia administrativa l'òrgan superior podria sol·licitar regularment informació al inferior sobre els procediments que ha resolt i els criteris que ha vingut aplicant, procedint en cas que observi alguna infracció legal a iniciar els procediments de revisió d'ofici o de revocació, segons procedeixi.

L'altra gran qüestió que plantegen els recursos administratius ve condicionada per la relació de jerarquia i de confiança entre l'òrgan superior i inferior que pot traduir-se en que en la resolució del recurs es procedeixi sistemàticament a confirmar la decisió administrativa, ja que l'òrgan administratiu es limitaria a aplicar els criteris d'interpretació de la legalitat que l'ha marcat el superior jeràrquic. Per aquest motiu, es planteja la possibilitat de substituir els recursos tradicionals per recursos on intervinguin òrgans col·legiats dotats d'una autonomia funcional que els situï en una posició de major imparcialitat, aspecte a qual dedicarem el següent apartat. Aquesta possibilitat si bé resulta factible i pot ser de gran utilitat en determinats àmbits planteja si hauria de ser o no generalitzada en tots els àmbits d'actuació administrativa. Tal opció hauria de ser, en qualsevol cas, avaluada des d'una perspectiva de cost i de si l'Administració disposaria dels efectius suficients per a dur-la a terme. En qualsevol cas, sembla oportú anar implantant-la en sector estratègics d'actuació administrativa, mantenint la via de recursos tradicional si bé configurant-la de forma voluntària tal i com anteriorment s'ha assenyalat.

En qualsevol cas, el que sembla adient és configurar diversos mitjans de resposta per a resoldre els conflictes entre la Administració i la ciutadania abans d'acudir a la via contenciosa administrativa⁶⁸.

2.2.2. La configuració de vies alternatives als recursos administratius tradicionals

L'art. 112.2 de l'LPAC preveu la possibilitat de substituir els recursos administratius per *altres procediments d'impugnació, reclamació, conciliació, mediació i arbitratge*, davant d'òrgans col·legiats o comissions específiques no sotmesos a instruccions jeràrquiques (amb autonomia funcional). Caldrà respectar els principis, garanties i terminis que la present Llei reconeix a les persones i a les persones interessades en tot procediment administratiu. D'acord amb el caràcter dels recursos administratius, aquests altres procediments tindran caràcter preceptiu si substitueixen el recurs d'alçada i caràcter potestatiu si substitueixen el recurs de reposició. L'aplicació d'aquests procediments en l'àmbit de l'Administració Local no podran suposar el desconeixement de les facultats resolutòries reconegudes als òrgans representatius electes establerts per la Llei.

Aquest article ve a recollir algunes experiències pioneres com la duta a terme pel Consell Tributari de Barcelona. Aquest òrgan administratiu va ser creat l'any 1988 per l'Ajuntament d'aquesta ciutat en ús de les seves facultats d'autoorganització. Es tractava de donar resposta a la supressió de la reclamació economicoadministrativa a la via local que havia realitzat la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora del règim local. Si bé aquesta supressió havia tingut com a finalitat la d'eliminar les tuteles que tenien les entitats locals, en consonància amb l'autonomia constitucionalment garantida, van suprimir un mecanisme del qual disposava el ciutadà per a combatre els actes administratius dictats pels Ajuntaments en matèria tributària. Aquest Consell emet dictàmens sobre les propostes de resolució que si bé no tenen caràcter vinculant gaudeixen d'una autoritat que fan que siguin acceptats per l'Administració a l'hora de resoldre els seus recursos.

⁶⁸ Vid. Tornos Mas, J. (2016: 807).

El Consell Tributari va rebre reconeixement legal amb la Llei 1/2006, de 13 de març, per la qual es regula el règim especial del municipi de Barcelona (art. 47). D'acord amb el Preàmbul d'aquesta Llei es regula com una particularitat:

“[...] la plasmació del Consell Tributari, òrgan existent actualment en l'estructura orgànica de l'Ajuntament, el balanç de funcionament del qual ha estat molt positiu, per la qual cosa es vol incloure la seva regulació a la Llei, aclarint d'aquesta manera el règim jurídic d'un organisme que intervé en la resolució dels recursos interposats pels ciutadans en matèria tributària”.

Aquest òrgan es basa en criteris d'independència tècnica, objectivitat, celeritat i gratuïtat. La seva composició, competències, organització i funcionament es regula, en el que no determina aquesta Llei, pel Reglament orgànic. Les funcions que té atribuïdes són les següents:

a) Dictaminar les propostes de resolució de recursos interposats contra els actes d'aplicació dels tributs i preus públics i altres ingressos de dret públic.

b) Informar, amb caràcter previ a la seva aprovació provisional, les ordenances reguladores dels ingressos de dret públic.

c) Atendre les queixes i suggeriments que presentin els contribuents sobre el conjunt de l'activitat tributària municipal.

d) Elaborar estudis i propostes en matèria tributària, quan ho sol·licitin els òrgans municipals competents.

La rellevància que ha assolit el Consell Tributari de Barcelona ve donada per la seva composició formada per destacats especialistes de prestigi que assegurin la qualitat de la decisió, així com la seva imparcialitat al no estar sotmès a criteris jeràrquics i tenir una estabilitat en el càrrec una vegada hagin estat anomenats.

L'altre àmbit en el que venen desplegant-se aquests mitjans alternatius és el de contractació del sector públic, que es van introduir a l'Estat espanyol a conseqüència del

Dret de la Unió Europea, en concret a partir fonamentalment de la Directiva 89/665/CEE, relativa a la coordinació de les disposicions legals reglamentàries i administratives referents a l'aplicació dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació dels contractes públics de subministrament i d'obres. Després d'unes sentències condemnatòries del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, ha regulat el recurs especial en matèria de contractació i ha conformat els trets bàsics que ha de tenir l'òrgan de l'Estat, així com el de les Comunitats Autònomes i Ens Locals que el resolgui. Es tracta d'un recurs que té caràcter potestatiu i que serà gratuït per als recurrents.

També podem destacar les comissions de reclamacions que en l'àmbit de les Universitats públiques preveu l'art. 66 de la Llei orgànica d'Universitats (LOU) per a resoldre les reclamacions plantejades respecte als procediments de selecció de professorat universitari. En aquest sentit la LOU preveu que "contra les propostes de les comissions dels concursos d'accés, els concursants podran presentar una reclamació davant el rector. Admesa a tràmit la reclamació, se suspendran els nomenaments fins a la seva resolució". També es preveu la composició de la Comissió de reclamacions formada "per set catedràtics d'universitat pertanyents a diversos àmbits de coneixement, designats en la forma que estableixin els estatuts, amb àmplia experiència docent i investigadora". La funció que té encomanda és la "d'examinar l'expedient relatiu a l'concurs per vetllar per les garanties establertes i ratificarà o no la proposta reclamada en el termini màxim de tres mesos, després del que el rector dictarà la resolució en congruència amb el que indiqui la comissió". Com veiem, en aquests casos la resolució del Rector s'ha de dictar "en congruència" amb la proposta de la Comissió. Fet que reforça aquesta proposta. El tema fonamental serà en quina mesura es tracta d'un control de legalitat i fins a quin punt podria entrar la Comissió de reclamacions en la valoració realitzada per l'òrgan de selecció. En qualsevol cas, davant aquesta resolució o el transcurs del termini establert, queda expedita la via contenciosa administrativa.

Més enllà de les especialitats assenyalades sembla que seria adient una reforma legislativa que més enllà de preveure la possibilitat de crear aquest tipus d'òrgans per la

normativa específica, establís el que seria un marc normatiu comú per aquests. Entre els aspectes que podria tenir aquesta regulació s'ha assenyalat⁶⁹: el seu caràcter obligatori, els trets essencials de la seva organització (on s'assegurés la independència i especialització, així com una composició mixta formada per juristes i altres membres que no ho fossin), un procediment que es pogués tramitar amb garanties però de forma ràpida i lleugera, els efectes suspensius, així com el contingut de les decisions (amb facultat d'anul·lació i retroacció, de canviar el seu contingut, així com d'exigir-ne el seu compliment). Des de la posició que es defensa en aquest treball es comparteixen els trets essencials, si bé caldria ponderar la necessitat del seu caràcter preceptiu. Des d'un punt de vista de tutela judicial seria tal vegada més adient el seu caràcter potestatiu o voluntari. En aquest punt creiem que seria més convenient incentivar aquesta via, per tal de descongestionar la jurisdicció contenciosa administrativa, mitjançant els efectes suspensius del recurs.

3. Valoració de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa durant dues dècades d'aplicació en institucions clau de la justícia administrativa

3.1. Evolució històrica del procés contenciós administratiu en l'ordenament jurídic espanyol

L'evolució del sistema espanyol de protecció jurisdiccional de drets i interessos legítims en relació a l'Administració pública ha estat construïda a través de la jurisdicció contenciosa administrativa. Els orígens d'aquest model estan inspirats en el sistema jurídic francès (*jurisdiction contentieux-administrative*) i estan basats en el control per un òrgan de la pròpia Administració (originalment el Consell Reial i més tard el Consell d'Estat), el qual evolucionaria vers un sistema de naturalesa completament judicial.

⁶⁹ Vid. Tornos Mas, J. (2016).

La jurisdicció contenciosa administrativa va ser establerta a través de la Llei de 2 d'abril de 1845 relativa a l'organització i funcions dels Consells provincials i, més tard, la Llei de 6 de juliol de 1845 sobre l'organització i atribucions del Consell Reial⁷⁰. La jurisdicció es va originar com un mecanisme dirigit a garantir el funcionament de la pròpia Administració. Per tant, la protecció de les posicions jurídiques romanien en un segon pla. Originalment consistia en un sistema de *Justice retenue* del Consell Reial (més endavant el Consell d'Estat). La jurisdicció era retinguda en la mesura que el Govern tenia, al menys formalment, la darrera paraula en acceptar les decisions del Consell Reial. En un segon nivell estaven els Consells provincials que mantenien un tènue vincle amb els Governadors civils que presidien aquests òrgans jurisdiccional. Els Consells Provincials tenien atribuïda una jurisdicció delegada. No obstant, és important subratllar que aquest tènue vincle dels Consells Provincials amb els Governadors Civils (inspirats en els Prefectes francesos) mentre presidien l'òrgan jurisdiccional.

Les matèries que s'atribuïen a la jurisdicció contenciosa administrativa estaven basades en un sistema de llista taxada que va ser ampliada per la legislació sectorial.⁷¹ Els assumpte no inclosos en aquesta llista es trobaven a l'àmbit de la jurisdicció civil. A més, la jurisdicció contenciosa administrativa era de naturalesa revisora d'una prèvia decisió administrativa que era necessària com un requisit processal per a que l'acte fos conegut per aquesta jurisdicció⁷². La jurisprudència va evolucionar de forma que l'acte administratiu esdevingué l'objecte del procés contenciós administratiu, determinant les pretensions de les parts i, per tant, el contingut de la sentència⁷³. En relació a les situacions jurídiques subjectives, solament els drets subjectius individuals podien ser objecte de protecció jurisdiccional, deixant els interessos legítims en mans de la decisió discrecional feta per l'Administració pública. D'aquesta manera, la infracció del dret com

70 El text d'aquestes llei, així com la resta de legislació històrica, por trobar-se en el treball de FERNANDEZ TORRES, J. R. (2007).

71 *Vid.* Aguado i Cudolà, V. (2000: 2427-2486).

72 Segons alguns autors, la jurisdicció contenciosa administrativa va ser estructurada inicialment com una jurisdicció revisora d'un acte administratiu previ *vid.* Nieto García, A. (1966: 27-50), (1968: 9-33); Betancor Rodríguez, A. (1992); Aguado i Cudolà, V. (2000). D'acord amb altres, estava estructurat de forma semblant al procés civil i va anar adquirint gradualment el seu caràcter revisor. En aquesta línia Parada Vázquez, J. R. (1968: 65-112), (1969: 41-70); Santamaría Pastor, J. A. (1975: 81-137) i (1973); Fernández Torres, J. R. (1998).

73 *Vid.* Betancor Rodríguez, A (1992).

a resultat d'una decisió administrativa esdevenia un criteri de delimitació de l'àmbit de la jurisdicció contenciosa administrativa⁷⁴.

Durant la Revolució de 1868, el model d'inspiració francesa de la jurisdicció contenciosa administrativa va ser posat en qüestió mentre l'Administració Pública era considerada com a jutge i part, reclamant-se la subjecció a la jurisdicció ordinària. Amb la Restauració de la Monarquia borbònica es va assolir una solució de compromís que va ser assolida per la Llei de 13 de setembre de 1888⁷⁵, coneguda pel nom del ministre responsable de la seva aprovació: la Llei Santamaría de Paredes. Aquesta llei establí un sistema harmònic en el que la jurisdicció contenciosa administrativa va ser atribuïda a un òrgan especial format per jutges i funcionaris (*Tribunal de lo contencioso-administrativo*). La finalitat i l'àmbit del contenciós administratiu va ser definit pels articles inicials de la Llei de 1888, en torn a la distinció entre actes reglats i actes discrecionals. D'aquesta manera el recurs contenciós administratiu tenia tres requisits que calia posar en relació amb la decisió impugnada: 1) que posés fi a la via administrativa (*causar estado*); 2) que emanés de l'Administració en l'exercici de potestats reglades; i 3) que infringís un dret de caràcter administratiu establert prèviament en favor del recurrent per una Llei, reglament o un altre precepte administratiu. Amb aquest enfoc, el sistema d'una llista taxada que havia estat establert per la legislació de 1845 i una específica legislació sectorial, va ser abandonat en favor d'una clàusula general per a determinar si el cas particular queia dins de l'àmbit de control de la jurisdicció contenciosa administrativa. En essència aquest nou enfoc es refereix a criteris de distribució entre les matèries de la jurisdicció contenciosa administrativa i la jurisdicció civil. La principal limitació de la Llei de 1888 va ser que les decisions administratives discrecionals quedaven fora del control del Tribunal, no hi havia recurs directe contra reglaments i havien limitacions en l'execució de sentències.

L'establiment d'un sistema purament judicial esdevé completament amb la Llei de 5 d'abril de 1904, coneguda amb el nom del Ministre que la va proposar: la Llei Maura. Des d'aquests moments, el Consell d'Estat es limitarà a realitzar funcions consultives,

74 *Vid.* Gómez Díaz, A. B. (2014: 89).

75 *Vid.* Martín Rebollo, L. (1975).

traslladant-se la jurisdicció sobre els assumptes contenciosos administratius als tribunals des de la Llei Maura. En aquell temps havia diversos tribunals col·legiats: Tribunal Suprem i Tribunals Provincials. Ha de subratllar-se que llavors el contenciós administratiu no podia ser decidit per un sol jutge.

La Llei de 1956 es va aprovar en el context de la Dictadura del General Franco. El control judicial de la legalitat de l'actuació administrativa va ser utilitzat per a legitimar el règim dictatorial, de tal forma que alguns autors afirmen que aquesta Llei amplien la consolidació de l'Estat de Dret⁷⁶. No obstant això, no es podia parlar d'Estat de Dret ja que la llei era el resultat de la voluntat imposada per un dictador, no havia una veritable separació de poders, i no havia garanties dels drets i llibertats fonamentals⁷⁷. En qualsevol cas, es tracta d'una legislació molt ben construïda tècnicament, amb la implicació de reconeguts Professors de Dret Administratiu (J. González Pérez⁷⁸, M. Ballbé Prunés), i l'ús de l'instrumentari de la moderna ciència jurídica processal.

La Llei de 1956 confirma que la jurisdicció contenciosa administrativa estava atribuïda als tribunals de justícia. Sota aquesta Llei, la organització de la planta judicial estava estructurada en les Sales de les Audiències Territorials i la Sala del Contenciós Administratiu del Tribunal Suprem. Els Tribunals territorials eren òrgans de nivell supra-provincials.

Com subratlla el Preàmbul de la Llei de 1956 "aquesta jurisdicció no es més que una espècie de la genèrica funció jurisdiccional i la naturalesa d'aquests processos no

76 *Vid.* Castán Tobeñas, J. (1963: 73). Aquest treball és un suplement de la segona edició del treball "El nuevo Estado español". Entre els arguments en base als quals volen demostrar les seves tesis trobem que: "entre les garanties tècniques i jurídiques tradicionals que serveixen per assegurar l'Estat de dret, cap té tanta importància com la llei de la jurisdicció contenciosa administrativa, especialment dins d'un sistema amb una essència judicial tan pura com la que governa a Espanya en virtut d'una legislació molt recent". Afegint a la nota a la pàgina 175: "Els èxits del legislador espanyol dirigits a l'afirmació i consolidació d'una etapa realment regida per l'Estat de dret culminen amb la Llei reguladora de la jurisdicció contenciós-administrativa del 27 de desembre de 1956, molt progressista".

77 *Vid.* Díaz, E. (1992). Giannini, M. S. (1987: 50-51) adverteix dels riscos de l'opinió segons la qual el Dret Administratiu és una conseqüència de l'Estat de Dret. D'aquesta manera, l'autor subratlla que "la identificació de l'Estat de Dret amb l'Estat que posseix un règim de Dret Administratiu és una manera molt adequada de fer contraban en la tesi que els estats feixistes eren estats governats per l'Estat de Dret".

78 Aquesta obra doctrinal es produeix a partir de González Pérez, J. (1955).

difereix en essència dels demés processos de coneixement, la Llei es limita a recollir les especialitats que tals processos ofereixen, remittint-se en tota la resta al que les lleis orgàniques i processals comunes”.

Entre les novetats que conté aquesta legislació, estava l'exigència que els jutges i magistrats d'aquesta jurisdicció fossin especialitzats en Dret Administratiu. Si bé es manté la terminologia tradicional (*recurso contencioso-administrativo*), es va construir como un procés judicial i no merament com una segona instància d'un procediment administratiu. La naturalesa revisora del contenciós administratiu es posa en qüestió. Des d'aquesta perspectiva, l'objecte del procés contenciós administratiu esdevé les pretensions de les parts en relació a l'activitat de l'Administració Pública subjecta al Dret Administratiu.⁷⁹ Per tant, l'acte administratiu ja no és més l'objecte del procés sinó un requisit processal para acceptar l'acció. Des d'aquesta nova perspectiva “l'acte no hauria d'esdevenir un obstacle per a impedir a les parts examinar les seves pretensions a través del control de la jurisdicció contenciosa administrativa” (Preàmbul de la Llei de 1956).

Un considerable avenç va ser l'eliminació de la distinció entre actes reglats i discrecionals, ja que aquests darrers quedaven fora del control jurisdiccional. Des d'aquest punt de vista, ja no es parla d'actes discrecionals sinó d'elements discrecionals de l'acte administratiu el qual era susceptible de control a través del contenciós administratiu. El problema d'aquesta Llei era l'àmplia definició dels actes polítics o actes de govern.⁸⁰ Dins d'aquesta noció podia trobar-se les decisions dictades en l' “exercici de funcions de policia respecte a la premsa, ràdio, cinematografia i teatre” (censura), així com aquells “actes els quals són dictats d'acord amb una llei que expressament els exclou de la via contenciosa administrativa”.

Entre els aspectes d'aquesta Llei que haurien de subratllar-se està l'establiment d'un recurs directe contra els reglaments. També ha de mencionar-se que la llei generalitza el mecanisme del silenci administratiu negatiu en l'àmbit de totes les

79 Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1953: 77-128).

80 Vid. GARRIDO CUENCA, N. M. (1998).

Administracions públiques, i permet el silenci positiu en aquells àmbits en els que la llei preveu expressament la seva existència.⁸¹

En ordre a descongestionar el Tribunal Suprem, el Decret-Llei 1/1977 va crear l'Audiència Nacional com a òrgan judicial centralitzat sobre tot el territori espanyol i especialitzat en assumir jurisdicció sobre els àmbits penal, laboral i contencions administratiu.

3.2. Rellevància constitucional de la justícia administrativa

La promulgació de la Constitució espanyola en 1978, va establir un nou marc jurídic per al contencions administratiu basat en certs principis fonamentals. En primer lloc, des d'un punt de vista subjectiu, el dret fonamental a la tutela judicial efectiva (article 24), estableix la protecció dels drets i interessos legítims⁸². Segon, des d'una perspectiva objectiva, els tribunals controlen l'exercici de la potestat reglamentària i el control de la legalitat de l'actuació administrativa (article 106.1). La funció jurisdiccional dels tribunals es basa, per tant, en la protecció de posicions jurídiques subjectives, la protecció de drets i interessos legítims⁸³, però addicionalment una funció que garanteix la legalitat en un sentit objectiu⁸⁴. Per tant, un jutge en el contencions administratiu té una posició substancialment diferent de la posició d'un jutge civil resolent controvèrsies privades,

81 *Vid.* AGUADO I CUDOLÀ, V. (2012: 306-309).

82 Segons E. García de Enterría (1989: 60) una de les conseqüències de l'art. 24 de la Constitució respecte a la tutela judicial és que: "[...] la justícia administrativa és una justícia de protecció de drets i interessos legítims [...] una protecció de posicions jurídiques subjectives".

83 Per alguns autors, de l'art. 24 de la Constitució es deriva que "la missió essencial de la jurisdicció contenciosa administrativa hauria de ser la protecció dels drets i interessos legítims de les parts en les seves relacions amb l'Administració. *Vid.*, S. (1999: 34). També s'ha assenyalat que: "l'article 24 del Text consitucional preveu una resposta lapidària al concebir la justícia administrativa com un mecanisme de protecció subjectiva de drets i interessos legítims, i no com un simple instrument de defensa de l'objectivitat jurídica al qual l'Administració ha de sotmetre's en les seves accions". *Vid.* Fernández Torres, J. R. (1998b).

84 STC 177/2011, de 8 de novembre, assenjala: "D'acord amb la doctrina constitucional, l'article 106.1 de la Constitució espanyola estableix 'un principi consubstancial amb l'Estat de Dret com és la subjecció de l'activitat dels poders públics a la totalitat de l'ordenament jurídic i la verificació d'aquesta subjecció. Principi de plena subjecció – sens immunitat de poder – de l'activitat administrativa (SSTC 66/1984, de 6 de juny, 238/1992, de 17 de desembre, 148/1993, de 29 d'abril, 78/1996, de 20 de maig, i 235/1998, de 4 de desembre) que, en el cas de l'Administració Pública, ha estat formulada expressament i específicament per l'art. 106.1 de la Constitució". (STC 31/2000, de 3 de febrer, FJ 5)".

d'aquesta forma a través de su autoritat de protecció judicial ell porta a terme una revisió de la legalitat de l'actuació administrativa. En efecte, l'ordre jurisdiccional civil està fonamentalment centrat en torn als drets i obligacions dels particulars. En contrast, l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu, a més de protegir drets subjectius, es refereix a interessos legítims els quals poden ser afectats per l'actuació administrativa,. És més, s'emfatitza que el control s'estén a tots els actes administratius, no havent excepcions constitucionalment possibles⁸⁵. No obstant això, el control judicial no s'estén a la substitució de les decisions administratives que són el resultat d'una potestat discrecional.

Alguns autors han subratllat la necessitat de conciliar la concepció subjectiva i objectiva de l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu. D'acord amb aquest plantejament, la jurisdicció no solament tindria la funció de protecció de drets i interessos legítims (art. 24.1 de la Constitució), sinó també el complet control d'assegurar la legalitat de l'actuació administrativa de protecció dels interessos generals, entre els quals s'inclouen els de caràcter col·lectiu (art. 106.1 de la Constitució)⁸⁶.

El dret fonamental a la tutela judicial efectiva⁸⁷ ha comportat canvis i transformacions profundes pel que fa al procés contenciós administratiu⁸⁸. Brevement, algunos de los principales cambios son los siguientes. D'entrada, "no permet constitucionalitzar totes les regles processals ni fer constitucionalment rellevant cap decisió judicial que apliqui una norma processal"⁸⁹. Això inclou el dret de les persones que tinguin un dret subjectiu o un interès legítim en relació amb l'activitat administrativa a demanar l'accés als òrgans judicials per obtenir resolucions fonamentades en la llei.

85 En aquest sentit E. García de Enterría subratlla com una altra de les conseqüències de l'art. 24 de la Constitució en relació a la jurisdicció contenciosa administrativa: "[...] l'extensió d'aquesta protecció com universal. La universalitat d'aquesta clausula general de protecció ha implicat la sobtada inconstitucionalitat de reglaments, que eren pocs en nombre, que prohibien, tancaven o limitaven el control judicial sobre determinades decisions". *Vid.* d'aquest autor (1999:60).

86 En aquest sentit Peñalver i Cabré, A. (2015: 201-203).

87 *Vid.* Picó i Junoy, J. (2011).

88 En aquest sentit Nettel Barrera, A. C. (2014: 392) on assenyala: "La jurisprudència constitucional ha estat un constant motor de funcionament de transformació del sistema de justícia administrativa a Espanya".

89 *Vid.* Alonso Ibáñez, M. R. (1996: 346).

D'acord amb el principi *pro actione*, també permet que la decisió judicial no aprofundeixi completament en la qüestió, sempre que la decisió es fundi per motius legalment estipulats i que la interpretació dels criteris formals per a aquests motius no es faci amb un rigor desproporcionat que sigui contrari a la raó de ser i la finalitat del procés, per tal de ser contrari a aquest dret fonamental. En base a aquest dret fonamental l'accés al procés contenciós és possible no solament mitjançant actes i documents expressos "sinó també aquells actes que cobreixen qualsevol forma d'expressió regulada per la llei o són tàcits o presumptes, perquè tots ells, no només els primers, poden caure en infraccions legals i requerir control judicial (Sentència del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de juliol).

El dret a la tutela judicial efectiva comprèn el dret a la tutela cautelar⁹⁰ així com assegurar que aquesta protecció judicial sigui efectiva. En cas contrari, "una possible decisió judicial favorable en relació amb la pretensió en qüestió no seria efectiva (contràriament a la previsió que conté l'art. 24.1 de la Constitució espanyola) per la preservació o consolidació irreversible de situacions contràries al dret o interès reconegut per l'òrgan judicial en un moment determinat "(Sentència del Tribunal Constitucional espanyol 238/1992, FJ 3). També s'inclou el dret a l'execució de sentències, ja que en cas contrari "les decisions judicials i els drets que s'hi reconeixen no serien més que meres declaracions d'intencions i, per tant, no es garantiria el dret a una protecció judicial efectiva.

Cal destacar que la Constitució estableix el principi d'unitat jurisdiccional com a base de l'organització i funcionament dels Tribunals, amb les particularitats de la jurisdicció militar d'acord amb els principis de la Constitució (art. 117.5). Aquest principi comporta que el contenciós administratiu no sigui una jurisdicció especial, sinó un ordre jurisdiccional més com el civil, penal, mercantil i social. El principi d'unitat jurisdiccional respon històricament a la necessitat d'acabar amb la proliferació i abusos de les

90 *Vid.* García de Enterría, E. (2006).

jurisdiccions especials⁹¹. No obstant això, això no és incompatible en que pugui existir especialització dels òrgans judicials per a conèixer determinats tipus d'assumptes.

També ha de subratllar-se que l'exercici de la potestat jurisdiccional en tot tipus de procés, que compren jutjar i executar el jutjat, correspon en exclusiva als Jutjats i Tribunals determinats per les lleis, segons les normes de competència i procediment que aquestes estableixin (art. 117.3). Tal precepte comporta que l'execució de les sentències en l'àmbit contenciós administratiu no poden quedar en mans de l'Administració⁹².

Igualment, s'ha considerat fins a quin punt un jutge hauria de ser capaç de substituir l'Administració en l'execució del judici condemnatori contra l'Administració. Segons alguns autors, "el poder de la substitució no només és capaç de fer més efectiva l'Administració, sinó que també defensa, protegeix i restableix la posició constitucional de l'Administració, tot i que tampoc" és la solució a la mala administració "ja que la funció de els òrgans judicials "no pot i no ha de ser sempre i contínuament per garantir la prestació de serveis públics.⁹³.

Desplegant la Constitució de 1978 la Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial va ser aprovada. A través d'aquesta Llei, els Tribunals Regionals van ser substituïts pels Tribunals Superiors de Justícia en las Comunitats Autònomes i es va preveure la creació de jutjats unipersonals del contenciós administratiu que no van esdevenir operatius fins l'any 1999.

De 1978 fins 1998 la Llei de 1956 va estar en vigor amb els ajustos realitzats per la jurisprudència, interpretant la Constitució. No obstant això, va ser necessari l'elaboració d'una nova llei per a donar resposta als reptes que s'anaven plantejant. En primer lloc, incorporar formalment els canvis derivats de la Constitució que havia derogat

⁹¹ Cal recordar la tristement célebre Llei de jurisdiccions de 23 de març de 1906 a través de la qual es sotmetia a la jurisdicció militar les ofenses orals o escrites contra la unitat de la pàtria, la bandera o l'exèrcit espanyol.

⁹² *Vid.* Font i Llovet, T. (1985).

⁹³ *Vid.* Beltrán de Felipe, M. (1995: 482).

les exclusions sobre l'abast del control jurisdiccional⁹⁴. En segon lloc, adaptar l'organització judicial a la estructura territorial del Estado que es basa en municipis, províncies i comunitats autònomes. Ha d'advertir-se que no hi ha una descentralització de la justícia, sinó que la descentralització és de tipus polític i administratiu⁹⁵. Les comunitats autònomes solament tenen competències sobre l'administració de l'administració de justícia. En tercer lloc, buscar solucions per evitar el col·lapse de la jurisdicció contenciosa administrativa a través de mesures bàsicament organitzatives i procedimentals

La Llei 29/1998 de 13 de juliol, es basa en el model establert per la Llei de 1956, si bé introdueix tot un seguit de novetats, que no sempre han tingut l'efectivitat pretesa⁹⁶. Pel que es refereix a l'abast del control judicial es fonamenta en el principi que tota l'activitat administrativa està subjecta a la Llei i al Dret. Sobre el tema dels actes polítics o de govern s'assenyala que el control sempre és possible en els següents aspectes: drets fonamentals, elements reglats i establiment d'indemnitzacions. Els decrets legislatius queden subjectes a control judicial en la mesura que excedeixin els límits de la delegació⁹⁷. El contenciós administratiu es basa en una clàusula general de control de la activitat de l'Administració subjecta a Dret administratiu. En la delimitació de les competències que correspon a aquesta jurisdicció ha de destacar-se que la Llei de 1998

⁹⁴ Per exemple, la jurisprudència va interpretar que el dret fonamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitució) havia derogat les limitacions formals al control jurisdiccional establertes per la Llei d'expropiació forçosa de 1954 (art. 126.2), segons les quals "el recurs haurà de fundar-se en lesió quan la quantitat fixada com just preu sigui inferior o superior en més d'una sisena part al que en tal concepte s'hagi al·legat pel recurrent o en el tràmit oportú". *Vid.* en aquesta línia la Sentència del Tribunal Suprem d'11 de juny de 1997.

⁹⁵ *Vid.* Aguado i Cudolà, V. (2011).

⁹⁶ Per Santamaría Pastor, J.A. la Llei de 1998 "resolvió muy pocas 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". *Vid.* d'aquest autor (2010: 36). Una visió especialment crítica amb la Ley de 1998 pot trobar-se a Huergo Lora, A. (2012: 41-73). Per aquest autor: "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 son pocos y escasamente afortunados. Una de las reformas más necesarias es la de objeto del proceso, que tiene restricciones que no existen en otros órdenes judiciales (como el civil) o en otros ordenamientos jurídicos".

⁹⁷ Segons una part destacada de la doctrina, els decrets legislatius en quant excedeixen de la delegació són equiparables als reglaments i, per tant, són susceptibles de control judicial. En aquest sentit *vid.* García de Enterría, E. (1981). Una posició diversa és la teoritzada per altres autors que entenen que la delegació legislativa no pot equiparar-se al reglament, especialment a partir de l'obra de Otto y Pardo, I. DE (1987).

atribueix la competència exclusiva en matèria de responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques.

A partir de la Llei de 1998 l'organització judicial està formada per Jutjats del contenciós administratiu, Sales del contenciós administratiu dels Tribunals Superiors de Justícia en cada Comunitat Autònoma, Jutjats Centrals del Contenciós administratiu, Sala del Contenciós administratiu de l'Audiència Nacional i Sala del Contenciós administratiu del Tribunal Suprem. La novetat de la Llei va ser la introducció dels jutges unipersonals per a descongestionar els tribunals col·legiats. Malgrat les resistències d'alguns autors que defensaven la composició col·legiada dels òrgans judicials, els jutges unipersonals s'han consolidat plenament. Segons les dades proporcionades per les memòries del Consell General del Poder Judicial hi ha uns 569 jutges i magistrats a la jurisdicció contenciosa administrativa, repartits entre els diversos òrgans jurisdiccionals anteriorment esmentats, que representen un 11% del total de jutges i magistrats espanyols⁹⁸.

Entre les novetats més significatives han d'esmentar-se la introducció de diversos tipus de recursos, la regulació de les mesures cautelars, l'execució de sentències, l'extensió a tercers dels efectes de les sentències i els recursos judicials. Pel que fa referència al procediment es distingeix entre uno ordinari i un abreujat (amb una major presència en aquest darrer de la oralitat). També trobem en la Llei procediments especial (procediment de protecció de drets fonamentals, qüestió d'il·legalitat, procediment en casos de prèvia suspensió de resolucions, procediments per assegurar la unitat del mercat, o procediment per a l'extinció de partits polítics)⁹⁹.

3.3. Valoració general de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, a les dues dècades de la seva aplicació

⁹⁸ Per a un exhaustiu anàlisi de les dades sociològiques de la jurisdicció contenciosa administrativa espanyola *vid.* Martín Rebollo, L. (2015: 413-422).

⁹⁹ *Vid.* Trayter Jiménez, J. M.: (2009: 315-351).

3.3.1. Àmbit i extensió de la jurisdicció contenciosa administrativa

Aquesta secció s'aproxima d'una forma molt general a algunes observacions realtiva a l'àmbit i extensió de la jurisdicció contenciós administrativa¹⁰⁰ L'àmbit inclou pretensions en relació amb l'actuació de l'Administració pública subjecta al Dret administratiu, sobre les disposicions generals de rang inferior a la Llei, i respecte als decrets legislatius en all`que excedeixi els límits de la subdelegació. Ha d'advertir-se, tanmateix, que per motius d'oportunitat o conveniència pràctica es subjecta a la jurisdicció contenciosa administrativa l'actuació materialment administrativa (personal, administració i gestió patrimonial) realitzada per òrgans públics que no formen part de l'Administració pública.

Inclou el recursos contra els actes de l'Administració Pública subjectes a Dret Administratiu, recursos contra reglament y contra decrets legislatius en allò que excedeixin de la delegació. Un criteri basat en la persona, l'Administració Públicaes combina amb un criteri funcional relatiu al tipus d'activitat que es duu a terme¹⁰¹. El criteri que es centra en l'Administració Pública és complementat amb els òrgans que no en forma part i que tenen rellevància constitucional. Ha d'advertir-se que per raons pràctiques i de conveniència l'actuació materialment administrativa que realitzen aquests òrgans (personal, contractació i gestió) està també subjecta a l'ordre contenciós administratiu.

La jurisdicció contenciosa administrativa també coneix qüestions relatives a la protecció de drets fonamentals, elements reglats i fixació d'indemnitzacions respecte els anomenats actes de govern. Per tant, aquests son susceptibles de control respecto a aquests. També en relació als contractes administratius i els actes de preparació i adjudicació dels demés contractes subjectes a la legislació sobre contractes de les administracions públiques (doctrina dels actes separables). Tanmateix dels actes i

100 Per un exhaustiu anàlisi fem remissió de forma general al treball de Moreu Carbonell, E. (2013). Aquí nosaltres ens limitem a realitzar algunes consideracions generals.

¹⁰¹ *Vid.* Moreu Carbonell, E. (2013).

disposicions de les corporacions de Dret públic, adoptats en el exercici de funcions públiques. A més els actes administratius de control o fiscalització respecte als dictats pels concessionaris dels serveis públics, així com els dictats directament per aquests “quan puguin ser recorreguts directament davant aquest ordre jurisdiccional de conformitat amb la legislació sectorial corresponent”. S’inclou també la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques com una competència exclusiva de la jurisdicció contenciosa administrativa. No obstant això, la unitat jurisdiccional dins la jurisdicció contenciosa administrativa no es encara completa, per exemple, la Llei 36/2011 de 10 d’octubre, reguladora de la jurisdicció social, atribueix “la reclamació de responsabilitat derivada dels danys soferts com a conseqüència de l’incompliment de la normativa de prevenció de riscos laborals que forma part de la relació funcional, estatutària o laboral” [Article 2.e)]¹⁰². I finalment altres matèries expressament assignades a aquesta jurisdicció per la Llei.

La Llei 29/1998 també estableix una sèrie de límits i exclusions de la jurisdicció contenciosa administrativa, especialment en la delimitació amb altres ordres jurisdiccionals amb altres ordres jurisdiccionals com el civil, social y penal, així com el contenciós disciplinari militar. Aquesta delimitació no resulta sempre clara sinó que en ocasions porta a conflictes com succeix, per exemple, entre l’ordre jurisdiccional social i el contenciós administratiu. Aquesta dualitat, tal i com ha estat subratllat, per a diverses causes tal com el fet que diferents criteris de delimitació són utilitzats (en el cas del contenciós administratiu pivota predominantment sobre l’Administració Pública mentre que en el cas de la jurisdicció social, al voltant del tema social), com també el fet que l’Administració Pública fonamentalment conté una dualitat de règims d’empleats públics: funcionaris subjectes al Dret administratiu i personal subjecte al Dret del Treball¹⁰³. La Llei també estableix certes exclusions i particularitats en la normativa tributària que pertany a les Assembles Generals dels Territoris Històrics d’Àlaba, Guipúscoa i Biscaia, així com les decisions de la Comissió Arbitral del País Basc. Aquesta darrera exclusió va ser fruit de la demanda dels partits nacionalistes bascos de conferir a aquestes normes

102 *Vid.* Moreu Carbonell, E. (2013).

103 *Vid.* Moreu Carbonell, E. (2013: 90-91).

un estatus semblant a les normes legals, atribuïnt el seu control al Tribunal Constitucional, ja que aquestes diputacions tenen una legitimació democràtica directa i aquestes tenen atribuïdes el pes de les competències autonòmiques.

3.3.2. Drets i interessos legítims.

La distinció entre drets subjectius i interessos legítims no és un criteri de delimitació entre la jurisdicció civil i la jurisdicció contenciosa administrativa, com succeix en altres països com Itàlia. Els òrgans judicials protegeixen drets i interessos legítims sobre matèries sotmeses al Dret administratiu. Aquesta distinció es va utilitzar no obstant això per la Llei de 1956 per a distingir el tipus de pretensions que les parts podien plantejar en el contenciós administratiu. Així els titulars d'interessos legítims solament podien plantejar pretensions de mera anul·lació, mentre que els titulars de drets subjectius podrien plantejar, a més, pretensions de restabliment de la situació alterada, és a dir de plena jurisdicció. No obstant això, aquesta distinció va quedar superada per la construcció doctrinal formulada per destacats autors com E. García de Enterría a través de la categoria dels “drets reaccionals o impugnatoris”¹⁰⁴. Segons aquesta construcció doctrinal, en els casos que una actuació administrativa il·legal perturbi l'esfera vital dels interessos d'un administrat, surgiria un dret subjectiu dirigit a eliminar aquesta actuació il·legal i al restabliment de la integritat dels seus interessos. En conseqüència, el concepte de interès legítim és utilitzat solament per a determinar la legitimació no per determinar l'objecte del contenciós administratiu.

El concepte d'interès legítim és utilitzat per a determinar la legitimació que permeti accedir a la jurisdicció contenciosa administrativa. Comporta “una relació material unívoca entre el subjecte i l'objecte de la pretensió (acte o disposició impugnats), de tal forma que la seva anul·lació produeixi automàticament un efecte positiu (benefici) o negatiu (perjudici) actual o futur però cert, havent-se d'entendre tal relació referida a un interès en sentit propi, qualificat, específic, actual o real (no potencial o hipotètic)”¹⁰⁵. La

¹⁰⁴ Vid. García de Enterría Martínez-Carande, E. (1975: 427-448).

¹⁰⁵ Vid. Botto Álvarez, A. (2014: 289).

noció d'interès legítim ha estat interpretada de forma àmplia per la jurisprudència incloent “qualsevol benefici que podria obtenir la persona interessada en la revisió de la decisió administrativa”. Segons alguns autors, no bastaria l'existència d'un mer interès sinó que aquest hauria de reunir quatre caràcters: propi, individualitzat, privat i legítim¹⁰⁶.

Aquest interès legítim no ha de confondre's, no obstant, amb un mer interès de legalitat. Aquesta qüestió s'ha plantejat, per exemple, en el cas de la posició del denunciador en un procediment administratiu sancionador. Així, la legitimació del denunciador ha estat un dels temes debatuts per la doctrina i la jurisprudència. Per una part, el reconèixer legitimació al denunciador pot ser la base de potencials abusos, com podria arribar a ser el fenomen de l'extorsió. Per una altra part, podria prevenir la impunitat de les infraccions administratives. Segons la jurisprudència la mera condició de denunciador no comporta automàticament l'existència d'un interès legítim. Resulta necessari per a considerar-se legitimat que a més de la condició de denunciador reuneixi també la de persona interessada. Així, per exemple, pot tenir un interès legítim per ser la víctima d'una lesió indemnitzable.

Els interessos legítims poden ser individuals o col·lectius. Quan parlem d'interessos col·lectius estarem en aquelles situacions que afecten a un conjunt de persones i que s'estructuren a través d'una organització com corporacions, associacions, sindicats i grups d'afectats amb capacitat processal, encara que aquest darrer cas no tinguin personalitat jurídica pròpia¹⁰⁷. Es tracta, en qualsevol cas, no d'una mera suma d'interessos individuals, sinó d'un interès que és compartit entre els diversos subjectes que hagin estat afectats. Com ha estat encertadament assenyalat, els interessos col·lectius “tenen com el seu objecte els béns públics que no són susceptibles d'una individual i exclusiva apropiació”¹⁰⁸. En contrast, interessos individuals susceptibles d'acció col·lectiva són aquells en què es produeixen “nombrosos casos de danys als

¹⁰⁶ *Vid.* Gómez Díaz, A. B. (2014: 539).

¹⁰⁷ *Vid.* Gómez Díaz, A. B. (2014: 317). Aquesta autora posa de relleu el que denomina la “dada crucial de l'organització” per a la conceptualització dels interessos col·lectius.

¹⁰⁸ *Vid.* Peñalver i Cabré, A. (2013: 152). *Vid.* també Peñalver i Cabré, A. (2015: 38-61).

drets i interessos individuals”¹⁰⁹. Com ha estat subratllat, el problema en aquest punt des de la perspectiva dels interessos col·lectius és la insuficiència de mecanismes per a la seva protecció jurisdiccional¹¹⁰.

L’acció pública per la que qualsevol ciutadà pot acudir a la jurisdicció contenciosa administrativa queda limitada als casos expressament previstos per la Ley com pot ser l’urbanisme, el medi ambient i el patrimoni cultural. A l’àmbit de l’urbanisme l’acció pública ha tingut escàs èxit com posa de relleu la construcció desenfrenada que s’ha produït al litoral espanyol¹¹¹. Ha d’advertir-se que també ha estat utilitzat com un instrument de les empreses per a competir pel mercat de la construcció. Per aquestes raons alguns autors defensen l’abolició de l’acció pública¹¹². Altres autors posen de relleu que aquesta acció forma part del dret a la tutela judicial efectiva quan ho prevue una legislació específica¹¹³. Possiblement més que contemplar la seva erradicació, haurien de donar-se els adequats per evitar aquests possibles abusos.

L’acció pública cal distingir-la de l’acció veïnal¹¹⁴. Aquesta darrera pot ser exercida pot ser exercida per un o més membres de la comunitat veïnal en nom i interès dels ens locals d’acord amb les previsions establertes a la legislació local (article 68 de la Llei 7/1985 de 2 d’abril, reguladora de les bases del règim local. Com s’ha posat de relleu, la acció veïnal pot ser exercida en substitució de l’ens local¹¹⁵, previ requeriment, per a la defensa dels drets i propietat dels membres de la comunitat. Es plantegen dubtes de si és un cas de legitimació indirecta, en que l’element central és la inactivitat de l’entitat

109 *Vid.* Peñalver i Cabré, A. (2013: 152).

110 *Vid.* Peñalver i Cabré, A. (2015: 61-67).

111 *Vid.* Gómez Díaz, A. B. (2014: 539).

112 *Vid.* Gómez Díaz, A. B. (2014: 540-541).

113 *Vid.* Peñalver i Cabré, A. (2015: 410-416).

114 *Vid.* Peñalver i Cabré, A. (2015: 471-475). Segons aquest autor, havia dos diferències fonamentals entre l’acció veïnal i l’acció pública: la primera no pot ser exercida per cap ciutadà, sinó només membres de la comunitat local registrats oficialment (veïns) i el seu "objectiu no és la defensa de la mera legalitat, sinó la protecció de la propietat local i els drets locals en circumstàncies on l’ens local estigui facultat per proporcionar-los protecció".

115 *Vid.* Gómez Díaz, A. B. (2014: 503).

local. De forma més precisa s'ha assenyalat que és “un cas específic de legitimació degut a l'atribució legal dels membres de la comunitat per a l'exercici de certes accions”¹¹⁶.

S'ha proposat que certes institucions públiques, com per exemple el Ministeri Fiscal¹¹⁷ i el Defensor del Poble¹¹⁸, tinguin una legitimació institucional per a la protecció d'interessos col·lectius. En relació al primer exemple, la legitimació està establerta en casos molts específics per a litigar en via judicial, mentre que en el segon cas es va proposar, però es va rebutjar durant la tramitació parlamentària de la llei de 1998, tot i que el Defensor del Poble és capaç de plantejar impugnacions constitucionals (recurs d'inconstitucionalitat) i sol·licituds de violació de drets fonamentals davant del recurs d'empara. En qualsevol cas, la possibilitat de reconèixer un paper per a aquestes institucions no hauria de comportar la substitució del *locus standi* dels ciutadans per la protecció dels interessos col·lectius, sinó la implicació de l'Estat en la defensa d'aquests interessos¹¹⁹.

3.3.3. Objecte del procés contenciós administratiu.

No resulta suficient proporcionar un adequat accés a la via judicial contenciosa administrativa¹²⁰, sinó també una adequada configuració del objecte del procés és necessària com un element estructural¹²¹. Com prèviament s'ha esmentat, l'objecte del procés contenciós administrativa esdevé les pretensions de les parts¹²² en relació a

116 *Vid.* Peñalver i Cabré, A. (2015: 474).

117 *Vid.* Gómez Díaz, A. B. (2014: 484-487); Peñalver i Cabré, A. (2015: 475-483).

118 *Vid.* Peñalver i Cabré, A. (2015: 483-484).

119 *Vid.* Peñalver i Cabré, A. (2015: 475).

120 De manera crítica, A. Huervo Lora (2012: 42), assenyalava que: “[...] el control judicial és obert i generós en qüestions com la legitimació, permetent a pràcticament qualsevol persona aturar, en alguns casos durant anys, les decisions públiques més importants, tot i que està fent tan poques vegades serveix per canviar-los o impedir-ne l'execució”.

121 Sobe el paper central de l'objecte del procés contenciós administratiu en el control de les Administracions públiques *vid.* Nettel Barrera, A. C. (2014: 341).

122 A. Huervo Lora assenyalava que: “la determinació de l'objecte és una qüestió de màxima importància perquè, a través d'ell, s'especifica què disputen les parts i què ha de decidir el Tribunal”. Vegeu, per aquest autor, (2012: 44-45). Continua dient com l'objecte del procés “depèn de la jurisdicció que té competència sobre la qüestió, l'òrgan competent i el procediment aplicable”. Aquest autor també afirma que, respecte a l'objecte, “la seva quantitat i objecte determinen la possibilitat de presentar certes reclamacions com les de recurs d'apel·lació i de recurs de casació”. També destaca una altra de les seves funcions “la de determinar l'abast objectiu de la cosa jutjada (cosa jutjada)”.

quatre tipus d'activitat administrativa. La Llei 29/1998 distingeix quatre tipus de pretensions: la declaració de no ser acord amb la llei, i en aquest cas l'anul·lació dels actes i reglaments susceptibles de ser impugnats (article 31.1); el reconeixement d'una situació individualitzada, i l'adopció de mesures adequades per al complet restabliment de la situació alterada, així com la indemnització per danys i perjudicis, quan sigui apropiat l'adopció de mesures adreçades al complet restabliment de la situació alterada, inclosa la compensació per danys i perjudicis (article 31.2); la condemna a l'Administració a complir amb les seves obligacions en els termes en que estiguin estipulades (article 32.1); així com la declaració que l'actuació és il·legal, l'ordre de cessament i altre tipus de mesures sota l'article 31.2 (article 32.2).

Aquestes pretensions estan connectades amb quatre tipus de processos contenciosos administratius d'acord amb el seu objecte: a) el tradicional procés contra els actes expresso i presumptes (article 25.1); b) el procés contra disposicions reglamentàries (article 25.1); c) el procés contra la inactivitat de l'Administració (articles 25.2 and 29); i d) el procés contra la via de fet (article 25.2 and 30). Aquesta vinculació ha estat objecte de crítica per alguns autors.

El tradicional procés contra els actes expressos i presumptes és disponible contra les decisions expressives i el silenci administratiu que han posat fi a la via administrativa¹²³, si són actes resolutori o de tràmit qualificats (quan estan decidits de forma directa o indirecta sobre el fons de l'assumpte; determinen la impossibilitat de continuar amb el procediment; o produeixen dany o perjudicis d'impossible o difícil reparació de drets i interessos legítims). El silenci administratiu ha estat considerat per la jurisprudència constitucional com una notificació defectuosa, de forma que "la impugnació jurisdiccional de denegació per silenci administratiu no està subjecta als terminis de prescripció

¹²³ Respecte els actes que posen fi a la via administrativa, veure l'article 114 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre sobre el procediment administratiu comú. Respecte a determinats tipus d'actes (els que no posen fi a la via administrativa), la Llei requereix el previ compliment de la via administrativa a través del recurs d'alçada com a requisit processal per accedir a la jurisdicció contenciosa administrativa, mentre que la resta de casos (els que posen fi a la via administrativa) es pot acudir voluntàriament dins la via administrativa (recurs de reposició) abans d'acudir a la via judicial, o bé interposar directament el recurs contenciós administratiu.

contemplats a l'article 46.1 de la Llei de 1998".¹²⁴ Ha de tenir-se en compte que la legislació preveu una clàusula general a favor del silenci positiu, amb excepcions en certs casps específics (fonamentalment, article 24 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, sobre el procediment administratiu comú de les Administracions públiques).

El procés relatiu a les diposicions reglamentàries pot realitzar-se de forma directa o bé de forma indirecta a través dels actes administratius d'aplicació. El recurs directe té l'avantatge que expulsa el reglament de l'ordenament jurídic amb efectes *erga omnes*, (la impugnació ha de realitzar-se en el termini de dos mesos des de la publicació en el butlletí oficial). El recurs indirecte va dirigit a l'acte que aplica el reglament. En aquest darrer cas, l'acte que l'aplica pot ser anul·lat però el reglament en si mateix no és expulsat de l'ordenament jurídic. Per a resoldre aquesta situació la Llei de 1998 ha previst la qüestió d'il·legalitat que permet a l'organ judicial competent expulsar definitivament el reglament de l'ordenament jurídic amb efectes *erga omnes*. Fonamentalment, és una qüestió de seguretat jurídica (Preàmbul de la Llei 29/1998).

El recurs contra la inactivitat de l'Administració (article 29.1)¹²⁵ és disponible quan l'Administració està obligada a realitzar una prestació concreta a favor d'un o més individus concrets en virtut d'una disposició general que no requereix actes d'aplicació o, en virtut d'un acte, contracte o acord administratiu. En aquests casos es possible un pretensió de condemna a realitzar l'obligació. El fer que es limiti a concretes obligacions requereix que altres possibles situacions d'inactivitat queden al marge de control. Quan, en un termini de tres mesos, l'acte sol·licitat no s'hagi completat o no s'hagi arribat a un acord, es disposa d'aquest tipus de processos. L'inconvenient és que es limita a beneficis específics dels quals s'exclou una gran part de la inacció administrativa

Una variant és el procés contra la inactivitat per l'execució d'un acte administratiu ferm (art. 29.2).¹²⁶ Si la petició per a l'execució d'un acte ferm no ha estat atesa durant

124 *Vid.* la STC 52/2014, de 10 d'abril.

125 *Vid.* Gómez Puente, M (2002); Aguado i Cudolà, V: (2001).

126 *Vid.* Vicente Domingo, R. de (2015).

un període d'un mes, el reclamant pot plantejar un recurs contenciós administratiu a través d'aquest procés. La singularitat d'aquesta variant és que pot ser duta a terme a través d'un procediment abreujat. Hagués estat més apropiat, d'acord amb alguns autors¹²⁷ vincular aquest recurs contra la inactivitat a un procediment més expeditiu a través d'un procés executiu.

El procés contra la via de fet és disponible respecta a actuacions materials de l'Administració que no tenen la cobertura legal necessària i lesionen drets i interessos legítims de qualsevol classe. En aquests casos, les parts interessades requeriran a l'Administració que cessi la seva activitat, si aquest requeriment no és atès per l'Administració en el termini de deu dies pot dur-se a terme aquesta acció.

L'avantatge d'ambdós processos contra la inactivitat de l'Administració i la via de fet és que tenen un règim més favorable per l'atorgament de mesures cautelars (article 136.1). Aquestes mesures seran concedides llevat en situacions en que sigui manifestament evident que no es compleixen els requisits dels articles 29 i 30 de la Llei, o mesures que suposin una greu pertorbació de l'interès general o de tercers, en els quals l'òrgan judicial ho tindrà en compte de forma detallada.

La principal crítica d'aquesta regulació és que per una part és que limita les pretensions de les parts respecte a uns casos específics i d'altra la connexió que es realitza entre les pretensions i els tipus de processos judicials. Al respecte, alguns autors¹²⁸ defensen una profunda reforma de la jurisdicció contenciosa administrativa basada en mantenir l'específica regulació de les pretensions aplicable en aquesta jurisdicció, com aquella relativa als actes administratius, tot i mantenir al mateix temps obertes les que les parts puguin portar, d'acord amb la legislació processal civil, que s'aplica com a incompliment a la legislació processal contenciós-administrativa. Aquests autors també proposen eliminar els terminis per presentar la reclamació o l'execució de la decisió, excepte el termini de prescripció legal aplicable en cada cas. Completant les

127 *Vid.* Aguado i Cudolà, V. (2001).

128 *Vid.* HUERGO LORA, A. (2012: 68-73).

seves propostes, aquests autors assenyalen que, tot i que sembla raonable exigir una reclamació durant la fase administrativa, això no hauria de conduir a una acció judicial limitada per la decisió administrativa original. El que és cert és que la jurisdicció contenciosa administrativa ha de proporcionar una major flexibilitat respecte a l'objecte del control judicial, evitant així que quedi limitada a certs tipus típics de reclamacions. Només mitjançant un debat profund sobre les qüestions que sorgeixen de les relacions jurídiques subjectes al dret administratiu, es pot realitzar una protecció efectiva dels drets i dels interessos legítims de les parts en un procediment judicial.

3.3.4. Perspectives de evolució

En aquest capítol hem realitzar un panorama general del tema de la justícia administrativa en el marc del dret espanyol. Arribat aquest punt, cal reflexionar breument sobre quina hauria de ser la funció de jurisdicció contenciosa administrativa i com es pot millorar la seva eficàcia. L'examen de l'evolució històrica d'aquest tipus de control jurisdiccional posa de manifest els avenços i les mancances en la protecció jurisdiccional dels drets i dels interessos legítims en relació amb les activitats de les administracions públiques. Ha passat d'una jurisdicció creada com a mecanisme d'autocontrol per l'Administració amb la finalitat d'assegurar el correcte funcionament de la mateixa (en què la protecció de les posicions dels ciutadans quedava relegada a un segon pla) a una jurisdicció atribuïda a la jurisdicció judicial. òrgans que han ampliat progressivament el seu àmbit de protecció i control, sobretot pel motiu del dret fonamental a una protecció judicial efectiva.

Per aquest motiu, actualment els autors més rellevants assenyalen que la funció primordial del procés contenciós-administratiu rau en la resolució de conflictes¹²⁹.

¹²⁹ *Vid.* M. GARCÍA PÉREZ (1999: 131) on assenjala: "[...] la jurisdicció contenciosa administrativa té com a objectiu primordial la protecció de les situacions jurídiques entre les parts. [...] La funció jurisdiccional es produeix en la preservació, o potser, en el restabliment de la integritat dels drets i interessos dels ciutadans"; de la mateixa manera a la pàgina 191: "La funció de la jurisdicció contenciós-administrativa es concep exclusivament com una funció judicial per a la resolució de conflictes i no necessàriament com una funció de revisió dels actes administratius" i a la p. 192: "El procés contenciós-administratiu hauria de ser per al Dret Administratiu el que és el procediment civil per al dret civil substantiu: un procés en el qual es transmeten situacions de conflicte entre parts en el context d'igualtat processal". En un sentit similar A.

Aquesta jurisdicció té com a raó d'estar fonamentalment la protecció dels drets i dels interessos legítims de les parts en conflicte. D'aquesta manera, el procés contenciós administratiu hauria d'adaptar la seva estructura i funcionalitat a aquesta funció.

La transició d'un Estat liberal a un Estat intervencionista en què les administracions públiques projecten les seves activitats en una àmplia gamma de camps, combinat amb un major grau de consciència dels ciutadans, ha generat un alt nivell de conflicte en els procediments de revisió judicial. A més, s'ha traduït en retards més grans en la resposta a les necessitats dels ciutadans. Un altre fet destacat són les mancances dels mecanismes de control, concebuts i planificats amb el pensament tradicional, que no sempre atenen adequadament les diverses formes d'activitat de les administracions públiques.

El dret a una protecció judicial efectiva està impregnat d'un contingut rellevant de caràcter prestacional¹³⁰. En efecte, per tal de proporcionar una protecció adequada als drets i als interessos legítims, cal exigir un desplegament significatiu de recursos humans i materials per part dels òrgans amb competència per a la revisió judicial. La jurisdicció contenciosa administrativa es pot concebre i s'ha de concebre com un servei públic en què l'administració de justícia es concep com un servei públic¹³¹ que s'hauria de prestar, entre condicions, igualtat, accessibilitat, regularitat i qualitat. Tot i això, la protecció jurisdiccional té alguns límits que es deriven dels recursos pressupostaris que es veuen especialment afectats per les crisis econòmiques.

HUERGO LORA: “[...] la seva principal funció és la protecció de drets i interessos legítims dels ciutadans i no una purificació d'accions administratives il·legals al marge de qualsevol interès privat.” Vegeu d'aquest autor (2000: 34). També Gómez Díaz, A. B. (2014: 131-134), titula “Justícia administrativa com un instrument de protecció del ciutadà davant de l'Administració en una societat en conflicte” assenyalant a la pàgina 134: “La jurisdicció contenciosa administrativa es, avui, l'únic vehicle institucional que existeix per a la resolució pacífica i racional d'aquests conflictes segons la Llei i no per força. I el seu fracàs és un problema per a l'Estat, ja que és la supervivència del propi Estat de Dret el que està en joc”..

130 Com subratlla la STC 99/1985 respecte a la naturalesa del dret a la tutela judicial efectiva “no és un dret de llibertat exercible sense més, directament de la Constitució, sinó més aviat un dret a prestacions [...]”.

131 *Vid.* Gómez Díaz, A. B (2014: 134-138).

El discurs actual se centra en la retirada de l'activitat administrativa cap a un estat garant i regulador. Aquest nou marc implica la transferència de l'exercici de les funcions públiques al sector privat, cosa que comporta una extensió del dret administratiu¹³² en el qual l'Administració Pública assumeix una posició de control i supervisió. Això implica que els mecanismes de control jurisdiccional adapta aquest nou esquema de relacions entre l'Estat i la societat civil¹³³, millorant l'eficiència del sistema.¹³⁴ En aquest procés de retirada de l'Administració i enfortiment del sector privat es fa rellevant la protecció dels interessos generals i del bé comú.

Entre els reptes actuals que afronta la jurisdicció contenciosa administrativa s'inclou la millora de l'eficàcia de la protecció de les diverses posicions jurídiques individuals i col·lectives. Tradicionalment, la jurisdicció contenciosa administrativa s'ha centrat només en situacions individuals. Queda, però, la necessitat d'una protecció més profunda dels interessos col·lectius relacionats amb la protecció dels drets de tercera generació (i, en certs casos, drets de segona generació) com el medi ambient, els drets dels consumidors, l'ús d'avenços científics i tecnològics, etc. .. Drets que sorgeixen en relació amb la idea de solidaritat.

El desafiament de la justícia administrativa vindrà els propers anys en oferir una protecció més eficaç dels drets i dels interessos legítims i, alhora, avançar pel que fa a la protecció dels interessos col·lectius. Això s'hauria de dur a terme en un context de recursos limitats per evitar la càrrega del sistema de justícia administrativa.

Tanmateix, el simple reconeixement d'aquests interessos o l'accés al control judicial per a la seva reparació no és suficient. L'àmplia justificació acceptable per a l'accés a la justícia administrativa no sempre correspon a mecanismes particulars que ofereixen una protecció suficient, centrada en la configuració tradicional de drets i interessos legítims. Més aviat, es requereixen mecanismes efectius, que inclouen, en

132 *Vid.* Esteve Pardo, J. (2012: 11-40).

133 *Vid.* Esteve Pardo, J. (2013).

134 *Vid.* Esteve Pardo, J. (2014: 101-108).

gran mesura, superar la limitació de les pretensions a procediments específics de control judicial i la normalització dels diversos tipus de pretensions, més enllà de les d'anul·lació i plena jurisdicció, permetent així una major implementació i generalització de pretensions de condemna judicial, ja sigui en relació amb la realització d'una acció material o l'ordenació d'un acte administratiu.

En opinió de l'autor, s'hauria d'emprendre una regulació profunda de l'objecte del control judicial per superar la limitació de les pretensions dins de l'estructura rígida actual del procés contenciós administratiu. En particular, s'hauria de reformar el procés contra la inactivitat de l'Administració per tal de facilitar un major control d'aquesta patologia. Segons l'opinió d'aquest autor, és adequat que el procés contra la inactivitat de l'Administració no es limiti a obtenir prestacions materials específiques, sinó que aquest control inclogui la possibilitat de dictar sentències condemnatòries que ordenin actes administratius, especialment en relació amb potestats discrecionals.

La visió general sobre l'evolució futura de la jurisdicció contenciosa administrativa inclou la necessitat d'introduir mesures legals per millorar la seva funció actual. En aquest sentit, són necessàries mesures que permetin racionalitzar els procediments per atendre en un termini raonable les reclamacions presentades pels ciutadans per superar els retards i la lentitud dels processos contenciosos administratius. D'aquesta manera sembla oportú insistir en el control d'alternatives als litigis mitjançant una reforma dels recursos administratius¹³⁵, establiment de processos d'impugnació, queixa, resolució, mediació i arbitratge que es poden mantenir a través d'òrgans col·legiats o comissions específiques no sotmeses a ordres jeràrquiques, que s'han previst en alguns casos mitjançant la legislació sectorial (com pot passar en matèria

135 Vid. *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, que posa de manifest la manca d'instruments judicials necessaris per evitar litigis, excepte en determinats àmbits específics, i la manca d'una justícia uniforme i ràpida que dissuadi els operadors jurídics d'iniciar-se en accions processals predeterminades a fracassar. L'informe està disponible a la següent adreça electrònica: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518528?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content->

[Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInforme_explicativo_y_propuesta_de_anteproyecto_de_ley_de_eficiencia_de_la_Jurisdiccion_Contencioso.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Secciones+especializadas.](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518528?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInforme_explicativo_y_propuesta_de_anteproyecto_de_ley_de_eficiencia_de_la_Jurisdiccion_Contencioso.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Secciones+especializadas)

tributària o administrativa) contractació). Aquests mecanismes alternatius podrien ser una manera de resoldre reclamacions comunes i quotidianes que, ja sigui per motius de cost o per lentitud del procés de revisió judicial, es podrien deixar sense una protecció judicial efectiva¹³⁶.

3.— Anàlisi jurisprudencial d'institucions clau: mesures cautelars, el control de la inactivitat administrativa i la via de fet, l'execució de sentències i el sistema de recursos judicials

3.1. —Les mesures cautelars

L'efectivitat de la tutela judicial comporta la necessitat d'un mecanisme de mesures cautelars. En l'àmbit contenciós administratiu la posició d'autotutela que gaudeixen les Administracions públiques posa encara més de relleu la importància d'aquest tipus de mesures. Una sistematització que condensa en nou punts de la doctrina dels tribunals en matèria de mesures cautelars es pot trobar en la Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala del Contenciós Administratiu Secció 5a) (Ponent: E. Puig Muñoz)¹³⁷

“La vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en adelante LJCA, establecida en el Capítulo II del Título VI, se integra por un sistema general (artículos 129 a 134) y

136 Pel que fa al tema dels procediments administratius de revisió i el seu caràcter alternatiu en relació amb la jurisdicció contenciosa administrativa, vegeu les Conferències de l'11a Conferència de l'Associació Espanyola de Professors de Dret Administratiu, celebrada a Saragossa el febrer de 2016. Les conferències estan disponibles a la següent adreça electrònica en el moment de l'escriptura: <www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-1181-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-XI-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx.

¹³⁷ Roj: ATSJ CAT 503/2020 - ECLI:ES:TSJCAT:2020:503A. Una exposició semblant d'aquesta doctrina, amb menys punts, pot trobar-se a la Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana (Sala del Contenciós Administratiu) 157/2020, de 6 de març de 2020 (Roj : STSJ CV 475/2020 - ECLI:ES:TSJCV:2020:475 Id Cendoj: 46250330012020100116)

dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el primero de ellos por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (periculum in mora y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial-y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia- sigue contando con

singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite, en un marco de provisionalidad, dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley". (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contra cautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza " que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3)."

D'aquesta síntesi de la doctrina jurisprudencial es posa de manifest el paper fonamental que té el *periculum in mora* relacionat amb la ponderació d'interessos, els

generals als quals serveixen per mandat constitucional les Administracions públiques i els interessos legítims dels particulars afectats per la mesura administrativa. Aquesta vinculació entre ambdós pressupòsits ha portat a una relació de vasos comunicants de forma que el caràcter greu o lleu de l'afectació dels interessos generals portarà a una major o menor exigència de perjudicis per tal d'atorgar la mesura cautelar. En aquest sentit s'ha assenyalat que¹³⁸:

"[...] cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto [...]"

Històricament, la mesura cautelar per excel·lència ha estat la suspensió de l'acte administratiu, que es concebia com una excepció a la presumpció de validesa i executivitat d'aquest tipus d'actes. Aquesta situació va ser sacsejada, com hem vist anteriorment, per la jurisprudència que va dictar el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, a partir de la Sentència *Factortame* de 1990 de la que es va fer ressò E. García de Enterría¹³⁹. Això es va fer de dues perspectives. La primera es centrava en que el *fumus boni iuris* o aparença de bon dret esdevenia un dels pressupòsits per a l'atorgament de les mesures cautelars. L'altra era la ampliar el ventall de mesures cautelars que no es limitaven a la suspensió, sinó que podien ser-ho de caràcter positiu, de forma semblant al que ha esdevingut en l'àmbit processal civil.

La LJCA de 1998 va recollir parcialment aquests plantejaments ja que si bé reconeixia la possibilitat de les mesures positives, no reconeixia explícitament el *fumus boni iuris*. El que si preveia era la possibilitat d'adoptar per raons d'urgència mesures

¹³⁸ Vid. Interlocutòria del Tribunal Suprem (Sala Tercera) de 3 de juny 1997. Aquesta és invocada per la Interlocutòria del TSJ de Madrid (Sala del Contenciós, Secció 2a) 571/2017, de 24 de juliol (Roj: STSJ M 7532/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:7532 Id Cendoj: 28079330022017100564).

¹³⁹ Vid. García de Enterría Martínez-Carande, E. (2006).

cautelaríssimes, atorgades *inaudita parte*. El Preàmbul de la LCA posa de manifest la rellevança:

“De les disposicions comunes sobresurt la regulació de les mesures cautelars. El desenvolupament espectacular d'aquestes mesures en la jurisprudència i la pràctica processal dels últims anys ha arribat a desbordar les previsions moderades de la legislació anterior, fet que certifica la seva antiguitat en aquest punt. La nova Llei actualitza considerablement la regulació de la matèria, amplia els tipus de mesures cautelars possibles i determina els criteris que han de servir de guia per a la seva adopció. Es parteix de la base que la justícia cautelar forma part del dret a la tutela efectiva, tal com declara la jurisprudència més recent, per la qual cosa l'adopció de mesures provisionals que permetin assegurar el resultat del procés no s'ha de preveure com una excepció, sinó com una facultat que l'òrgan judicial pot exercir sempre que sigui necessari. La Llei aborda aquesta qüestió mitjançant una regulació comuna a totes les mesures cautelars, tingui la naturalesa que tingui. El criteri per a la seva adopció consisteix en què l'execució de l'acte o l'aplicació de la disposició poden fer perdre la finalitat del recurs, però sempre sobre la base d'una ponderació prou motivada de tots els interessos en conflicte. A més, tenint en compte l'experiència dels últims anys i la major amplitud que avui té l'objecte del recurs contenciós administratiu, la suspensió de la disposició o l'acte recorregut no pot constituir ja l'única mesura cautelar possible. La Llei introdueix en conseqüència la possibilitat d'adoptar qualsevol mesura cautelar, fins i tot les de caràcter positiu. No hi ha per a això restriccions especials, atès el fonament comú a totes les mesures cautelars. Correspon al jutge o al tribunal determinar les que, segons les circumstàncies, siguin necessàries. Es regulen mesures «*inaudita parte debitoris*» —amb compareixença posterior sobre l'aixecament, el manteniment o la modificació de la mesura adoptada—, així com mesures prèvies a la interposició del recurs en els supòsits d'inactivitat o via de fet.”

Pel que fa a l'aparença de bon dret o *fumus boni iuris* el risc d'anticipar la decisió de fons, prejutjant l'assumpte, fa que la jurisprudència examini aquest criteri amb

prudència de forma que reconduex als supòsits en que s'ha al·lega una nul·litat de ple dret o en que s'impugnés un acte idèntic a d'altres impugnats anteriorment. En el cas que no es fes d'aquesta forma es produirira, com s'ha ressaltat, un efecte indesitjable com seria la vulneració d'un altre dret fonamental com el del procés amb les garanties degudes de contradicció i prova¹⁴⁰. Es convertiria el control jurisdicció ple en una justícia cautelar i sumaria en detriment de les garanties processals de les parts. La possibilitat de valorar l'argumentació dels recurrents als efectes d'apreciar l'existència de ha de realitzar-se en els límits estrictes del que suposa un incident de mesures cautelars i en la provisionalitat que comporta aquest tipus de mesures¹⁴¹. Per tant, no basta per a concedir la mesura cautelar amb qualsevol tipus d'aparença d'il·legalitat. Tampoc considera que pugui utilitzar-se l'aparença de bon dret per sí sola o de forma exclusiva¹⁴². En aquest sentit trobem, per exemple, la Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de Madrid 31/2017, de 25 de gener¹⁴³

“Ahora bien, como ha declarado en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo - entre otras muchas, Sentencias de 14 de abril de 2003 (casación 5020/99), 17 de marzo de 2008 (casación 1021/06) y 30 de marzo de 2009 (casación 790/08), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996 , 26 de febrero de 1998 , 21 de diciembre de 1999 , 22 de enero , 26 de febrero , 22 de julio y 23 de diciembre de 2000 , 2 de junio y 24 de noviembre de 2001 , 15 de junio y 13 de julio de 2002 y 22 de febrero de 2003 -, la doctrina sobre el fumus boni iuris requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al

¹⁴⁰ Vid. la STSJ de Madrid (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 2a) 618/2017, de 13 de setembre (Roj: STSJ M 9379/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:9379 Id Cendoj: 28079330022017100617).

¹⁴¹ Així es manifesta la STSJ esmentada en la nota anterior: “Es posible que: a) En el marco de provisionalidad que comportan siempre las medidas cautelares, b) dentro del ámbito limitado de la pieza de medidas cautelares; y c) sin prejuzgar tampoco lo que en su día declare la sentencia definitiva, el Auto de suspensión proceda a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar, de acuerdo con la doctrina del " fumus boni iuris" o de apariencia de buen Derecho”.

¹⁴² Vid. les SSTs de 23 de març de 2010 (rec 1481/2009) y 21 de diciembre de 2012 (cassació 5459/2011). També la STSJ de Madrid (Sala del Contenciós Administratiu) 294/2020, de 25 de juny (Roj: STSJ M 7479/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:7479 Id Cendoj: 28079330022020100286).

¹⁴³ Roj: STSJ M 939/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:939.

proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la Constitución), salvo en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otros ya impugnado judicialmente”.

Les decisions judicials si bé destaquen la innovació que va suposar el fumus boni iuris insisteixen en els seus límits, destacant-se que s’aconsella “prudència i restricció en la seva aplicació”. D’aquesta forma, pot veure’s la Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de Madrid 301/2019, de 10 d’abril (Roj: STSJ M 3296/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:3296)

“Por último, en relación con la doctrina sobre la apariencia de buen derecho - no idónea para sustentar, por sí sola o en exclusiva, la medida cautelar [por todas SSTs de 23 de marzo de 2010 (rec 1481/2009) y 21 de diciembre de 2012 (casación 5459/2011)]- si bien es cierto que, como innovación respecto de los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión y pese a la inexistencia de apoyo normativo expreso en nuestra legislación procesal específica, la doctrina jurisprudencial ha terminado por admitir la valoración, con carácter provisional y sin prejuzgar lo que, en su día, se declare en la sentencia definitiva, entre otros factores, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar, prevalece en el actual estado de la jurisprudencia una doctrina que acentúa sus límites y aconseja prudencia y restricción en su aplicación. En efecto, la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene circunscribiendo la operatividad del denominado fumus boni iuris a los supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, a los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, a la existencia de una sentencia que anule el acto en una instancia anterior aunque no sea firme y a la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad en virtud de

causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que no se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 CE , que reconoce el derecho del proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio [por todos AATS de 10 de octubre de 2018 (rec. 80/2018) y 31 de octubre de 2018 (rec 380/2018 , 381/2018 y 382/2018)]”.

En la mateixa línia d'interpretació continguda del *fumus boni iuris* trobem la Interlocutòria del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 4a) 150/2020, de 29 de juny:

“Como se infiere de lo anterior, el sustento de la decisión, dentro de los criterios tradicionales en materia cautelar, se canaliza a través de la aplicación de la apariencia de buen derecho ("*fumus boni iuris*"), que no resulta procedente en este caso, en atención a las siguientes razones. En primer lugar, porque no es un criterio previsto en nuestra Ley Jurisdiccional de 1998, pues aunque figuraba en el proyecto remitido a las Cortes, desapareció en la tramitación parlamentaria. Ahora, como señala nuestra jurisprudencia, ha pasado a tener ese efecto reflejo de la LEC. En segundo lugar, porque nuestra jurisprudencia antes y sobre todo después de la vigente LJCA, ha realizado advertencias sobre la exquisita prudencia que ha de guiar su aplicación. En este sentido, la STC 148/1993, 29 de abril, y las SSTs de 17 de diciembre de 2001 (recurso n.º 8520/1996) y de 15 de marzo de 2004 (recurso n.º 6127/2001), señalan que " el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal". En tercer lugar, porque la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho desde la vigente LJCA, limitando su aplicación, desde las sentencias de 17 de diciembre de 2001 (recurso n.º 1 8520/1996) y de 15 de septiembre de 2003 (recurso n.º 12/2000), entre otras, a los supuestos siguientes: 1) cuando concurre una nulidad de pleno derecho, siempre que sea

manifiesta y evidente, 2) cuando se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, 3) cuando hay una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, 4) cuando hay criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz”,

Les mesures cautelars positives han estat, sens dubtes, un dels grans avenços que s'ha produït en les més de dues dècades de vigència de la LJCA. Entre els exemples d'aquestes mesures positives podem trobar la no renovació dels concerts educatius. En aquest sentit, trobem la Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala del Contenciós Administratiu Secció 5a) (Ponent: E. PUIG MUÑOZ)¹⁴⁴

“Llegados a este punto hay que recordar que el Tribunal Supremo ha venido manteniendo que en los supuestos de denegación de prórroga de los conciertos educativos, el criterio es el de mantener 'la medida cautelar positiva concedida por los Tribunales Superiores de Justicia, si bien con la prestación de caución. Así, en la Sentencia de 29/06/2015 (recurso de casación 3399/2014) se analiza la medida cautelar positiva consistente en el otorgamiento del · concierto educativo que había sido otorgada por la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto frente al Auto de 02/07/2014, decisión confirmada por el ATSJA de 31/07/2014”.

La concessió de la mesura cautelar positiva que suposa la pròrroga del concert fins que es resolgui el fons de l'assumpte, es basa fonamentalment en el *periculum in mora* que suposen els danys i perjudicis d'impossible o difícil reparació en l'escolarització en aquest centres dels alumnes. Malgrat que no s'acredita la xifra concrete d'alumnes, ni els perjudicis econòmics en que això es traduiria, el tribunal acaba inferint-los com una conseqüència lògica.

¹⁴⁴ Roj: ATSJ CAT 503/2020 - ECLI:ES:TSJCAT:2020:503A

En sentit semblant la denegació d'una renovació d'una llicència d'autotaxi pot comportar l'atorgament de mesures cautelars positives de forma que aquesta consistirà en prorrogar "els efectes inherents al permís municipal de conductor de l'auto-taxi del que era beneficiari l'actor"¹⁴⁵. En aquest tipus de casos, els òrgans judicials distingeixen quan la llicència encara no ha estat atorgada, demanant-se a través de la mesura cautelar que s'atorgui, d'aquells casos en que ja ha estat atorgada anteriorment i del que es tracta és de la seva renovació i, per tant, la seva prolongació en el temps. Mentre que en els primers casos, no es considera procedent atorgar la mesura, en els segons casos sí que s'enten apropiat en el cas que concorrin els requisits per atorgar-la¹⁴⁶.

Pel que fa a la suspensió d'actes administratius de caràcter negatiu, cal dir que *comportarien* una conseqüència positives, han estat admesos en certs àmbits com l'estrangeria. Els tribunals distingeixen entre l'expulsió d'estrangers de territori espanyol i la concessió d'autoritzacions de residència i treball. En aquest punt cal esmentar la Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó (Burgos) 176/2015, d'11 de setembre¹⁴⁷

"Siendo estos hechos relevantes, también es necesario recordar lo que los Tribunales han venido diciendo y aplicando a cerca de la adopción de medidas cautelares positivas en el ámbito de la extranjería. Así al respecto se ha pronunciado esta Sala en sentencia de fecha 5.3.2010, dictada en el recurso de apelación núm. 306/2009 , y lo hace en los siguientes términos, que han sido reiterados en otras muchas sentencias, entre ellas las recordadas por la

¹⁴⁵ Vid. STSJ de Madrid (Sala del Contenciós Administratiu) 53/2017, d'1 de febrer (Roj: STSJ M 961/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:961 Id Cendoj: 28079330022017100050)

¹⁴⁶ En el cas plantejat s'afirma que: "es claro que concurren los requisitos legales exigidos para adoptar la medida cautelar. La efectividad de la sentencia está en un parte comprometida (entendida dicha efectividad, como hemos dicho antes, por la posibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos y no por el equivalente económico), pues al menos durante el tiempo que dure la tramitación del recurso el recurrente no podrá desempeñar su profesión de taxista. Además, concurre una clara pérdida de la finalidad legítima del recurso pues los perjuicios para el recurrente, de ejecutarse inmediatamente la resolución sin esperar a que recaiga sentencia firme, son patentes pues ha acreditado que su único medio de vida es el ejercicio de la profesión de taxista, constando que tiene obligación de abonar una pensión alimenticia a su hija, más otros gastos extraordinarios y, además, una pensión compensatoria, según sentencia de divorcio aportada".

¹⁴⁷ Roj: STSJ CL 4129/2015 - ECLI:ES:TSJCL:2015:4129 Id Cendoj: 09059330012015100165

Administración demandada: <>. En términos similares respecto a la concesión por vía cautelar del permiso de trabajo se pronuncia la sentencia del TS Sala 3ª de 9 enero 2008 , de la que ha sido Ponente Don Enrique Cáncer Lalanne, cuando al respecto señala lo siguiente: "Además el acto administrativo cuya suspensión se insta, es de naturaleza negativa (denegación del permiso de residencia y trabajo), y la adopción de la medida cautelar sería tanto como conceder jurisdiccionalmente el permiso denegado en vía administrativa." Este criterio ha sido reiteradamente aplicado por esta Sala y por otras Salas del mismo nombre de los demás Tribunales Superiores de Justicia, y se ha hecho porque con base en la citada Jurisprudencia del T.S. era norma general no adoptar una medida cautelar positiva frente a una resolución de carácter negativo, es decir que frente a una resolución que denegaba la autorización o renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, la regla general era no adoptar como medida cautelar la autorización provisional o prorroga de dicha autorización mientras durase la tramitación del correspondiente procedimiento jurisdiccional por considerar que se trataba de una medida cautelar positiva. Sin embargo, también hemos de recordar que este criterio reseñado del T.S. en lo que atañe a la materia de extranjería no ha podido ser corroborado o reformado en tiempos más recientes por dicho T.S. y ello por tratarse de una materia no susceptible de poder ser recurrida en casación, circunstancia esta que ha obligado a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia a entrar (sin el amparo del a unificación del TS) en el examen de la posibilidad o no de poder adoptar en determinados casos medidas cautelares positivas en materia de extranjería, y sobre todo cuando la resolución recurrida deniega la renovación de la autorización de un permiso de trabajo y residencia a un extranjero que ha venido disfrutando con anterioridad de sucesivos permisos de esta naturaleza. Y para recordar estos nuevos pasos que al respecto van abriendo diferentes sentencias de las Salas de lo Contencioso- Administrativo de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, reseñamos la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sec. 2ª del TSJ de Madrid de fecha 13.12.2012, nº 1713/2012, dictada en el rec. 1039/2011 (siendo ponente Cruz Mera, Fátima B. de la) que al respecto ofrece el interesante criterio sobre esta cuestión: <> En el mismo

sentido se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 7ª del TSJ de Madrid de 13.7.2012, nº 911/2012, dictada en el rec. 420/2012 (siendo ponente: Andrés Fuentes, Santiago de) cuando al respecto señala que: <>. Parecido criterio acoge la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, Sec. 2ª, de fecha 30.9.2010, nº 849/2010, dictada en el rec. 33/2010 (siendo ponente: Alonso Díaz-Marta, Leonor), reiterado en cuando al respecto esgrime lo siguiente: <>. Este mismo criterio ha sido reiterado en TSJ de Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 30-12-2010, nº 1216/2010, rec. 359/2010 . Pte: Sáez Doménech, Abel Ángel. Y mas recientemente esta Sala en sentencia de 11 de septiembre de 2013, dictada en el recurso de apelación 151/2013 se ha pronunciado sobre similar medida cautelar positiva en materia de extranjería con el siguiente tenor: <>. SÉPTIMO.- Sentados mencionados criterios jurisprudenciales y aplicando los mismos al concreto supuesto de autos, donde resulta que la apelante viene residiendo de forma legal y continuada en España desde al menos el año 2.011, que también desde este año, hasta la fecha en que se le ha denegado en vía administrativa la autorización de residencia de larga duración, ha desempeñado una actividad laboral por el tiempo que se recoge en el folio 67 de autos, durante el cual ha estado dada de alta, que en el momento de solicitar dicha autorización y de resolverse la misma, tenia contrato de trabajo en vigor y que la denegación de la autorización de residencia viene motivada en el dato esgrimido por la Administración de que durante dicho período no se ha trabajado el tiempo mínimo, circunstancia ésta que se trata de justificar en el recurso, invocando las razones que le obligaron a salir del territorio nacional para atender a su madre, teniendo en cuenta todas estas circunstancias, considera la Sala que la denegación de dicha solicitud con la consiguiente caducidad de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, ha provocado la extinción del citado contrato de trabajo y que la apelante no pueda trabajar legalmente en España, amen de que tampoco pueda recibir la asistencia sanitaria con normalidad, consecuencias todas ellas que llevan a la Sala a considerar que en el presente supuesto de no adoptarse la medida cautelar positiva, consistente en prorrogar la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, que

venía disfrutando la recurrente en el momento de formular la solicitud de la renovación de la autorización, hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento principal, se causarían al solicitante daños de imposible o muy difícil reparación, que en cierto modo harían perder, al menos en parte, al recurso su finalidad legítima; e insiste la Sala en que de no adoptarse dicha medida, se causarían tales perjuicios, porque la solicitante no solo perdería el contrato de trabajo que tenía en vigor, sino que además no podría trabajar legalmente en ningún otro trabajo, no pudiendo percibir ingresos para atender a sus sustento, ni podría estar dada de alta en la Seguridad Social, con el consiguiente perjuicio en el ámbito de su asistencia sanitaria. La Sala al adoptar esta medida cautelar de naturaleza positiva lo hace teniendo en cuenta la prórroga automática que contempla el art. 71.1 del RD 557/2011 por el que se aprueba el nuevo Reglamento de Extranjería para cuando se solicita la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, considerando que situación similar a la producida en vía administrativa se produce en vía jurisdiccional, cuando se impugna una resolución que deniega la autorización, autorización que de facto, en el caso de concederse permitiría continuar con la residencia legal del extranjero en España; y también ha tenido en cuenta la Sala que al acordar dicha prórroga no está concediendo una "autorización ex novo", primero porque no estamos ante un supuesto en que lo denegado en vía administrativa fuera una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, sino ante un caso en el que el extranjero había sido beneficiado de una previa autorización, estando la última en vigor cuando formuló la solicitud de renovación. Y la Sala también es consciente de que con el criterio aquí adoptado modifica su criterio anterior de no adoptar medida cautelar positiva en materia de extranjería; y este cambio de criterio que lleva también a revocar el Auto apelado lo adopta la Sala a la vista de las concretas circunstancias que concurren en el supuesto de autos y de los evidentes perjuicios irreparables o de muy difícil reparación que se derivarían para la apelante de no adoptarse dicha medida. Además, considera la Sala que en este cambio de criterio que no se verifica con carácter general sino enjuiciando caso por caso y tras acreditarse de forma bastante esos perjuicios de imposible reparación, tiene también mucho que ver los

importantes cambios tanto jurídicos, como sociales que concurren en el ámbito de la extranjería en España, jurídicos desde el momento en que legal y reglamentariamente se les ha limitado ciertos derechos, entre ellos, el de la normal asistencia sanitaria, cuando carecen de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, y sociales por cuanto que muchos de los extranjeros que acuden demandando tutela judicial, como en el caso de autos, no son personas que acaban de entrar en territorio español, sin ningún tipo de permiso, ni de arraigo en España, sino ciudadanos extranjeros que no solo llevan mucho tiempo en España, sino que además durante este tiempo han venido trabajando y residiendo de forma legal y continuada por lo que también concurre en ellos un verdadero arraigo laboral y social. Todas estas consideraciones son las que han llevado a la Sala a volver a enjuiciar el alcance de las llamadas medidas cautelares positivas en el ámbito de la extranjería, y por ello a resolver el presente recurso de apelación en los términos dichos, es decir estimando parcialmente dicho recurso de apelación para revocar el Auto apelado y en su lugar dictar nueva resolución que estimando parcialmente la medida cautelar solicitada se acuerde, no que se conceda una autorización expresa que permita a la recurrente residir y trabajar en España, sino que acuerda como medida cautelar la prórroga de la vigencia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena que venía disfrutando en el momento de formular su solicitud de renovación de dicha solicitud, prórroga que se acuerda hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento principal; y ello es así porque de este modo se permite a la apelante que pueda seguir trabajando para poder atender sus necesidades y que pueda seguir recibiendo asistencia sanitaria como lo había venido haciendo con anterioridad. Por otro lado, considera la Sala que la adopción de esta prórroga temporal no causa perjuicios a los intereses generales, ni a terceros, ya que en definitiva lo que se está permitido con dicha prórroga es que continúe durante el proceso la situación jurídica ya preexistente y que ha perdurado con normalidad durante varios años, sin que por otro lado se haya introducido autorizaciones inexistentes o novedosas, que no ha^oya disfrutado con anterioridad la apelante y con ello se impide además la efectividad de cualquier apercibimiento o salida del territorio nacional que la denegación conlleva. Por lo

expuesto procede estimar el presente recurso de apelación y también parcialmente la medida cautelar solicitada en los términos ya reseñados.”

No obstant això, la seva aplicació a actes autoritzatoris comportaria una anticipació provisional, per la qual cosa els òrgans judicials són contraris al seu atorgament. En aquesta línia trobem la Interlocutòria del TSJ de Madrid (Sala del Contenciós Administratiu) 384/2017, de 25 d'abril (Roj: STSJ M 6041/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:6041 Id Cendoj: 28079330022017100402):

“Ciertamente, es cierto que el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de suspender la ejecutividad de actos de contenido negativo. Así, por ejemplo, como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011, rec. 3941/2009 , "en materia de extranjería, como evidenció la sentencia de 16 de mayo de 2000 (casación 1953/97 , FJ 1º)EDJ 2000/19524 ,que invocando otros pronunciamientos, en particular las sentencias de 13 de marzo de 1999 (casación 6337/95) EDJ 1999/9830 y 28 de septiembre de 1999 (casación 2000/95) , explicó que, si bien la denegación de la exención de visado es un acto de contenido negativo, la obligación de salir del territorio español tiene un evidente carácter positivo, por lo que, aun impuesta legalmente, es susceptible de suspensión cautelar. En otros casos, relacionados con la misma materia, en los que se denegaba una tarjeta de residencia de un estudiante (p. ej.: la sentencia de 16 de julio de 2002 (casación 7922/99)), la Sala tomó en consideración varias circunstancias concurrentes, como el arraigo, los estudios universitarios cursados y sobre todo la consecuencia "positiva " del acto denegatorio, que era la salida de nuestro país, circunstancia que modificaba sustancialmente la situación de quien recurría ". Ahora bien, como igualmente se ocupa de recordar la expresada Sentencia de 10 de octubre de 2011 , " Por el contrario, tratándose de concesiones administrativas y actos autorizatorios en general la solución ha sido la contraria. En la sentencia de 12 de abril de 2001 (casación 3625/99 , FJ 4º) enfatizamos que el acto recurrido era una decisión de contenido negativo (puesto que se limitaba a no conceder una licencia) y que, por ello, no podía accederse a la suspensión si no se

quería convertir a la suspensión en un acto positivo de anticipación provisional de la licencia discutida, lo que excede de la naturaleza de tal medida cautelar. La denegación de la licencia (en cuanto acto de contenido negativo) deja la situación histórica tal como estaba, no innova nada, lo que significa que los posibles daños y perjuicios que por el cese de la actividad pueden producirse no derivan de esa denegación, sino de un acto propio anterior del solicitante, al desenvolverse como si la autorización existiera ". Y esto es, cabalmente, lo que acaecería de dar lugar a la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada, que ordena la clausura y precinto de la actividad de restaurante y almacén, lo que comportaría una anticipación provisional de la licencia de actividad y funcionamiento requerida”

El caràcter innominat de les mesures positives comporta el seu caràcter eminentment casuístic trobant-se exemples molt singulars. Entre aquest pot esmentar-se, per exemple, la mesura consistent en la transferència de l'Administració de l'Estat a favor d'una Universitat fruit de l'import d'una subvenció nominativa atorgada per un conveni subscrit entre ambdues entitats públiques¹⁴⁸. Cal dir que es tracta d'un cas singular perquè es planteja en el marc d'un procés interadministratiu i en el marc d'un recurs contra la inactivitat de l'Administració.

L'impacte de la situació d'emergència sanitària amb la COVID ha tingut també la repercussió en les mesures cautelars. D'aquesta forma la Interlocutòria del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 4a) de 16 de juny de 2020¹⁴⁹. En aquest cas, es sol·licitava la suspensió d'una Ordre sobre les condicions en les que han de desenvolupar-se els desplaçaments per part de la població infantil durant la situació de crisi sanitària ocasionada pel COVID-19.

“Las normas de protección sanitaria contra la infección del coronavirus 2019 y para prevenir su contagio son evolutivas y cambiantes como la propia enfermedad

¹⁴⁸ Vid. la STS (Sala 3a del Contenciós Administratiu) de 3 de desembre de 2013 (Ponent. E ESPIN TEMPLADO). La quantitat a la que fa referència aquesta mesura cautelar és ni més ni menys que de tres milions d'euros.

¹⁴⁹ Roj: ATS 3923/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3923A Id Cendoj: 28079130042020200066

[Cfr. ATC 40/2020, de 30 de abril, FJ 4 b) ii)]. La pretensión principal del recurrente ha sido la de suspensión de la vigencia de la Orden SND 370/2020, de 25 de abril, que es menos limitativa de los derechos de los menores de 14 años que el Real Decreto 492/2020, por las razones que explicamos con claridad en el auto que se impugna. Por eso si la petición de suspensión cautelar de la Orden hubiera sido atendida habría desaparecido la ampliación de derechos que contempla dicha disposición y habría que haber estado, en obligado respeto al sistema de fuentes, al nuevo artículo 7.2 del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, de prórroga del estado de alarma, lo que -como razonamos- habría modificado " in pejus" la posición del propio actor, razón que justificó denegar su pretensión principal. La insistencia del actor nos lleva a explicitar que, en una situación de crisis pandémica como la que padecemos, las razones a favor de suspender la normativa excepcional provisional adoptada para contrarrestar la enfermedad debieron ser tan serias y graves como para hacer difícilmente discutible la adopción de una medida provisional como la solicitada. Es claro que la Sala no apreció esa consistencia en la petición de suspensión del recurrente, criterio que ahora se confirma”

3.2. —El control de la inactivitat de l'Administració

La inactivitat de l'Administració ha estat una de les patologies en que s'ha evidenciat la necessitat de mecanismes processals adequats per a poder combatre-la. Tradicionalment, el control de la inactivitat s'ha centrat en l'àmbit procedimental, a través de les tècniques del silenci administratiu i de la caducitat del procediment administratiu. Més problemàtic ha estat, en canvi, l'àmbit de l'anomenada inactivitat material consistent en l'omissió de la realització de les prestacions a les quals està obligada l'Administració competent. Davant la manca de mecanismes es vehiculava també a través del silenci administratiu. No obstant això, aquesta via esdevenia insuficient i insatisfactòria. Per aquest motiu, els autors reclamaven una reforma legislativa que proporcionés instruments judicials per a fer-hi front. Per aquesta raó quan es va dur a terme en 1998 la reforma que va suposar l'actual LJCA es va introduir l'anomenat recurs contra la

inactivitat de l'Administració (art. 29). La introducció d'aquests recursos es va justificar en el Preàmbul de la Llei de la següent forma:'

“Reclamat llargament per la doctrina jurídica, la Llei crea un recurs contra la inactivitat de l'Administració, que té precedents en altres ordenaments europeus. El recurs s'adreça a obtenir de l'Administració, mitjançant la sentència corresponent de condemna, una prestació material deguda o l'adopció d'un acte exprés en procediments iniciats d'ofici, allà on no s'admet el mecanisme del silenci administratiu. D'aquesta manera, s'atorga un instrument jurídic al ciutadà per combatre la passivitat i les dilacions administratives. És clar que aquest remei no permet als òrgans judicials substituir l'Administració en aspectes de la seva activitat no prefigurats pel dret, incloent-hi la discrecionalitat en el «quando» d'una decisió o d'una actuació material, ni els faculta per traduir en mandats precisos les genèriques i indeterminades habilitacions o obligacions legals de creació de serveis o realització d'activitats, ja que en aquest cas estarien envaint les funcions pròpies d'aquella. I per això la Llei es refereix sempre a prestacions concretes i a actes que tenen un termini legal per a la seva adopció i per això la sentència eventual de condemna ha d'ordenar estrictament el compliment de les obligacions administratives en els termes concrets en què estiguin establertes. El recurs contenciós administratiu, per la seva naturalesa, no pot posar remei a tots els casos d'indolència, lentitud i ineficàcia administratives, sinó tan sols garantir el compliment exacte de la legalitat”.

La declaració de voluntat que es realitza en el Preàmbul es concreta en el text articulat fonamentalment a través dels arts. 25 i 29 de la LJCA. En el primer d'aquests es distingeix en el primer apartat la impugnació d'actes expressos i presumptes de l'Administració pública, mentre que el segon es refereix a el recurs contra la inactivitat de l'Administració i contra les seves actuacions materials que constitueixin via de fet. En el cas de l'apartat segon relatiu a la inactivitat troba el seu desenvolupament en l'art. 29 en on es distingeixen al seu torn dos supòsits: el relatiu a la inactivitat en relació a una

prestació concreta en favor d'una o diverses persones indeterminades i el que es refereix a la inactivitat per la no execució dels seus actes fermes.

La determinació del que cal entendre per prestació concreta resultarà fonamental per a determinar la procedència d'aquest recurs per a controlar la inactivitat de l'Administració. Aquest recurs contra la inactivitat té com pressupost l'existència d'una relació obligatòria en la qual la part actora ostenti un dret a una prestació i la part demandada té una correlativa obligació a satisfer-la. En aquests casos, la pretensió que correspondria seria la de condemna. Així ho assenyala l'art. 32.1 de la LJCA: "Quan el recurs es dirigeixi contra la inactivitat de l'Administració pública, d'acord amb el que disposa 196 Dimecres 29 juliol 1998 Suplement núm. 4 l'article 29, el demandant pot pretendre de l'òrgan jurisdiccional que condemni l'Administració al compliment de les seves obligacions en els termes concrets en què estiguin establertes". En canvi, la mera previsió de deures o mandats genèrics que precisin un acte d'aplicació no quedarien coberts a través d'aquest recurs, sinó que en el seu cas haurien de plantejar-se a través d'un recurs contenciós contra actes expressos o presumptes. En aquest darrer cas, les pretensions que correspondrien serien les d'anul·lació, així com "el reconeixement d'una situació jurídica individualitzada i l'adopció de les mesures adequades per al ple restabliment d'aquesta, entre altres la indemnització dels danys i els perjudicis, quan sigui procedent" (art. 31 de la LJCA). Com manifesta la STS (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 3a) 187/2019, de 18 de febrer¹⁵⁰:

"La acción prevista en este precepto no pretende remediar cualquier incumplimiento administrativo, sino que está destinada a exigir prestaciones concretas, sobre cuya existencia no se debate, derivadas de una disposición general (siempre que no precise de actos de aplicación) o de un contrato o convenio, pretendiendo, en consecuencia, el cumplimiento de obligaciones o prestaciones que ya han sido previamente establecidas".

¹⁵⁰ Roj: STS 409/2019 - ECLI:ES:TS:2019:409 Id Cendoj: 28079130032019100036

Una particular consideració té la inactivitat reglamentària. És a dir, l'incompliment dels mandats legals al Govern i a l'Administració de regular una matèria per reglament desplegant la Llei. Els terminis en aquest cas poden qualificar-se com a imperatius, des del punt de vista que han de complir-se, però no essencials, de forma en el cas de dictar-se forma de termini que comportés la invalidesa del reglament¹⁵¹. Es tracta de l'exercici d'una potestat que ha estat considerat àmpliament discrecional, fet que ha dificultat el seu control. Les facultats de control queden limitades a la condemna, no podent-se substituir al titular de la potestat reglamentària. Així, l'art. 71.2 de la LJCA estableix que: "Els òrgans jurisdiccionals no poden determinar la forma en la qual han de quedar redactats els preceptes d'una disposició general en substitució dels que anul·lin ni poden determinar el contingut discrecional dels actes anul·lats". No obstant això, la jurisprudència ve admetent la possibilitat que els òrgans judicials pronunciïn sentències condemnatòries a dictar un reglament. En aquest sentit, podem destacar diverses sentències on s'estimen recursos contenciosos administratius en els que s'obliga a dictar normes reglamentàries.

Així trobem la STS (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 4a) 553/2018, de 5 d'abril, relativa al desplegament de la Llei de la Ciència, la Tecnologia i la Innovació¹⁵². Aquesta sentència recolza la seva condemna dictar un reglament no solament en l'incompliment del termini fixat per la Llei, sinó també en la situació jurídica que se'n deriva d'aquest incompliment. D'aquesta forma, senta com a doctrina general que:

"[...] únicamente es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria

¹⁵¹ Vid. la STS (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 4a) 553/2018, de 5 d'abril (Roj: STS 1519/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1519 Id Cendoj: 28079130042018100181).

¹⁵² Roj: STS 1519/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1519 Id Cendoj: 28079130042018100181

supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley o la Directiva que el Reglamento trata de desarrollar y ejecutar o de transpone [...].”

En el cas concret es contesta aquesta situació contrària a l'ordenament jurídic atès que: “la inactividad reglamentaria ha provocado y provoca situaciones de desigualdad en relación con los beneficios previstas en la norma legal que debió ser desarrollada, situaciones que, en definitiva, imponen apreciar el incumplimiento formal a que venimos aludiendo y calificarlo de supuesto claro de inactividad reglamentaria”.

Hi ha, però, altres supòsits en que ni concorre un termini imperatiu, ni la situació creada no es contrària a l'ordenament jurídic. Serà, per tant, la funció de l'òrgan jurisdiccional si concorre aquests supòsits per a determinar si concorre o no la inactivitat reglamentària i, conseqüentment, cal dictar la corresponent sentència de condemna. En aquest sentit, per exemple, la STS 1694/2020, de 10 de desembre (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 3a), de 10 de desembre¹⁵³

“Por tanto, en el caso que enjuiciamos en el presente recurso contencioso-administrativo, consideramos que no concurre el "imperativo legal" que obligue al Gobierno de la Nación a proceder a dictar un Real Decreto que determine la inclusión en la composición del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, de representantes de los Colegios Profesionales de Ingeniería Técnica en Informática. Tampoco apreciamos que, en este caso, concorra el segundo presupuesto que legitima el control jurisdiccional de la inactividad reglamentaria, referido a que la omisión reglamentaria genere una situación contraria al ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter instrumental que asume la eventual participación de los Colegios Profesionales de Ingeniería Técnica en Informática, en el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, puesto que la inexistencia de representación en dicho Consejo Asesor no priva al Colegio accionante de participar en los procedimientos de elaboración de todas aquellas disposiciones reglamentarias que

¹⁵³ Roj: STS 4257/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4257 Id Cendoj: 28079130032020100292

afecten al sector de las telecomunicaciones, a través de la formulación de alegaciones en los trámites de audiencia y de consulta pública, que se sustancien, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (tras su reforma por la disposición final 3.12 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en paridad con la participación con otros Colegios Profesionales de Ingenieros”.

En aquest sentit trobem la STS (Sala del Contenciós Administratiu Secció 4a) 384/2019, de 20 de març¹⁵⁴ que reconeix la possibilitat de controlar la inactivitat reglamentària si bé l'emmarca dins els seus límits:

“Ahora bien, tales reparos no han sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (cfr. SSTS 8 de mayo de 1985 , 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994), y no es rechazable "ad limine", sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter. Es éste un problema sustantivo diferenciable, sin embargo, del alcance del control judicial, pues constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido, siendo significativo a este respecto el artículo 71.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, que, abandonando la previsión establecida para el limitado supuesto de las Ordenanzas Fiscales en el artículo 85 de la Ley Jurisdiccional de 1956 , dispone que "los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados

¹⁵⁴ Roj: STS 894/2019 - ECLI: ES:TS:2019:894 Id Cendoj: 28079130042019100084

los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados". Y ello es así porque el poder de sustitución no puede llegar allí donde la ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional. O, dicho en otros términos, tal poder sólo alcanza hasta donde la ley regla la actividad administrativa que en el ámbito de la potestad reglamentaria no suele alcanzar hasta la imposición de la forma o contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación legal de dictarla".

En base a aquesta doctrina general, en aquest sentència s'ha declarat "la obligación del Gobierno del Estado de elaborar, aprobar y promulgar la norma reglamentaria que regule las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad, ordenada en la Disposición final tercera, punto 2, del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social". En realitat més que "declarar l'obligació" seria més apropiat parlar en aquest cas de "condemnar" d'acord amb l'art. 32.1 de la LJCA. En qualsevol cas, procedeix en aquest cas estimar el recurs degut a que no es tracta d'un mer mandat, sinó que aquest es concreta en un termini per a aprovar el reglament, en la previsió que les condicions bàsiques serien obligatòries dins d'un determinat calendari i, finalment, que algunes d'aquestes condicions ho serien directament amb l'aprovació del reglament.

Cal dir que les sentències més recents venen a reconèixer que "puede resultar viable una pretensión de condena a la Administración a que elabore y promulgue una disposición reglamentaria, e incluso a que ésta tenga un determinado contenido, en la medida que se constate y declare la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar la norma reglamentaria en ese determinado sentido"¹⁵⁵. És a dir, l'òrgan judicial

¹⁵⁵ Vid. la STS 1694/2020, de 10 de desembre (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 3a), de 10 de desembre (Roj: STS 4257/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4257 Id Cendoj: 28079130032020100292).

no pot substituir al titular de la potestat reglamentària redactant la norma, però si que li pot dir quin determinat contingut ha de regular que és el que està previst per la llei.

A més de la inactivitat reglamentària també cabria acudir a aquest recurs en relació a prestacions materials o jurídiques. (STS de 20 de junio de 2005, rec. 3000/2003) que inclouria tant obligacions de donar com de fer. En canvi, no entraria dins de l'àmbit del recurs contra la inactivitat quan es limita a establir uns principis, orientacions o estàndards. Tampoc cabria, per exemple, la falta de signatura d'un conveni en quan l'òrgan competent no està obligat a fer-la i, d'aquesta forma, no som davant d'una prestació concreta¹⁵⁶.

Un pas rellevant en l'avenç del control de la inactivitat l'ha donat la STS (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 4a) 1271/2020, de 8 d'octubre¹⁵⁷, en la que es demanava que es condemnés a l'Administració a proporcionar, d'acord amb l'Estat d'alarma per la COVID, amb caràcter urgent i immediat, en tots els Centres hospitalaris, Centres assistencials d'atenció primària, Serveis d'Emergències, Serveris d'assistència rural, centres amb pacients institucionalitzats i d'altres, els equips de protecció individual, seguint les recomanacions de l'OMS i els protocols del propi Ministeri de Sanitat. La Sentència admet el recurs parcialment declarant que els professionals els hi van mancar els mitjans de protecció necessaris, la qual situació va posar un risc seriós per als drets fonamentals que els hi reconeix l'art. 15 en relació amb els arts. 43.1 i 40.2 de la Constitució. Així si bé no pot estimar-se una condemna a una prestació concreta de proporcionar un material específic, si que en canvi es declara que als professionals els hi manca els mitjans de protecció necessària, la qual cosa suposa posa en greu risc els seus drets. Això es fonamenta de la següent forma:

¹⁵⁶ Vid. la STS (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 3a) 187/2019, de 18 de febrer (Roj: STS 409/2019 - ECLI:ES:TS:2019:409 Id Cendoj: 28079130032019100036): "La sola falta de firma de un convenio, o de su modificación, por la autoridad o funcionario responsable no puede considerarse por sí misma una mera inactividad material o formal, que puede ser exigida por la vía del artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción ."

¹⁵⁷ Roj: STS 3024/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3024 Id Cendoj: 28079130042020100227

“El precepto que se entiende incumplido si bien, según se ha dicho, no llega a imponer al Ministerio de Sanidad la obligación de efectuar la prestación concreta en favor de persona o personas determinadas que contempla el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción, sí sienta unos principios u orientaciones. Esto significa que su fuerza normativa es la propia de las disposiciones de esta naturaleza: no son idóneas para fundamentar derechos ni obligaciones, pero sí tienen, además de su eficacia directiva, orientadora o teleológica, la que opera como límite frente a actuaciones u omisiones que los contradicen. Es útil, por tanto, para identificar aquellas que los traspasan”.

La modalitat particular del recurs contra la inactivitat per la no execució d'actes fermes planteja les seves particularitats. D'aquesta forma, en les decisions judicials es deixa clar que l'abast del control judicial no està en examinar la legalitat de l'acte ferm, sinó del compliment de les obligacions que se'n deriven d'aquest acte. En aquest sentit, la STSJ d'Andalusia (Sala del Contenciós Administratiu, Màlaga, Secció 1a) 1510/2018, de 29 de juny¹⁵⁸, fa les següents consideracions sobre l'objecte d'aquest procés:

“Debemos significar, con la STS 18 febrero 2016 (casación 2196/2014) - directamente referida a la inactividad por inejecución de actos firmes que contempla el artículo 29, en su segundo apartado, pero cuya doctrina se reputa predicable también al supuesto de inactividad a que hace mención el apartado primero de dicho precepto- que el objeto del recurso contencioso administrativo es esa concreta inactividad, de tal forma que en esta modalidad procesal -introducida con la confesada finalidad de evitar "indolencia, lentitud e ineficacia administrativas"- no está previsto ni es admisible entrar a debatir sobre la legalidad del acto de cuya ejecución se trata (o de la disposición, convenio o contrato de los que resulte la prestación a ejecutar), lo que queda excluido por la propia naturaleza del procedimiento. De ahí que la única decisión admisible en estos recursos contra la inactividad de la Administración es la sentencia de condena, en cuanto su contenido

¹⁵⁸ Roj: STSJ AND 10291/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:10291

no puede ser otro que el de "ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas".

Podem veure també com a través d'aquest recurs contra la inactivitat d'actes fermes es troben les obligacions de caràcter pecuniari com pot ser el pagament de subvencions. En aquest sentit, podem trobar la STS (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 4a) 1405/2018, de 20 de setembre¹⁵⁹:

“[...] la Administración demandada venía obligada a la ejecución del acto firme de concesión de la subvención, una vez acreditado el cumplimiento de la condición a que estaba subordinado el derecho ya declarado en la resolución de concesión. La justificación documental presentada (cuenta justificativa y demás documentos complementarios) no ha sido objeto de ningún reparo una vez solventados los distintos requerimientos. El documento contable necesario para efectuar el pago debió expedirse en el plazo de dos meses, según dispone el art. 36.5 de la Orden de 31 de octubre de 2008, plazo sobradamente transcurrido cuando se interpuso el recurso contencioso-administrativo. Es por ello que se ha acreditado tanto el derecho de la beneficiaria como la pasividad de Administración en el cumplimiento y ejecución de un acto administrativo firme, como es el de concesión de la subvención, del que se derivan, no ya meras expectativas, sino auténticos derechos, que se han consolidado desde el punto y hora que el beneficiario ha cumplido con las obligaciones de justificación a que venía subordinada la efectiva percepción de la subvención. La causa de inadmisibilidad ha de ser rechazada con estimación del recurso contencioso-administrativo y condena a la Administración al abono de la cantidad concedida como subvención que estaba pendiente de pago, que asciende a la suma de 49.932,88 euros”.

Al meu parer, tal i com he defensat en un altre ocasió, en aquest cas no estaríem pròpiament d'una pretensió de condemna, sinó en una pretensió executiva, que hauria

¹⁵⁹ Roj: STS 3404/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3404 Id Cendoj: 28079130042018100422

de tramitar-se mitjançant un incident d'execució¹⁶⁰. No obstant, la prudència del legislador fa que es tramiti com un procediment abreujat regulat a l'art. 78 de la LJCA que es caracteritza per la seva oralitat i per una major simplificació de tràmits, iniciant-se per demanda a diferència del que succeix amb el procediment ordinari que ho fa mitjançant l'escrit d'interposició.

D'aquesta forma s'ha plantejat si dintre de la noció d'acte ferm pot incloure's les situacions en que s'ha produït el silenci positiu. Cal tenir present que l'art. 24.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú, estableix que: "l'estimació per silenci administratiu té a tots els efectes la consideració d'acte administratiu finalitzador del procediment". Equiparació amb l'acte administratiu que diferencia el silenci positiu del silenci negatiu la naturalesa del qual és la d'un mer pressupòsit processal per accedir a la jurisdicció contenciosa administrativa¹⁶¹.

Entre les qüestions que planteja aquest recurs contra la inactivitat és si l'acció està subjecta a un termini. Aquest sentit ha estat resolt en la línia d'aplicar per analogia la doctrina sobre la impugnació del silenci administratiu negatiu que l'equiparava a les notificacions defectuoses, deixant obert el termini fins que l'Administració compleixi adequadament amb la seva obligació de resoldre i notificar. En aquest sentit s'ha pronunciat la STS (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 5a) 139/2020, de 5 de febrer (Ponent I. M. Huerta Garicano)¹⁶²

"C.- En este recurso, sin embargo, la cuestión propuesta, única y exclusivamente, se desenvuelve en el ámbito del art. 46.2 en relación con el 29.1 LJCA, cuando, como aquí acontece, el recurso jurisdiccional se interpuso transcurridos con creces el plazo de 2 meses previsto en el art. 46.2, computados,

¹⁶⁰ *Vid.* Aguado i Cudolà, V. (2001).

¹⁶¹ Així es parla habitualment de "ficcio legal" per a referir-se al silenci administratiu negatiu. D'aquesta forma, el mateix article esmentat ens diu que: "La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente". Sobre aquest tema hi ha abundant literatura jurídica. Per tots *vid.* Aguado i Cudolà, V. (2001).

¹⁶² Roj: STS 366/2020 - ECLI:ES:TS:2020:366 Id Cendoj: 28079130052020100027

una vez transcurrido el plazo de 3 meses desde el requerimiento a la Administración de cese de la inactividad, sin respuesta o con respuesta negativa (5 meses en total desde el requerimiento). Si bien la inactividad, como reconoce el recurrente, es un concepto distinto del silencio negativo, en cuanto en aquélla se parte de la existencia de una obligación de la Administración -"en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo" de realizar "una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación", mientras que el silencio administrativo negativo es una ficción legal encaminada a posibilitar la impugnación en sede jurisdiccional (o administrativa) por la falta de resolución de los procedimientos iniciados a instancia de parte o de oficio, en los términos establecidos en los arts. 24 y 25 de la vigente Ley 39/15 (arts. 43 y 44 de la actualmente derogada Ley 30/92), o de los recursos administrativos, o no se contesta a lo solicitado, falta de resolución o respuesta a la que viene obligada la Administración. D.- La doctrina plasmada en la sentencia T.C 52/14, en relación con el plazo para la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio, previsto en el art. 46.1 LJCA (6 meses a partir de la fecha que, conforme a su legislación específica, se haya producido el silencio negativo) es plenamente trasplantable, por iguales razones por las que la STC nº 52/14, interpretando el art. 46.1 de la Ley 30/92, declaró que "tras la reforma de 1999 de la Ley 30/1992 en los supuestos de silencio negativo ya no existe acto administrativo alguno finalizador del procedimiento (art. 43.2 LPC), ni un acto administrativo denominado "presunto" basado en una ficción legal como se desprendía de la redacción originaria de la Ley 30/1992, y....que la Administración sigue estando obligada a resolver expresamente, sin vinculación al sentido negativo del silencio [arts. 42.1 y 43.3 b) LPC], el inciso segundo del art. 46.1 LJCA ha dejado de ser aplicable a dicho supuesto. En otras palabras, se puede entender que, a la luz de la reforma de 1999 de la Ley 30/1992, la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el art. 46.1 LJCA . Así entendido, es manifiesto que el inciso legal cuestionado no impide u obstaculiza en forma

alguna el acceso a la jurisdicción de los solicitantes o los terceros interesados afectados por una desestimación por silencio. Por todo ello, procede declarar que el inciso legal cuestionado no vulnera el art. 24.1 CE.”

3.3.—El recurs contra la via de fet

La patologia de la via fet es refereix a aquelles actuacions de caràcter material que es realitzen bé sense cobertura jurídica, bé al marge de qualsevol tipus de procediment, produïnt una lesió dels drets i interessos legítims dels particulars. Es tracta d'una construcció que té els seus orígens en el Dret francès en el que s'anomena “théorie de la voie de fait”¹⁶³. Així s'ha definit com que es dona aquesta situació “quan en el compliment d'una activitat, material d'execució, l'Administració comet una irregularitat grollera en perjudici del dret de propietat o d'una llibertat pública fonamental”¹⁶⁴. També s'ha assenyalat que es via de fet “l'actuació material mancada dels necessaris suports jurídic-formals; es a dir, mancada dels requisits – competències i procediment – que indefectiblement han de concórrer per a que l'actuació material pugui ser considerada legítima”¹⁶⁵.

Tradicionalment en el Dret espanyol, aquest tipus de mesures permetien que els ciutadans afectats acudissin a la via interdictal davant el jutge civil que preveia la legislació processal civil i que en l'actualitat es coneixen com els judicis verbals de recobrar i posseir. Si bé, en els seus orígens l'atribució al jutge civil tingué el seu origen en la protecció del dret de la propietat, el fet que l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu sigui atribuït a l'Estat espanyol als òrgans judicials semblava més adient que fos als que estaven especialitzats en els litigis relatius al Dret administratiu. Per aquesta raó, l'any 1998 amb la LJCA la LJCA va preveure una via específica per a combatre aquestes situacions, que substituïa l'antiga via interdictal. Així, tal i com va anunciar aquesta Llei al seu Preàmbul:

¹⁶³ *Vid.* Burlada Echeveste, J. L. (2018).

¹⁶⁴ *Vid.* Burlada Echeveste, J. L. (2018: 44).

¹⁶⁵ *Vid.* López Menudo, F. (2018a: 539).

“Una altra novetat destacable és el recurs contra les actuacions materials en via de fet. Mitjançant aquest recurs, es poden combatre les actuacions materials de l'Administració que no tenen la cobertura jurídica necessària i lesionen drets i interessos legítims de qualsevol classe. L'acció té una naturalesa declarativa i de condemna i alhora, en certa manera, interdictal, a l'efecte de la qual no es pot deixar de relacionar amb la regulació de les mesures cautelars. Per raó de la matèria, la competència de l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu”.

La regulació del recurs contra la via de fet es va recollir a l'art. 30 de la LJCA, segon el qual: “En cas de via de fet, l'interessat pot formular requeriment a l'Administració actuant i intimar-ne la cessació. Si aquesta intimació no és formulada o no és atesa dins els deu dies següents a la presentació del requeriment, pot deduir directament recurs contenciós administratiu”. A aquest recurs se li aplica el mateix règim favorable de les mesures cautelars que en el cas del recurs contra la inactivitat de l'Administració (art. 136). És a dir, que aquestes mesures cautelars han de concedir-se, llevat que s'apreciï manifestament que no concorre aquesta situació o que bé que produeixi una pertorbació greu dels interessos generals o de tercers.

Des del punt de vista jurisprudencial, la via de fet s'ha definit, des de la doble perspectiva de manca de cobertura legal i d'absència de qualsevol procediment. En aquest sentit, per exemple, en la STSJ de Madrid (Sala del Contenciós Administratiu) 446/2018, de 29 de maig¹⁶⁶

“OCTAVO.- Como se indicaba en la la Sentencia dictada por esta Sala y Sección de 25 de noviembre de 2015 (ROJ: STSJ M 13788/2015 - ECLI:ES:TSJM :2015:13788) dictada en el recurso de apelación 555/2014 Conforme establece la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2.003 , "El concepto de vía de hecho es una construcción del Derecho Administrativo francés que desde lejos viene distinguiendo dos modalidades, según que la Administración

¹⁶⁶ Roj: STSJ M 6025/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:6025 Id Cendoj: 28079330022018100392

haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (manque de procédure). Dicha categoría conceptual pasó hace tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia para comprender en ella tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se producen sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo. El primer supuesto, esto es, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el artículo 93 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el art. 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El segundo supuesto se refiere a los casos en que la ejecución material excede de su título legitimador extralimitándolo. En definitiva, como señaló este Tribunal Superior de Justicia en sentencia de 8 de Junio de 1993 (sección 4) «La « vía de hecho » o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite.»

Entre les actuacions que s'han canalitzat a través d'aquesta via trobem: l'ocupació del subsol d'una finca que és propietat privada mitjançant una galeria de clavegueram

visible¹⁶⁷; la imposició de descomptes o reintegraments en la nòmina de retribucions en concepte de complement de jornada complementària¹⁶⁸; la publicació institucional reiterada, sota el compte oficial de Twitter del Consell de Govern d'una comunitat autònoma, sota un perfil institucional, de tuiters on els assoliments s'atribueix personalment una persona amb la utilització d'un hashtag¹⁶⁹; la col·locació d'una bionda que talla l'accés a una benzinera i un restaurant¹⁷⁰, el perllongar *de facto* l'internament d'una persona en les dependències d'un aeroport sense resoldre en termini la petició de reexamen de la denegació de protecció internacional¹⁷¹.

¹⁶⁷ Vid. la STSJ de Madrid (Sala del Contenciós Administratiu) 446/2018, de 29 de maig (Roj: STSJ M 6025/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:6025 Id Cendoj: 28079330022018100392)

¹⁶⁸ Vid. la STSJ de Galícia (Sala del Contenciós Administratiu Secció 1a) 379/2017, de 5 de juliol (Roj: STSJ GAL 5267/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:5267 Id Cendoj: 15030330012017100370). En aquesta sentència es conclou que es via de fet perquè: "los cálculos de los posibles excesos de jornada, y consecuente aplicación de las normas, resoluciones o Actas que diesen lugar a los descuentos practicados, tenía que materializarse en un acuerdo o resolución que pusiese fin a un procedimiento administrativo en el que, en definitiva, se diera oportunidad a los interesados de rebatir las razones que extemporáneamente adujo el Sergas para justificar su actuación. No habiéndolo hecho así, los descuentos en nómina representan una actuación reprochable jurídicamente en cuanto constitutiva de una vía de hecho".

¹⁶⁹ Vid. la STSJ de Castella-La Manxa (Sala del Contenciós, Albacete, Secció 1a) 83/2018, de 2 d'abril (Roj: STSJ CLM 946/2018 - ECLI:ES:TSJCLM:2018:946 Id Cendoj: 02003330012018100173) on es destaca que: "La actividad impugnada resulta novedosa dado que es muy reciente que las Administraciones Públicas emitan comunicaciones y publicaciones bajo distintivos institucionales en redes sociales como Twitter. No obstante, tal novedad y que se trate de una actividad atípica, no puede suponer que la misma quede al margen del Derecho y, por ende, del control jurisdiccional revisor sobre la Administración".

¹⁷⁰ Vid. la STS (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 3a) 1896/2017, de 4 de desembre (Roj: STS 4328/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4328 Id Cendoj: 28079130032017100470) on s'afirma la importància del procediment administratiu i el respecte dels tràmits essencials: "A partir de la constatación de que no hubo un trámite específico de audiencia en el Proyecto de modificación, reordenación o cierre del acceso en el punto kilométrico de autos, concluye la Sala tal omisión equivale a la ausencia total y absoluta de procedimiento, con quiebra de los principios esenciales del procedimiento administrativo y en consecuencia, declara la nulidad del procedimiento".

¹⁷¹ "La vía de hecho es «pura actuación material, no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica». Tal actuación puede producirse porque la administración desarrolla su actividad fuera de su ámbito de competencia (órgano manifiestamente incompetente) o porque la realiza al margen del procedimiento establecido (prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido). Pues bien, en la medida en que la Administración, al incumplir el plazo para resolver, prolongó indebidamente -y, además, sin ponerle fin a través de una resolución expresa- el procedimiento especial previsto para el rechazo en frontera, en vez de acudir, desde el momento en que se excedió el plazo, al procedimiento ordinario, actuó prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que implica que todas las decisiones adoptadas desde ese preciso instante respecto de la solicitud de protección internacional -entre ellas el mantenimiento de la retención del solicitante en frontera, sin permitirle la entrada en territorio nacional, que es la consecuencia prevista en la Ley- constituían vía de hecho, pues ningún procedimiento administrativo válido proporcionaba cobertura a tal situación. En este caso, nunca la omisión de resolución pudo considerarse una declaración de voluntad administrativa, pues carecía del soporte procedimental legalmente establecida".

Per acudir al recurs contra la via de fet la LJCA preveu que la persona afectada pugui realitzar un requeriment a l'Administració per tal que cessi aquesta actuació. En el cas que no s'hagués formulat aquest requeriment o no s'hagués atès en el termini de deu dies, es podrà acudir a aquesta via. Entre les qüestions que ha plantejat el recurs contra la via de fet es troba el del seu termini per a la impugnació d'aquesta. Així, l'art. 46.3 de la LJCA estableix que el termini per a interposar el recurs serà de deu dies, comptadors des del dia següent a l'acabament del termini establert a l'art. 30. En el cas que no hi hagués requeriment, es continua assenyalant, el termini serà de vint dies des del dia en que es va iniciar l'actuació en via de fet. De les possibles interpretacions que es podrien donar d'aquest article, algunes decisions judicials agafen la més favorable a la possibilitat d'accedir a la jurisdicció. Des d'aquesta perspectiva, els òrgans judicial consideren que no hi ha termini per a interposar aquest requeriment¹⁷². Per la qual cosa, el termini dependrà del moment en que la persona afectada l'hagi realitzat. Des d'una altra perspectiva, en canvi, es ve considerant que la seva assimilació a les accions interdictals suposa que no es pugui plantejar en qualsevol moment¹⁷³.

3.4. —L'execució de sentències

La importància de fer complir les sentències és tan important com l'obtenció de la decisió que resol la controvèrsia judicial. D'altra forma, la sentència judicial pot arribar a esdevenir paper mullat, frustrant-se la seva finalitat de tutelar les posicions jurídiques dels ciutadans que han acudit a la justícia per a resoldre les seves controvèrsies amb l'Administració Pública. Cal dir que al ser l'Administració qui està destinada al compliment de la sentència, històricament es van configurar una sèrie de privilegis, on aquella podia fins i tot suspendre'n l'execució. Aquest marc normatiu ha evolucionat fins un sistema on l'òrgan judicial recupera les seves facultat d'executar el que s'ha jutjat. En aquest procés destacarem una sèrie de fites rellevant per a saber de quina situació partim.

¹⁷² Vid. la STSJ de Madrid (Sala del Contenciós Administratiu) 446/2018, de 29 de maig (Roj: STSJ M 6025/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:6025 Id Cendoj: 28079330022018100392)

¹⁷³ Vid. la STSJ de Galícia (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 2a) 509/2019, de 25 d'octubre (Roj: STSJ GAL 5868/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:5868 Id Cendoj: 15030330022019100500).

Al final del siglo XIX, la Ley Santamaría de Paredes de 13 de setembre de 1888 va preveure la suspensió del compliment per raons d'interès públics. Així, l'art. 84 preveia que: "Cuando por razones de interés público la Administración estimare necesaria y acordase la suspensión del cumplimiento de la sentencia, lo hará saber al Tribunal, comunicándole la resolución y sus motivos, y el Tribunal declarará la indemnización que corresponda al particular por su aplazamiento". En aquest sistema li corresponia a l'òrgan administratiu competent l'execució de la sentència.

Els abusos realitzats per l'Administració van comportar la necessitat de modificar aquestes facultats extraordinàries de l'Administració. Per això, la Llei de 27 de desembre de 1956, de la jurisdicció contenciosa administrativa, va procedir a limitar aquests privilegis. En aquest sentit, podem recordar les paraules del seu Preàmbul on es justifiquen les mesures que va emprendre en aquest àmbit:

"Respecto de la «ejecución de sentencias», se tiende a aumentar las garantías del administrado en dos direcciones: por un lado, limitando las causas de suspensión o inejecución a las que tradicionalmente se habían mantenido en nuestra legislación al suprimir la causa quinta que introdujera la Ley de dieciocho de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro; por otro, reforzando las medidas indirectas que el ordenamiento Jurídico pone en manos del que ha obtenido una sentencia favorable, a fin de lograr la plena efectividad de lo dispuesto en el fallo. Aun cuando se mantiene el precepto que cierra la posibilidad de suspender o inejecutar las sentencias que, habiendo examinado la cuestión de fondo, sean confirmatorias de actos de la Administración, se introduce en el mismo una importante excepción: cuando hubieren sido dictadas en un proceso, de lesividad. Pues si aquel precepto tiene su fundamento en la salvaguardia del interés público, no parece prudente aplicarlo en aquellos casos en que la propia Administración, en la realización del mismo, estima necesaria la anulación del acto administrativo"

Malgrat els importants avenços, el sistema de la LJCA de 1956 continuava sent insuficient per quan mantenia la situació en que era l'òrgan administratiu qui havia dictat l'acte o disposició objecte de recurs contenciós administratiu el competent per a l'execució de la sentència. Aquesta situació esdevindrà així fins l'aprovació en 1978 de la Constitució. Així, d'acord amb l'art. 117.3 de la Constitució: "L'exercici de la potestat jurisdiccional en qualsevol mena de processos, jutjant i fent executar allò que hagi estat jutjat, correspon exclusivament als Jutjats i als Tribunals que les lleis determinen, segons les normes de competència i de procediment que elles estableixin." En aquest sentit, la jurisprudència constitucional va posar de relleu la contradicció existent entre el Text fonamental i la LJCA.

D'aquesta forma, la Llei Orgànica del Poder Judicial de 1985 va reafirmar la facultat d'execució de sentències pels òrgans judicials. Així es va establir un deure de col·laboració de totes les persones i entitats públiques i privades en el curs del procés i en l'execució del que es resol (art. 17). També, es va disposar també que les sentències s'executarien en els seus propis termes. En el cas que fos impossible la seva execució es substituiria per una indemnització. A més, es preveia la possibilitat d'expropiar els drets reconeguts davant de l'Administració per sentència ferma. En qualsevol cas, aquesta expropiació havia de fer-se amb les garanties previstes a l'art. 33.3 de la Consitució, és a dir amb causa expropriandi (causa d'utilitat pública i interès social) prevista a la llei i a través de la corresponent indemnització.

La necessitat d'adaptar el marc normatiu a la Constitució va comportar que amb l'aprovació en 1998 de la LJCA vigent, s'adoptés un nou marc normatiu que regulés l'execució de sentències a l'àmbit contenciós administratiu. La justificació de la reforma es troba en el Preàmbul d'aquesta Llei on es costaten l'existència de zones grises en aquest àmbit que cal corregir

"La Llei ha realitzat un esforç important per incrementar les garanties d'execució de les sentències, des de sempre una de les zones grises del nostre sistema contenciós administratiu. El punt de partida radica en la obligació imperiosa de

complir les resolucions judicials i col·laborar en l'execució del que s'ha resolt, que la Constitució prescriu, i en la potestat dels òrgans judicials de fer executar el que s'ha jutjat, que la mateixa Constitució els atribueix. Prescripcions que entronquen directament amb el dret a la tutela judicial efectiva, ja que, com assenyala la jurisprudència, aquest dret no se satisfà mitjançant una justícia merament teòrica, sinó que implica el dret a l'execució puntual del que s'ha decidit en els seus termes. Negar-se, expressament o implícitament, a complir una resolució judicial constitueix un atemptat a la Constitució davant el qual no hi valen excuses.

La Llei orgànica del poder judicial, que va eliminar la potestat governativa de suspensió i inexecució de sentències, va obrir pas, en canvi, a l'expropiació dels drets que aquestes reconeixen davant l'Administració. Tanmateix, no va especificar les causes d'utilitat pública i interès social que haurien de legitimar l'exercici d'aquesta potestat expropiatòria. La Llei atén aquesta necessitat, i concreta tres supòsits molt determinats, entre els quals cal destacar el de la preservació del lliure exercici dels drets fonamentals i les llibertats públiques.

Tot i això, la Llei regula la forma d'executar les sentències que condemnen l'Administració al pagament d'una quantia, sense eliminar la prerrogativa d'inembargabilitat dels béns i els drets de la hisenda pública, ja que aquesta modificació no es pot abordar aïlladament en la Llei jurisdiccional, sinó —si s'escau— per mitjà d'una nova regulació, completa i sistemàtica, de l'estatut jurídic dels béns públics. Però compensa l'interessat econòmicament davant qualsevol retard injustificat; prevé davant les execucions aparents, declara la nul·litat de ple dret dels actes contraris als pronunciaments i estableix una manera ràpida d'anul·lar-los, i especifica les formes possibles d'execució forçosa de les sentències que condemnen l'Administració a exercir una activitat o dictar un acte i atorga als òrgans judicials potestats sancionadores per aconseguir l'efectivitat del que s'ha manat, a part de les conseqüències que es dedueixin en l'àmbit penal.”

En la part dispositiva de la LJCA es precisen quins són els supòsits que legitimen l'expropiació dels drets derivats d'una sentència ferma. En concret, l'art. 105.3 relaciona els següents: “el perill cert d'alteració greu del lliure exercici dels drets i les llibertats dels ciutadans, el temor fonamentat de guerra o el trencament de la integritat del territori nacional”. Com pot veure's es tracta de supòsit molt excepcionals, tal i com ha remarcat la jurisprudència. En aquesta línia podem trobar per exemple, la STSJ d'Andalusia (Sala del Contenciós Administratiu, Sevilla, Sección 4) 1163/2007, de 29 de novembre¹⁷⁴.

La jurisprudència en matèria d'execució de sentències ha establert una sèrie de punts fonamentals que han de guiar la funció jurisdiccional de fer executar el jutjat¹⁷⁵. Així, cal destacar que regeix el principi d'intangibilitat, immodificabilitat o invariabilitat de les resolucions judicials de forma, de tal forma que fins i tot els òrgans judicials no poden variar-les, sinó en els casos taxats previstos legalment. Aquesta invariabilitat ve donada tant per raons de seguretat jurídica com derivades del dret a la tutela judicial efectiva del que se'n deriva el dret a l'execució de les sentències. El que no pot realitzar-se és ampliar els termes del debat processal durant l'incident d'execució de sentència. L'execució de la sentència ha d'anar orientada al compliment complet de la resolució, si bé la seva interpretació i aplicació no ha de ser estrictament literal, sinó de caire finalista. Pel que fa al contingut d'aquesta execució té una doble perspectiva¹⁷⁶:

“[...] el contenido de la ejecución de la sentencia tiene una doble perspectiva, por cuanto, de una parte, el Tribunal y la Administración han de llevar a cabo (1) una determinada actividad jurídica, transformadora o eliminadora de los mandatos jurídicos a cuya anulación se ha procedido jurisdiccionalmente; y, de otra parte y como consecuencia de tal actividad, en determinadas ocasiones, será --- además--- preciso, con un carácter complementario, llevar a cabo (2) una actividad de índole material, transformadora de la realidad material, y que surge como consecuencia

¹⁷⁴ Roj: STSJ AND 10750/2007 - ECLI:ES:TSJAND:2007:10750 Id Cendoj: 41091330042007101024

¹⁷⁵ Vid. STSJ (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 10a) 274/2017, de 28 d'abril Roj: STSJ M 4663/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:4663 Id Cendoj: 28079330102017100238

¹⁷⁶ Vid. STSJ (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 10a) 274/2017, de 28 d'abril Roj: STSJ M 4663/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:4663 Id Cendoj: 28079330102017100238

del anterior pronunciamiento de nulidad y de la consiguiente actividad jurídica complementaria".

La tutela judicial efectiva exigeix que la sentència s'executi en els seus propis termes. Ara bé també trobem casos en que la situació fàctica sobre la que incideix la sentència fa que ens trobem amb una situació irreversible, en la que hagi de substituir-se per una indemnització. Pel que fa a la impossibilitat del compliment de la sentència, els òrgans judicials tenen en compte l'impacte que pot produir a tercers, utilitzant el principi d'equitat i els criteris de ponderació, prevalència i proporcionalitat. Aquest és el cas, per exemple, d'un procediment de selecció de funcionaris públics en els que s'afecta a dos-cents cinquanta-tres infermers, que resol la STS 1405/2016, de 14 de juny¹⁷⁷

“En el caso que nos ocupa, la ejecución de la Sentencia pasaría por el cese de 253 enfermeros que obtuvieron plaza en un proceso selectivo que se inició en el 2007, y que culminó en cuanto a lista de aprobados en el año 2009, es decir que llevan varios años prestando sus servicios de forma pacífica. Resulta contrario a la equidad proyectar los efectos de la Sentencia sobre esos sujetos que se verían obligados a repetir la oposición e incluso podrían perder su condición de personal estatutario fijo. A este respecto merece destacarse que la Sentencia dictada en ese recurso por el Tribunal Supremo, a diferencia de lo ocurrido en la Sentencia de fecha 18 de enero de 2013, el Tribunal no hizo mención alguna en favor de la situación de tales afectados, con lo cual necesariamente se le debe dar la protección necesaria en el presente incidente. Ese cese, obviamente supondría no sólo un daño trascendente para esos funcionarios, sino que también afectaría al interés público ya que la prestación del servicio sanitario tal y como alega la Junta de Extremadura tiene una importancia esencial en la sociedad. La actora tiene reconocido únicamente el derecho a participar en el procedimiento, respectándose el aprobado del primer ejercicio, pero se desconoce cuál sería el resultado del segundo y baremación de méritos, lo que implica que su expectativa de obtener plaza, es eso, una mera expectativa, que en aplicación de criterios de ponderación,

¹⁷⁷ Roj: STS 2829/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2829 Id Cendoj: 28079130072016100216

prevalencia o proporcionalidad en relación directa con el principio de equidad, nos lleva a considerar que la Sentencia debe ser no ejecutada por imposibilidad material. Ello es así porque frente al daño para la recurrente concretado en no poder realizar ese segundo ejercicio y baremación de méritos en el concurso recurrido, con la consiguiente imprevisión del resultado final, los perjuicios que se causaría a terceros y Administración son notoriamente de mayor enjundia. Resulta por tanto desproporcionado ejecutar en sus propios términos la Sentencia.”

En aquest tipus de processos selectius, la jurisprudència ha assenyalat la importància de quin són els efectes de la sentència respecte a tercers, distingint aquelles sentències que ocasionen efectes erga omnes d'aquelles altres que afecten solament a les parts en el procés. Fet que és rellevant a efectes de la personació en l'incident d'execució d'altres persones distintes de les parts que van donar lloc a la sentència de la que es vol instar l'execució. Així, per exemple, trobem la STSJ de Madrid (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 10a) 274/2017, de 28 d'abril¹⁷⁸:

"Debe señalarse a este respecto que la condición de persona afectada por el pronunciamiento de anulación de una determinada sentencia (sea esta de la jurisdicción contencioso- administrativa, sea esta del Tribunal Constitucional) exige, ineludiblemente, que dicha sentencia haya dispuesto de manera inequívoca que los efectos de esa anulación que se declara para el acto que haya sido objeto de impugnación lo son erga omnes o se han de proyectar hacia otras personas distintas de las que hayan sido litigantes principales en el proceso donde se dictó la sentencia. Es decir, para la apreciación de personas afectadas en estos casos no basta con que el inicial acto impugnado haya tenido como destinatarios a una pluralidad de personas y no solo a los litigantes del proceso de que se trate, es necesario que la sentencia extienda claramente los efectos de la nulidad que declare a todas aquellas personas y no la circunscriba solo a los litigantes (...)". Pues bien, la anulación declarada en el presente caso respecto de la lista de aprobados y nombramiento de éstos como funcionarios de carrera no

¹⁷⁸ Roj: STSJ M 4663/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:4663 Id Cendoj: 28079330102017100238

consideramos que incluya de manera inequívoca a todos los participantes en el proceso selectivo, que es la condición específicamente invocada por la parte apelante para justificar su personación en la presente ejecución

3.5. —El sistema de recursos judiciales, en particular el recurs de cassació

L'organització de la planta judicial espanyola en l'àmbit contenciós administratiu ve establerta per la delimitació de les competències dels diversos òrgans judicials en que s'estructura. Això es complementa un sistema de recursos judicials que poden tenir caràcter devolutiu o no, depenent de si s'atribueix al òrgan judicial jeràrquicament superior. Cal dir, que en l'àmbit contenciós administratiu la majoria dels recursos judicials es configuren amb caràcter devolutiu, excepte el de súplica que és conegut pel mateix òrgan judicial¹⁷⁹.

Tradicionalment, la jurisdicció contenciosa administrativa es va configurar en un doble nivell format per òrgans col·legiats. Al començament amb la Llei de 1845 es tractaven d'un nivell central (el nom del qual va variar amb el temps: Consell Reial per anomenar-se després Consell d'Estat) i un nivell provincial (Consells provincials). Aquesta estructura tenia clarament inspiració francesa en el Consell d'Estat i en els Consells de Prefectura, segons hem tingut ocasió d'assenyalar anteriorment. La Llei de SANTAMARÍA DE PAREDES va establir un sistema harmònic de tribunals mixts formats per jutges i funcionaris: Tribunal del Contenciós Administratiu i Tribunals Provincials. En el sistema d'aquesta Llei es preveia el recurs d'apel·lació de les decisions dels Tribunals Provincials davant el Tribunal del Contenciós Administratiu. A partir de 1904 amb la Llei Maura es va procedir a la judicialització d'aquests tribunals creant-se una Sala del Contenciós Administratiu al Tribunal Suprem.

¹⁷⁹ Vid. Cordón Moreno, F. (1999: 194).

Amb la Llei de 1956 els òrgans judicials competents eren el Tribunal Suprem (Sala del Contenciós Administratiu i Sala de Revisió del Contenciós Administratiu) i les Audiències Territorials (Sala del Contenciós Administratiu). El nivell provincial va ser substituït, d'aquesta forma, per un nivell regional. En aquest context, trobàvem un recurs ordinari d'apel·lació, un extraordinari d'apel·lació i un recurs extraordinari de revisió. En aquest context, no hi havia formalment un recurs de cassació, si bé la seva funció era assumida de fet pel recurs extraordinari de revisió¹⁸⁰.

La planta judicial en l'àmbit contenciós administratiu va anar canviant i assolint més complexitat. En primer lloc, la creació de l'Audiència Nacional l'any 1977 va comportar que una de les seves Sales fos del Contenciós Administratiu, amb la finalitat de descongestionar al Tribunal Suprem del col·lapse que patia pels nombrosos casos que l'arribaven. Posteriorment, amb l'aprovació de la Constitució i els Estatuts d'Autonomia es van crear per la Llei 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial (LOPJ), els Tribunals Superiors de Justícia en l'àmbit de cada comunitat autònoma, que van substituir a les Audiències Territorials creades durant el franquisme, alhora que es preveïen els jutjats unipersonals del contenciós administratiu que no van entrar en funcionament sinó a partir de la LJCA de 1998 i la llei de planta que es va dictar llavors.

Aquesta major complexitat de la planta judicial requeria un nou model de recursos judicials. D'una banda, pel fet que s'havien afegit nous nivells d'òrgans judicials. D'altra, perquè d'acord amb l'art. 152.1 de la Constitució: "Un Tribunal Superior de Justícia, sens perjudici de la jurisdicció que correspon al Tribunal Suprem, culminarà l'organització judicial dins l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma". Afirmació que es complementava amb la regla del mateix article segons la qual: "Sens perjudici del que disposa l'article 123, les successives instàncies processals, en el seu cas, s'esgotaran davant òrgans judicials radicats en el mateix territori de la Comunitat Autònoma en què estigui l'òrgan competent en primera instància". En el marc d'aquesta organització de la planta judicial, la LOPJ va introduir el recurs de cassació en l'àmbit del contenciós administratiu. Complementant aquest marc normatiu es va aprovar la Llei 10/1992, de 30

¹⁸⁰ *Vid.* Cordón Moreno, F. (1999: 198).

d'abril, de mesures urgents de reforma processal, que a més del recurs de cassació ordinari contemplava dos de caràcter extraordinari: el recurs de cassació per unificació de doctrina i el recurs de cassació en interès de llei. Aquest sistema de recursos regulats amb caràcter provisional, va traslladar-se en els seus principals trets a la LJCA de 1998 si bé va introduir una sèrie d'ajustos. D'una banda, va preveure els recursos d'apel·lació respecte a les sentències dels jutjats contenciosos administratius, si bé sense caràcter universal. D'altra part, es va elevar la quantia del recurs de cassació ordinària i per unificació de doctrina.

El sistema de recursos judicials va ser objecte de modificació per la Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol, per la que es modifica la Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial. A través de la seva disposició addicional tercera, que no té caràcter de llei orgànica, es va modificar la LJCA introduint una reforma del recurs de cassació. La reforma es justifica en el Preàmbul de la Llei de la següent forma:

“En aquest àmbit, i amb la finalitat d'intensificar les garanties en la protecció dels drets dels ciutadans, la llei opta per reforçar el recurs de cassació com a instrument per excel·lència per assegurar la uniformitat en l'aplicació judicial del dret. D'aquesta manera, el recurs de cassació es pot admetre a tràmit quan, invocada una infracció concreta de l'ordenament jurídic, tant processal com substantiva, o de la jurisprudència, la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem estimi que el recurs presenta interès cassacional objectiu per a la formació de jurisprudència.

Amb la finalitat que la cassació no es converteixi en una tercera instància, sinó que compleixi estrictament la seva funció nomofilàctica, es dissenya un mecanisme d'admissió dels recursos basat en la descripció dels supòsits en què un afer pot accedir al Tribunal Suprem per concórrer un interès cassacional. Així, la sala de cassació pot apreciar que en determinats casos hi ha interès cassacional objectiu, i motivar-ho expressament a la interlocutòria d'admissió. El recurs ha de ser admès

en determinats supòsits, en els quals hi ha la presumpció que hi ha interès cassacional objectiu”.

Com es desprèn del Preambul de la LJCA aquesta reforma vol aprofundir en la funció nomofolàtica, evitant que la cassació es convertís en una tercera instància, subratllant que el seu paper “d’instrument per excel·lència per assegurar la uniformitat en l’aplicació judicial del dret”. Per aquesta raó queden fora d’aquest recurs les qüestions de fet com han destacat les decisions judicials sobre aquest recurs que, en el seu cas, hauran de ser valorats en la corresponent instància en el cas que s’ordeni la retroacció¹⁸¹.

Aquest interès cassacional objectiu, com a concepte jurídic indeterminat, esdevé clau per tal de determinar la procedència d’aquest recurs. D’aquesta forma, la LJCA estableix una sèrie de supòsits a títol merament enunciatiu en el que el Tribunal pot apreciar l’existència d’aquest interès¹⁸². A més a més, es preveu una presumpció legal que, en determinades situacions¹⁸³, existeix aquest interès cassacional objectiu.

¹⁸¹ Vid. la STS (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 2a) 138/2021, de 4 de febrer (Roj: STS 430/2021 - ECLI: ES:TS:2021:430 Id Cendoj: 28079130022021100050: “La recurrente es consciente de que las cuestiones referidas a la apreciación de los hechos son ajenas a la casación, por lo cual no interesa que la Sala efectúe una nueva valoración de la prueba sino que siente doctrina sobre si el parámetro utilizado por la Administración y controvertido puede tenerse en cuenta como medio de prueba o no. Tan es así, que se solicita expresamente que, en caso de que haya lugar al recurso de casación, se ordene la retroacción a fin de que el juzgador a quo valore el dato aportado por el Ayuntamiento de Villalbilla”.

¹⁸² Aquestes circumstàncies serien les següents: “a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido; b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales; c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso; d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida; e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional; f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial; g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general; h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas; i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales”.

¹⁸³ Els supòsits de presumpció legal són els següents: a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia; b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea. c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente; d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional; e) Cuando resuelva

Es tracta, però, d'una presumpció que no té caràcter absolut i, com es preveu, en la mateixa Llei pot ser denegada per decisió motivada en determinats casos. En aquest senti, s'ha pronunciat la Interlocutòria del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós Administratiu, Secció 1a) de 31 de gener de 2020¹⁸⁴, en la que s'inadmet el recurs de cassació perquè "lo único que pretende el recurrente es la corrección de la aplicación de la normativa y la jurisprudencia que ha realizado la sentencia de instancia". També ha procedit a inadmetre quan "se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios", segons s'assenyala a l'Interlocutòria del Tribunal Suprem de 6 de marzo de 2017 (RCA 150/2016)].

El recurs de cassació ha estat objecte de modificació pel Reial Decret-Llei 8/2021, de 4 de maig, pel que s'adopten mesures urgents en l'ordre sanitari, social i jurisdiccional, a aplicar després de la finalització de la vigència de l'estat d'alarma declarat pel Reial Decret 926/2020, de 25 d'octubre, pel qual es declara l'estat d'alarma per a contenir la propagació d'infeccions causades pel SARS-CoV-2. Aquesta norma amb rang de llei modifica l'LJCA per donar cabuda a les impugnacions de les interlocutòries dels tribunals superiors de justícia en relació a la ratificació o autorització de mesures sanitàries quan comportin limitació o restricció de drets fonamentals. La justificació d'aquesta reforma s'ha explicat d'aquesta manera al Preàmbul del Reial Decret-Llei:

“[...] ante la expiración de la vigencia del estado de alarma, si bien las autoridades sanitarias disponen de competencias para adoptar medidas excepcionales a fin de prevenir, contener y limitar la crisis sanitaria derivada de la pandemia, previstas en la legislación ordinaria, no es menos cierto que cuando se trate de medidas restrictivas de derechos fundamentales, estas han de ser objeto de autorización o

recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

¹⁸⁴ Roj: ATS 682/2020 - ECLI:ES:TS:2020:682A Id Cendoj: 28079130012020200164

ratificación judicial, de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

[...]

En el ejercicio de esa competencia, las Salas de los distintos Tribunales Superiores de Justicia que se han tenido que pronunciar en el seno de los procedimientos de ratificación o autorización de esas medidas sanitarias han seguido, en ocasiones, una diferente interpretación del marco sanitario estatal aplicable, alcanzando posturas divergentes sobre si el mismo podía servir como título habilitante de las restricciones y limitaciones de derechos fundamentales impuestas por las autoridades sanitarias autonómicas en las medidas adoptadas, en ejercicio de competencias propias, con carácter colectivo y general para luchar contra la pandemia.”

A l'apartat següent d'aquest treball tindrem ocasió d'examinar les facultats dels òrgans judicials per tal de ratificar o autoritzar les mesures sanitàries de limitació o restrictiva de drets fonamentals. En tot cas, podem anticipar les diverses interpretacions que han generat els tribunals, de vegades fins i tot de forma contradictòria¹⁸⁵. La necessitat del recurs de cassació esdevé des d'aquesta perspectiva necessària.

D'altres aspectes rellevants que es plantegen en matèria de recursos venen donats pel Dret europeu. Entre les qüestions que s'han plantejat ha estat el tema de la doble instància en matèria de sancions administratives. En aquest punt cal esmentar la rellevant Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 30 de juny de 2020 (Assumpte Saquetti Iglesias contra Regne d'Espanya). Es tracta d'una sanció per unes quantitats monetàries no declarades que s'intentava treure de territori espanyol, infringint la legislació de blanqueig de diners. La sanció imposada es correspon amb la totalitat

¹⁸⁵ *Vid.* la noticia de La Vanguardia 8 de maig de 2020 “Las comunidades acaban con el toque de queda y mantienen límites en hostelería y reuniones”. <https://www.lavanguardia.com/vida/20210507/7436341/fin-estado-alarma-toque-queda-restricciones-comunidades.html>

dels imports incautats. Aquesta Sentència es basa a l'art. 2 del Protocol núm. 7 al Conveni Europeu per a la protecció dels Drets Humans i Llibertats Fonamentals, que reconeix el dret a un doble grau de jurisdicció en matèria penal. Aquest Protocol va ser ratificat per l'Estat espanyol¹⁸⁶. Segons aquest article: "Tota persona declarada culpable d'una infracció penal per un tribunal té el dret de fer examinar per una jurisdicció superior la declaració de culpabilitat o la condemna. L'exercici d'aquest dret, incloent-hi els motius pels quals pot ser exercit, estan regits per la llei." Al seu segon apartat s'afegeix que: "Aquest dret pot ser objecte d'excepcions per delictes menors tal com estan definits per la llei o quan la persona interessada ha estat jutjada en primera instància per la jurisdicció més alta o ha estat declarada culpable i condemnada després d'un recurs contra la seva absolució".

Per a l'aplicació d'aquest article caldrà determinar si dintre de l'expressió "infracció penal" pot incloure's les infraccions administratives. En cas afirmatiu s'haurà de veure si entra dins l'àmbit d'excepcions, en concret si pot ser considerat un "delicte menor". Cal dir que la jurisprudència del TEDH venia assenyalant que la mera qualificació pel legislador d'un Estat membre del CEDH d'un il·lícit com a delicte o com a infracció administrativa no podia comportar la inaplicació dels drets i garanties previstos en aquest acord internacional¹⁸⁷.

A criteri del TEDH per a determinar si som davant d'un "infracció penal" als efectes del CEDH cal aplicar els criteris "Engel" que són bàsicament: a) la classificació de la disposició a nivell intern; b) el tipus d'infracció; i c) la gravetat de la sanció imposada a la persona interessada. Segons el TEDH "basta amb que la infracció en qüestió tingui naturalesa penal o que exposi a la persona interessada a una sanció que, per el seu caràcter i gravetat, tingui generalment naturalesa penal". En el cas concret, la finalitat de la sanció era fonamentalment la dissuasió i càstig al demandant per l'incompliment de fer la declaració que es treien els diners de territori espanyol. Així mateix, es considera

¹⁸⁶ L'Instrument de Ratificació va ser publicat al BOE núm. 249 de 15 de Octubre de 2009 i va entrar en vigor l'1 de desembre de 2009.

¹⁸⁷ *Vid.* STEDH de 21 de febrero de 1984 (Assumpte ÖZTÜRK).

que la infracció que es considerada com a greu i es correspon a la totalitat de la quantitat que va ser descoberta durant el control efectuat a la duana. Per aquestes raons es considera que encaixa amb els criteris Engels i que, per tant, cal considerar-la com una infracció penal als efectes de l'aplicació del CEDH.

Una vegada determinat que som davant d'una infracció penal, cal veure si entra dins de les excepcions, en concret si som davant d'una infracció de menor gravetat. D'acord amb el TEDH caldria que l'òrgan judicial espanyol hagués realitzat un judici de proporcionalitat. En aquest sentit, "la incautació de pràcticament la totalitat de la quantitat descoberta durant el control duaner realitzat en el present assumpte, sense que les autoritats internes haguessin realitzar un examen de proporcionalitat, impedeix que la infracció es consideri de menor gravetat, als efectes d'aplicació de la garantia de la doble instància.

Reconegut el dret a la doble instància, cal veure si aquest es compleix bé amb el recurs previ interposat en via administrativa, bé amb el recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional per vulneració d'un dret fonamental. Sobre el recurs administratiu cal dir que és resolt per un òrgan administratiu que no gaudeix de les característiques d'independència i imparcialitat. Respecta a la via del Tribunal Constitucional cal dir que la seva funció es centra en la vulneració de drets fonamentals, per la qual cosa en queden excloses les qüestions de legalitat ordinària. És per això que tampoc aquest Tribunal no pot considerar-se part de la segona instància que protegeix l'art. 2 del Protocol 7 del CEDH.

Com hem tingut oportunitat d'assenyalar anteriorment, les sentències del TEDH obliguen als Estats membres però no determinen directament la nul·litat de les decisions judicials de les que porten causa i que han pogut vulnerar els drets i garanties del CEDH. D'aquesta forma es plantegen diversos tipus de solucions segons s'ha formulat¹⁸⁸: a) generalitzar el recurs d'apel·lació a l'àmbit del contenciós administratiu; b) reformar l'apel·lació garantint-la exclusivament per a les sancions administratives o, com a mínim,

¹⁸⁸ Vid. Cobreros Mendazona, E. (2020).

les que no siguin de “menor gravetat; c) reformar el recurs de cassació per a donar encaix a aquestes infraccions greus; i d) no fer cap reforma legislativa, fet que comportaria que la jurisprudència hagués d’interpretat com a “interès cassacional objectiu” quan el recurs es plantegés per a les infraccions greus. Les darreres solucions són les més insatisfactòries ja que la cassació no està pensada com una segona instància. En qualsevol cas, en el moment d’elaboració d’aquest treball encara no s’ha plantjat una reforma legislativa per a donar solució a la situació originada amb la Sentència SAQUETTI.

4. —L’impacte del Covid-19 i les emergències sanitàries en el procés contenciós administratiu

4.1. —Drets fonamentals i mesures administratives en l’àmbit de la salut pública: estat d’alarma, habilitació legislativa i mesures administratives

Per fer front a la situació d'emergència sanitària, les autoritats han hagut d'adoptar mesures que impliquen la limitació o restricció de drets fonamentals, com ara la llibertat de circulació de persones, el dret de reunió o el dret de llibertat religiosa. Durant el procés de desescalada que va succeir a la primer Estat d'alarma es va aprovar la Llei 3/2020, de 18 de setembre, de mesures processals i organitzatives per fer front a l'COVID-19 en l'àmbit de l'Administració de Justícia. Aquesta legislació atribueix aquest tipus de control als jutjats contenciosos administratiu "quan aquestes mesures estiguin plasmades en actes administratius singulars que afectin únicament a un o diversos particulars concrets i identificats de manera individualitzada"¹⁸⁹. En canvi, "quan els seus destinataris no estiguin identificats individualment" coneixeran les sales d'aquest ordre jurisdiccional en els tribunals superiors de justícia, si es tracta de mesures adoptades per autoritats

¹⁸⁹ L'atribució als jutjats del contenciós administratiu de la competència d'autorització o ratificació de mesures sanitàries que limitin o restringeixin drets fonamentals va ser introduïda per la Llei Orgànica 19/2003, de 23 de desembre, de modificació de la Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, de l'Poder Judicial. La modificació de 2020 ha comportat que els Tribunals Superiors de Justícia i l'Audiència Nacional hagin assumit aquest tipus de competències per a les mesures en què els destinataris no estiguin identificats individualment.

sanitàries d'àmbit diferent a l'estatal, i les de l'Audiència Nacional, quan siguin per autoritats sanitàries estatals.

L'autorització o ratificació no constitueix pròpiament un control judicial de legalitat de la mesura, sinó la de verificar l'afectació a el dret fonamental a partir d'una sèrie de criteris: cobertura legal, competència i proporcionalitat (necessitat, idoneïtat i proporcionalitat en sentit estricte)¹⁹⁰. D'aquesta manera, els òrgans judicials han vingut realitzant un control ex ante d'aquest tipus de mesures sanitàries sobre la base de la justificació realitzada per les administracions públiques sobre la base dels criteris tècnics aportats. Aquest control els ha permès considerar que no existia aquesta competència o habilitació normativa, bé concloure que no estava justificada la mesura¹⁹¹, entendre que era desproporcionada, bé procedir a la seva ratificació o autorització o bé a fer-ho amb certes condicions.

Per defugir les diverses interpretacions dels diversos tribunals i jutjats a què ha portat l'autorització o ratificació judicial s'ha acudit a la declaració de l'estat d'alarma que no requereix la intervenció de la justícia per a les mesures previstes en aquesta declaració. En qualsevol cas, la importància de l'abast d'aquest control judicial permet realitzar una sèrie de consideracions que ens permet valorar l'abast i el tipus de mesures que es poden adoptar en aquests casos.

¹⁹⁰ Sobre este tipo de control *vid.* los trabajos de Salameo Teixidó, Laura (2014), (2020a) y (2020b).

¹⁹¹ Per exemple, *vid.* la Interlocutòria del Jutjat del Contenciós Administratiu núm. 5 de Barcelona 283/2020, de 24 d'agost, sobre ratificació de mesures especials en matèria de salut pública per a la contenció del brot epidèmic de la pandèmia de COVID-19 en els municipis de Terrassa (Vallès Oriental) i de Canovelles, Granollers i les Franqueses del Vallès (Vallès Oriental). Segons aquesta decisió judicial no pot entendre's justificat l'adopció de mesures addicionals per al municipi de Terrassa degut a que les dades aportades per la pròpia Administració revela que no es troba en situació pitjor que altres municipis ni que la seva situació hagi empitjorat recentment. És més l'evolució de les dades és en línies generals més positiva que l'existent en altres municipis i comarques. No succeix el mateix amb els municipis de Canovelles, Granollers i Les Franqueses on les dades revelen una incidència superior a la resta com una creixent propagació. A això cal afegir la necessària prudència que ha de seguir aquestes decisions.

4.2.—La reforma de la Llei 3/2020, de 18 de setembre, de mesures processals i organitzatives per fer front al Covid-19 a l'àmbit de l'Administració de Justícia

L'actual marc normatiu on s'estableix el repartiment competencial entre els diversos òrgans judicials va ser establert per la Llei 3/2020, de 18 de setembre, de mesures processals i organitzatives per fer front a l'COVID-19 en l'àmbit de l'Administració de Justícia. Així, la legislació atribueix aquest tipus de control als jutjats contenciosos administratiu "quan aquestes mesures estiguin plasmades en actes administratius singulars que afectin únicament a un o diversos particulars concrets i identificats de manera individualitzada". En canvi, "quan els seus destinataris no estiguin identificats individualment" coneixeran les sales d'aquest ordre jurisdiccional en els tribunals superiors de justícia, si es tracta de mesures adoptades per autoritats sanitàries d'àmbit diferent a l'estatal, i les de l'Audiència Nacional, quan siguin per autoritats sanitàries estatals.

Aquesta mesura d'autorització o ratificació no constitueix pròpiament un control de legalitat de la mesura, sinó la de verificar l'afectació a el dret fonamental en base als següents criteris: cobertura legal, competència i proporcionalitat (necessitat, idoneïtat i proporcionalitat en sentit estricte) .

4.3.— L'autorització o ratificació judicial de les mesures adoptades d'acord amb la legislació sanitària que les autoritats sanitàries considerin urgents i necessàries per a la salut pública

La distinció entre l'autorització i la ratificació judicial s'ha plantejat en la Interlocutòria Tribunal Superior de Justícia de Navarra (Sala del Contenciós – Administratiu, Secció 1a), 21/2021, de 24 de febrer [Autorització, no Ratificació]¹⁹². D'una

¹⁹² [Vinculada amb la Interlocutòria del TSJ de Navarra, 18/2021, de 10 de febrer; 10/2021 de 27 de gener; 8/2021 de 21 de gener]

banda, la ratificació indeix sobre una mesura que ja ha desplegat la seva eficàcia, atès que l'interès públic demanda una actuació immediata que per raons d'urgència no pot esperar. Per altra part, l'autorització suposaria un control *ex ante* de la mesura quan encara no ha pogut desplegar els seus efectes.

En aquesta Interlocutòria el TJS de Navarra *autoritza* les mesures sol·licitades pel govern de la Comunitat de Navarra. Tot i així considero que és interessant precisament per la distinció que es fa entre quan procedeix l'*autorització* i quan la *ratificació*, ja que la llei no ho preveu expressament.

“Fonament de dret 3r:

Además, el art. 10.8 [LJCA] se refiere a la competencia del Tribunal Superior de Justicia para "autorizar" o "ratificar" las medidas, sin concretar cuándo procede una decisión u otra. **Es necesario destacar que "autorización" y "ratificación" no son términos sinónimos**, puesto que **la autorización de las medidas necesarias para la salud pública y que impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales adoptadas por la Administración es previa a su ejecución**, en tanto que **la ratificación es posterior a su entrada en vigor y está prevista en supuestos de urgencia**, en los que la Administración debe adoptar las medidas sin poder solicitar, por la propia urgencia de la situación, la previa autorización judicial. [...]

Pues bien, tratándose de la limitación o de la restricción de derechos fundamentales, **siempre que no se trate de una situación especial y necesaria urgencia, la Administración deberá solicitar, como norma, la autorización previa de las medidas concretas** que adopte, a fin de que el Tribunal pueda apreciar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de las mismas, antes de que entren en vigor y **únicamente, si la situación de especial urgencia requiere que la Administración adopte las medidas restrictivas de derechos fundamentales de los ciudadanos, procederá la ratificación**, que necesariamente conlleva una valoración por el Tribunal *ex post* [...].”

4.3.1.—L'objecte del control judicial per a l'autorització o ratificació de les mesures administratives: reglaments de necessitat i actes administratius

La legislació parla de "mesures necessàries i adequades", expressió que pot incloure tant disposicions normatives, els denominats "reglaments de necessitat", com actes administratius, ja siguin de caràcter general o individual.

Els reglaments de necessitat estan dirigits a "fer front a una situació d'especial gravetat i urgència", té "caràcter excepcional i distint dels reglaments executius i per temps determinat, adoptat, no en desenvolupament d'una llei, sinó en ús de les facultats que la Llei concedeix a Govern per fer front a la situació ". La distinció no sempre resulta nítida, però habitualment el caràcter normatiu ve definit per una sèrie de criteris com la seva incorporació a l'ordenament jurídic, el que no s'esgotin en la seva aplicació, la seva vocació de permanència. D'aquesta manera, les mesures on s'estableixen una sèrie de criteris susceptibles de ser aplicats a diverses situacions, com seria, per exemple, el nombre de casos per habitant a partir dels quals s'apliquen determinats tipus de mesura, constituïran reglaments de necessitat. En canvi, quan aquestes mesures s'apliquin a uns àmbits territorials concrets, tot i que afectessin a una pluralitat de persones, podria parlar d'actes administratius de caràcter general.

Aquest tema s'ha plantejat en l'Acte de l'Jutjat del Contenciós-Administratiu de Logronyo 102/2020, de 22 de setembre (Ponent Carles Maria COELLO MARTÍN) on es conclou que:

4.- Recapitulant el ja assenyalat, cal assenyalar que el jutge del contenciós per la llera de l'article 8.6 de la LJCA no esdevé en un "cotitular" de la potestat reglamentària, ni la seva funció ratificadora o autoritzadora és un control de tutela que condicioni l'eficàcia d'una disposició normativa, o si escau, de la no ratificació es conclouï la pèrdua de vigència o fins i tot la seva derogació.

4.1.- Les disposicions materialment normatives no se sotmeten a ratificació judicial. Els acords autonòmics constitueixen reglaments de necessitat que no es sotmeten, ni es poden sotmetre a ratificació.

4.2.- Es tracta d'un reglament de necessitat que l'Administració autonòmica ha adoptat per fer front a una situació extraordinària d'excepcional gravetat i urgència "com és la pandèmia de la COVID 19.

4.3.- Com a tal reglament de necessitat, és de caràcter excepcional i distint dels reglaments executius, i per temps determinat, adoptat, no en desenvolupament d'una llei, sinó en ús de les facultats que el "grup normatiu sanitari" - ordinari i derivat de l'estat d'alarma- concedeix a el Govern i a el Govern de cadascuna de les CCAA en l'àmbit de les seves competències sanitàries per fer front a la situació que plantejava la situació sanitària existent (vide STS de 12 de juliol de 1993. Ar. 1993 / 6191). 4.4.- El jutge per la llera de l'article 8.6 de la LJCA no ratifica ni autoritza l'exercici de el poder reglamentari de necessitat habilitat per la legislació sanitària a la qual hem fet referència; sinó si és el cas, quan l'obligat no executi voluntàriament una ordre de policia sanitària o mandat individualitzat l'execució pot comportar compulsió sobre les persones, i que pot afectar o suposar una mesura restrictiva o aflictiva de drets

Si aquestes mesures no comportaran la restricció de drets i llibertats fonamentals entrarien dins de les facultats d'autotutela que, amb caràcter general, caracteritzen la posició de les entitats locals. Així, per exemple, les mesures de limitació de la llibertat d'empresa imposant horaris o número màxims de persones en un establiment obert a el públic. Com també el tancament d'establiments municipals o la suspensió de la prestació de serveis públics. Aquestes mesures poden ser objecte de control judicial, però aquest esdevé ex post, a través de la impugnació per les persones interessades de les mesures adoptades. En canvi, en la mesura que puguin suposar aquesta restricció seria necessari la prèvia autorització o ratificació judicial. En aquesta línia, per exemple, trobaríem les mesures que suposessin una limitació de la llibertat de circulació de persones.

En relació a la naturalesa d'aquestes mesures un interès particular el planteja una Interlocutòria Tribunal Superior d'Aragó 332/2020, de 3 de desembre. Aquesta interlocutòria judicial porta causa en la decisió sobre les mesures de limitació de la mobilitat perimetral en el municipi de La Almunia de Doña Godina (Saragossa). La ratificació va ser denegada perquè no es trobava encaix en l'art. 3 de la Llei orgànica 3/1986, de 14 d'abril, de Mesures de Salut Pública. La rellevància d'aquesta interlocutòria esdevé en que planteja una qüestió d'inconstitucionalitat contra l'art. 10.8 de la LJCA introduït per la Llei 3/2020, de 18 de setembre, de mesures processals i organitzatives per a fer front al COVID19 per la possible vulneració dels arts. 106 i 117.3 i 4 de la Constitució.

La Sala incideix en la distinció de la ratificació judicial segons la mesura afecti individualment als ciutadans (competència dels Jutjats del contenciós administratiu) o s'adreça a una pluralitat indeterminada de ciutadans (competència de les Sales del Contenciós dels TSJ). Considera que aquesta atribució confereix a les Sales del Contenciós Administratiu dels TSJ “una control previ de constitucionalitat de l'actuació de les Administracions públiques” o “una funció pre-judicial, consultiva vinculant, com apèndix judicial d'un procediment d'elaboració d'una disposició administrativa que té per objecte l'adopció de mesures en matèria sanitària que potencialment impliquin limitació o restriccions de drets fonamentals i es dirigeixin a una pluralitat indeterminada de ciutadans”.

Les mesures de restricció de drets fonamentals que tenen per destinació a una pluralitat indeterminada de ciutadans poden tenir forma d'acte administratiu plurim o de disposició general. A consideració del Tribunal s'introdueix un rudimentari procediment per la seva tramitació que solament contempla la intervenció del Ministeri Fiscal i un exigü termini de tres dies. En cap moment es contempla en aquest procediment la intervenció del ciutadà concret titular de drets que poden veure's afectats Tampoc es preveu recurs contra la decisió que pot adoptar la Sala del Contenciós. Solament intervé l'Administració autora de l'acte i el Ministeri Fiscal en defensa de la legalitat.

Per l'òrgan judicial, aquesta mesura debilita o exceptua el privilegi d'autotutela de l'actuació administrativa que deriva de la presumpció de legalitat i validesa dels actes de les Administracions públiques que enllaça amb els principis de legalitat i eficàcia de l'art. 103.1 de la CE. Considera també que en el control que se li atribueix no pot existir un judici de ponderació pròpiament dit perquè la intervenció judicial opera en un moment previ a la reacció del titular per definició del dret fonamental afectat en front de la mesura administrativa afectada. Per tant, no existeix un conflicte d'interessos que faci necessària una ponderació que justifiqui la intervenció judicial en garantia d'un dret fonamental amenaçat d'una actuació administrativa en front al qual el ciutadà recorre. Considera en definitiva, que es planteja un control en abstracte, la solució es situa en un moment prejudicial. La conseqüència esdevé que suposa, per una banda, una renúncia per l'Administració al privilegi d'autotutela declarativa, situant al Poder Judicial el deure de definir el dret en el cas concret. Per l'altra, són les Sales dels Tribunals Superiors de Justícia les que assumeixen la responsabilitat d'una funció consultiva vinculant que la Constitució no els hi confereix

L'aspecte més rellevant d'aquestes objeccions de constitucionalitat és que el control judicial de mesures que consisteixen en reglaments de necessitat pot comportar en realitat un tràmit del procediment d'elaboració reglamentària, semblant a un dictamen vinculant. Ara bé, no tot tipus de mesures han de consistir necessàriament en normes reglamentàries, sinó també poden trobar actes administratius de caràcter general.

A favor de la constitucionalitat d'aquesta atribució, cal afegir que en la regulació d'alguns drets fonamentals trobem una previsió específica d'intervenció judicial. Així només cal pensar en drets fonamentals com la llibertat personal (art. 17) la inviolabilitat de domicili (art. 18.2), el secret de les comunicacions (art. 18.3) hi ha una previsió específica d'intervenció judicial. En d'altres com la llibertat de circulació (art. 19) o el dret de reunió i manifestació (art. 21) no es preveu expressament la intervenció judicial, però això no exclou aquesta intervenció judicial. Així, l'art. 53 de la Constitució preveu el procediment preferent i sumari per a la garantia dels drets fonamentals, i quan s'hagi esgotat la via judicial ordinària la possibilitat d'acudir a la via del recurs d'empara davant del Tribunal

Constitucional. Aquestes garanties previstes per l'art. 53 no impedeixen que puguin afegir-se d'altres mecanismes com com podrien ser la ratificació o autorització judicial.

Cal tenir present que l'art. 117.4 de la Constitució estableix que: "Els Jutjats i els Tribunals no exerciran funcions altres que les que assenyalava l'apartat anterior (jutjant i fent executar allò que hagi estat jutjat) i les que els siguin atribuïdes expressament per la llei en garantia de qualsevol dret". La funció de garantia del dret constitucional va més enllà de la funció consultiva, sinó que resulta pròpia de la funció de garantir drets. Podríem dir que no hi hauria una invasió de les funcions que la Constitució atribueix a l'Administració (art. 103.1 de la Constitució), ni alteració del principi de separació de poders, ja que l'òrgan judicial es limita a una funció de garantia del dret fonamental des de l'examen del test de proporcionalitat.

4.3.2.—La competència per a adoptar les mesures i la cobertura normativa de les mesures adoptades

El tema de la competència ha estat un factor rellevant de control per l'adopció d'aquestes mesures. En aquest sentit una decisió molt polèmica va ser la que va negar la ratificació d'una mesura adoptada per una Comunitat Autònoma que aplicava una Ordre comunicada resultat d'un acord del Consell Interterritorial del Sistema Nacional de Salut. És el cas de la Interlocutòria Tribunal Superior de Justícia de Madrid 128/2020, de 8 d'octubre. La mesura subjecta a autorització d'una Ordre de la Comunitat de Madrid per la qual s'establien mesures preventives a deu municipis de la Comunitat de Madrid (Alcalà de Henares, Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla i Torrejón de Ardoz). El Tribunal va assenyalar que l'objecte de l'autorització no era avalar la legalitat de l'Ordre, sinó avaluar les mesures adoptades en aquesta de caràcter sanitari i restrictives de drets fonamentals són respectuoses en aquesta limitació amb els interessos que es tracten de protegir, dins el marc que empara aquesta actuació. Per aquesta raó assenyalava que cal analitzar quines mesures limiten o restringeixen drets fonamentals, veure la seva cobertura legal, quina és la competència

de l'Administració que l'acorda, així com verificar els paràmetres de justificació, idoneïtat i proporcionalitat

La Intel·locutòria es centra en l'anàlisi de la competència prevista a la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut, modificat pel Reial Decret Llei 21/2020, de 9 de juny, de mesures per fer front a la crisi sanitària ocasionada pel Covid-19. Així, assenyala que el Consell Interterritorial del Sistema Nacional de Salut és l'òrgan permanent de coordinació, cooperació, comunicació i informació dels serveis de salut entre aquests i amb l'Administració de l'Estat. Afegeix que te com a finalitat promoure la cohesió del Sistema Nacional de Salut a través de la garantia efectiva i equitativa dels drets dels ciutadans en tot el territori de l'Estat.

Segons el Tribunal, aquesta normativa faculta al Consell Interterritorial a "l'activació o disseny de plans i estratègies d'actuació per afrontar emergències sanitàries". No facultaria, en canvi, a adoptar mesures restrictives com podrien ser confinaments territorials on s'està limitant el dret a la llibertat de circulació de persones. Entendre-ho d'altra forma, constituïria una habilitació legal merament implícita per a l'adopció de mesures limitatives de drets fonamentals que no pot ser assumible. La indeterminació de la normativa que atribueix competències al Consell Interterritorial no compliria a judici del Tribunal amb les exigències constitucionals que s'imposen a tals habilitacions legals.

Com a crítica a aquesta decisió judicial és que qui tindria competència per a dictar aquest tipus de mesures com autoritat sanitària seria el Ministre. Podria entendre's d'aquesta forma que el parer del Consell Interterritorial resulta un tràmit per a la consulta de les Comunitats Autònomes afectades, però que en realitat qui pren la decisió seria el Ministre. Sembla així que es podria salvar l'aspecte aquest aspecte competencial.

En sentit contrari trobem la Intel·locutòria Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó 245/2020, de 9 d'octubre, que autoritza una Ordre mesures sanitàries preventives per al municipi de Lleó en execució de l'Ordre comunicada del Ministeri de Sanitat. La

mesura es tracta de la restricció de l'entrada i sortida del municipi de Lleó, llevat de causes justificades, mesures específiques preventives relatives als aforaments màxims, distàncies i horaris. Es preveia que els incompliments individualitzats podran constituir infracció administrativa d'acord amb el Decret-Llei 7/2020, de 23 de julio, règim sancionador específic per incompliment de les mesures de prevenció i contenció ocasionada per la Covid-19 en la Comunitat de Castella i Lleó.

En aquest cas, la Sala va entendre que era competent en base a l'art 10.8 de la LJCA ratificació de mesures d'un municipi del qual els seus destinataris no estan identificats individualment. D'aquesta forma entra en el fons de l'assumpte. Per fer-ho parteix de l'àmbit de control. Aquest no abasta la declaració de conformitat a dret de les mesures, sinó que el control se centra en la seva valoració com a necessàries, justificades i proporcionals. Tanmateix, al Tribunal no consta que l'Ordre comunicada hagi estat objecte de suspensió, per la qual cosa la considera plenament d'aplicació. Considera que la Comunitat de Castella i Lleó està actuant dins les competències assumides en funció de l'art. 148.1.21 de la CE i l'Estat d'acord amb la coordinació en matèria de sanitat via art. 149.1.16 CE. A l'haver limitació de drets cal una habilitació en normes amb rang de llei que el Tribunal troba el seu fonament en la Llei Orgànica 3/1986, de 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública, la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat i la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, General de Salut Pública.

Cal dir, en qualsevol cas, que aquestes contradiccions en les decisions judicials generen incerteses i provoquen situacions contràries a la inseguretat jurídica. En el cas de Madrid sembla que la decisió judicial es va dictar en el context d'un tens debat entre el Ministeri i la Comunitat de Madrid. Aquesta darrera va complir a contra cor amb l'Ordre comunicada dictant una Ordre que no va ser finalment autoritzada per l'òrgan judicial. En aquest sentit, això ha plantejat la reforma del recurs de cassació, per tal de poder evitar les disfuncions que provoquen aquestes decisions clarament contradictòries.

L'altra qüestió fonamental des del punt de vista competencial és si els alcaldes de tenen atribucions per a dictar mesures de confinament domiciliari d'uns veïns. La LRBRL

a l'enumerar el llistat de competències de l'alcalde (art. 21.1), assenyala entre les seves atribucions la de: "m) Adoptar personalment, i sota la seva responsabilitat, en cas de catàstrofe o d'infortunis públics o greu risc dels mateixos, les mesures necessàries i adequades donant compte immediata a Ple." De manera similar trobem en la mateixa Llei quan es regula el "Règim d'organització dels municipis de gran població" un altre llistat de funcions (art. 124.4) que correspon a l'alcalde aquestes poblacions en què s'inclou: "h) Adoptar les mesures necessàries i adequades en casos d'extraordinària i urgent necessitat, donant compte immediata a Ple ". També es preveuen fórmules molt semblants en els règims especials de Madrid¹⁹³ i Barcelona¹⁹⁴

Ara bé, ¿l'atribució que realitza l'art. 21.1.m) de la LRBRL comporta una habilitació perquè els alcaldes imposin mesures restrictives de drets? En aquest sentit, alguns autors han advertit que aquest precepte atribueix a l'alcalde competències extraordinàries respecte a ple, però no suposa una ampliació de les competències municipals, ni tampoc una habilitació per a realitzar aquesta restricció¹⁹⁵. D'acord amb aquesta interpretació, les habilitacions específiques per als alcaldes hauran de trobar-se, per tant, en la legislació sectorial com pot ser la sanitària o bé a la de protecció civil. Així, la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat general de sanitat atribueix una sèrie de responsabilitats als ajuntaments en matèria de control sanitari (art. 42.3)¹⁹⁶. Per la seva banda, la Llei Orgànica 3/1986, de 14 d'abril, de Mesures Especials en Matèria de Salut Pública, habilita les autoritats sanitàries a adoptar una sèrie de mesures.

¹⁹³ Vid. la Llei 22/2006, de 4 de juliol, de Capitalitat i de Règim Especial de Madrid que quan es refereix a les funcions de l'Alcalde (art. 14.1) trobem la de: "f) Adoptar les mesures necessàries i adequades en casos d'extraordinària i urgent necessitat, donant compte immediata a Ple ".

¹⁹⁴ Vid. la Llei catalana 22/1998, de 30 de desembre, de la Carta Municipal de Barcelona que a l'relacionar les atribucions de l'Alcalde (art. 13.1) esmenta la de: "l) Adoptar personalment i sota la seva responsabilitat, en cas de catàstrofe o infortuni públic, o de risc greu d'aquests, les mesures necessàries i adequades, de les que s'ha de donar compte immediatament a l'Plenari oa la Comissió de el Consell Municipal que sigui competent per raó de la matèria ".

¹⁹⁵ Vid. VELASCO CABALLERO, Francisco (2020d).

¹⁹⁶ Així aquest article esmenta entre aquestes responsabilitats: a) Control sanitari de l'entorn: Contaminació atmosfèrica, proveïment d'aigües, sanejament d'aigües residuals, residus urbans i Industrials; b) Control sanitari d'indústries, activitats i serveis, transports, sorolls i vibracions; c) Control sanitari d'edificis i llocs d'habitatge i convivència humana, especialment dels centres d'alimentació, perruqueries, saunes i centres d'higiene personal, hotels i centres residencials, escoles, campaments turístics i àrees d'activitat físic esportives i d'esbarjo; d) Control sanitari de la distribució i subministrament d'aliments, begudes i altres productes, directament o indirectament relacionats amb l'ús o consum humans, així com els mitjans del seu transport; e) Control sanitari dels cementiris i policia sanitària mortuòria.

Sobre aquest tema s'ha pronunciat l'Acte del Jutjat del Contenciós-Administratiu núm. 3 de Barcelona 144/2020, de 22 de juliol. En aquest cas es plantejava la ratificació judicial de l'Decret 4980/2020 de 21 de juliol de l'Alcalde de l'Ajuntament de Mataró que acordava la mesura d'aïllament i quarantena obligatòria en un domicili d'aquesta ciutat de nou persones, per estar afectats per la SARS-Cov, per un període de 14 dies, comptat des del dia de l resultat de la PCR o bé fins que deixin de representar un risc per a la salut pública, depenent la seva prolongació de l dictamen de l'àrea bàsica de salut, per evitar la propagació de la infecció de la Covid-19, tot això d'acord amb el protocol aprovat per les autoritats sanitàries i les mesures de prevenció de la Resolució de la consellera de Salut de la Generalitat de Catalunya SLT / 1429/2020, de 18 de juny. Per a aquest òrgan judicial, els alcaldes dels municipis catalans no estarien habilitats per adoptar aquestes mesures, d'acord amb els següents raonaments

“Teniendo en cuenta toda la normativa anteriormente expuesta, tanto la estatal como la autonómica, esta Juzgadora entiende que la petición formulada no puede prosperar, ello habida cuenta que el Decreto 4980/2020 de 21 de julio dictado por el Alcalde del Ayuntamiento de Mataró cuya ratificación ahora se interesa supone una indudable una limitación de derechos fundamentales que, a juicio de quien suscribe, excede del ámbito competencial propio de quien ostenta la condición de representante de la Corporación Local. Así pues, la petición formulada carece de título habilitante pues no se contempla previsión normativa expresa donde se autorice a un Alcalde, actuando en su condición de autoridad sanitaria, para acordar una medida de confinamiento obligatorio de personas. Existe previsión expresa en cuanto a la mera recomendación, tal y como resulta del art. 9.b) en relación con el art. 40.1.a) de la Ley 4/1997, de 20 de mayo, de Protección Civil de Cataluña, pero no un confinamiento obligatorio como ocurre en el presente caso. Efectivamente, la LO 3/1984 de 14 de abril prevé en el art. 3 la posibilidad de la autoridad sanitaria de adoptar las medidas oportunas para el control de enfermos, personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos, así como las que sean necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible, pero en dicha norma no hay atribución

competencial al Alcalde. Por su parte, el art. 25.j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, invocado por el Ministerio Fiscal, se refiere a la protección de la salubridad pública; sin embargo, esta Juzgadora entiende que no resulta aplicable al presente caso. Efectivamente el art. 5 de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública considera al Alcalde como autoridad sanitaria, pero sólo a los efectos de esta ley y en el marco de sus respectivas funciones. Tal precepto ha de ponerse en relación con las normas anteriormente expuestas. Tampoco resulta atribución competencial a favor del mismo de la Resolución SLT/1429/2020, de 18 de junio, por la que se adoptan medidas básicas de protección y organizativas para prevenir el riesgo de transmisión y favorecer la contención de la infección por SARS-CoV-2. A mayor abundamiento, se considera que la competencia a que se refiere el art. 3 de la Resolución SLT/1429/2020, de 18 de junio lo es a los meros efectos de inspección, vigilancia y control, pero no para adoptar un acuerdo de esta naturaleza, donde sin duda se limitan derechos fundamentales. Por otra parte, tampoco el art. 42.3.c) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad contiene habilitación expresa del Ayuntamiento al respecto, puesto que se refiere a supuestos de "Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad físico deportivas y de recreo."

Al meu parer, aquesta posició resulta excessivament rígida amb relació a l'autonomia local que tenen garantits els municipis d'acord amb la Constitució, per la qual cosa hauria de buscar-se una interpretació més favorable a la mateixa. El reconeixement de competències en matèria de control sanitari, unit a l'habilitació que a les autoritats sanitàries confereix la llei orgànica de mesures en matèria de salut pública, unit de l'atribució competencial a l'alcalde respecte a el ple que realitza la LRBRL, hauria de bastar per a la adopció de mesures com les plantejades.

En qualsevol cas, arran d'aquest tipus de decisions judicials, el Govern de la Generalitat de Catalunya va aprovar el Decret-Llei 30/2020, de 4 d'agost, pel qual s'estableix el règim sancionador específic per l'incompliment de les mesures de prevenció i contenció sanitàries per fer front a la crisi sanitària provocada per la COVID-19, on es conté una regulació anomenada "mesures cautelars" (art. 17), l'incompliment de habilita la imposició de multes coercitives. D'aquesta manera, seria convenient que la legislació autonòmica habilités expressament als municipis per a l'adopció d'aquest tipus de mesures, per aclarir qualsevol dubte a l'respecte.

En base a aquest nou marc normatiu s'ha dictat la Interlocutòria del Jutjat del Contenciós-Administratiu de Barcelona núm. 16, 157/2020, de 26 d'agost, que fa referència precisament a aquest nou marc normatiu per a la ratificació de diverses mesures consistents en la submissió obligatori als residents d'un habitatge a prova PCR, així com aïllament i quarantena.

4.3.3.—Els principis de proporcionalitat i de necessitat de les mesures adoptades

En la Interlocutòria Jutjat del Contenciós Administratiu núm. 5 de Barcelona 283/2020, de 24 d'agost, es va plantejar la ratificació de mesures especials en matèria de salut pública per a la contenció del brot epidèmic de la pandèmia de COVID-19 als municipis de Terrassa (Vallès Oriental) i de Canovelles, Granollers i les Franqueses del Vallès (Vallès Oriental). La decisió judicial es basa en la naturalesa i objecte del procediment d'autorització o ratificació. D'aquesta forma, solament és necessària respecte les mesures que impliquin privació o restricció de la llibertat o d'altre dret fonamental. Per aquestes mesures deixa de regir el principi d'executivitat dels actes administratius. La resta de mesures no requereixen autorització judicial i seran plenament executives i eficaces

L'art. 3 de la Llei Orgànica 3/1986 permet l'adopció de forma general i sense limitacions de totes aquelles mesures que es considerin necessàries en cas de risc transmissible, afegint mesures control malalts i de les persones que hagin estat en

contacte. El control judicial ve referit fonamentalment a l'anàlisi dels requisits de necessitat, proporcionalitat i adequació. Les recomanacions no restringeixen ni limiten drets fonamentals. Les mesures que es limiten a imposar certes obligacions de mitjans als responsables de centres de treball no semblen afectar cap dret fonamental. Així s

Mesures susceptibles d'afectar drets fonamentals a l'establir limitacions i exigències de determinades activitats econòmiques com la llibertat d'empresa del'art. 38 de la CE

Les mesures que afecten a la llibertat religiosa i de culte, així com al dret de reunió, a l'establir limitacions al número de persones que poden assistir a les cerimònies o simplement reunir-se en públic o privat

Caldrà que es consideri acreditat que aquests municipis per la especial incidència de la pandèmia requereixen mesures addicionals i més restrictives que la resta. Així, han de regir dos principis bàsics: un cert favor cap a l'Administració que és qui té tots els elements al seu abast per a conèixer l'estat de la pandèmia; ha d'operar un criteri de prudència en el tractament i control de malalties contagioses. El Tribunal considera que no pot entendre's justificat l'adopció de mesures addicionals per al municipi de Terrassa degut a que les dades aportades per la pròpia Administració revela que no es troba en situació pitjor que d'altres municipis ni que la seva situació hagi empitjorat recentment. És més l'evolució de les ades és en línies generals més positiva que l'existent en d'altres municipis i comarques. En canvi, no succeeix el mateix amb els municipis de Canovelles, Granollers i les Franqueses del Vallès on les dades revelen una incidència superior a la resta com una creixent propagació. A això cal afegir la necessària prudència que ha de seguir aquestes decisions. A continuació, procedeix a analitzar la necessitat, proporcionalitat i adequació de les concretes mesures. En regla general considera adequades les mesures relatives a l'exercici llibertat d'empresa. Pel que fa a les mesures per les cerimònies religioses es detecta una incongruència respecte a les activitats esportives. S'assenyala que la protecció de la llibertat religiosa o de culte és major a la Constitució que la protecció de l'esport o la de la cultura. Per la qual cosa es ratifica parcialment aquesta mesura

D'interès també és la Interlocutòria Tribunal Superior de Justícia de Madrid 116/2020, de 24 de setembre on es planteja la ratificació de mesures una vegada finalitzat l'Estat d'alarma, consistents en l'establiment de límits d'agrupacions en sis persones. Per al Ministeri Fiscal considera que la mesura no implica limitació o restricció del dret fonamental de reunió sinó que es tracta d'una mera afectació al seu exercici que no requereix ratificació o autorització judicial. En canvi, el Tribunal considera contràriament que la mesura suposa una limitació o restricció del dret de reunió per això decideix a entrar en el control de la mesura. Al realitzar aquesta funció, considera que l'establiment del límit en sis persones resulta adequat per l'increment de casos positius i d'hospitalitzacions. Examina l'informe on justifica la necessitat de reduir l'activitat social que és l'element facilitador de la transmissió del coronavirus. Per aquesta raó, considera que resulta una mesura idònia com evidències els informes perquè tracta d'evitar en la mesura del possible la major difusió del virus i una major taxa de propagació. Així, respon al principi de precaució de l'art. 191 del TFUE. També considera que és proporcional en sentit estricte perquè ho fa de la forma menys costosa possible per assolir la finalitat de protecció de la salut que persegueix. I, finalment, considera que compleix el cànon de proporcionalitat. Per això, ratifica la mesura per un període de catorze dies, ja que no considera fer-ho sine die

4.3.4.—La rellevància dels informes tècnics i de la motivació

Els informes tècnics comporten un element essencial en base al qual les autoritats sanitàries justifiquen les mesures adoptades. Es tracta del fenomen de la discrecionalitat tècnica en base al qual l'Administració basa les seves decisions en judicis tècnics emesos per experts que per la seva qualificació. Normalment, la discrecionalitat tècnica ha estat un obstacle al control judicial que limitava la seva funció a aspectes reglats, de caràcter procedimental, així com en que no seguissin criteris objectius i, conseqüentment, fossin arbitraris. Cal dir que en l'àmbit de les mesures sanitàries, el principi de proporcionalitat ha esdevingut un poderós instrument en base al qual els òrgans judicials han procedit a realitzar aquest tipus de control.

Curiosament en alguns casos els tribunals acudeixen a la notorietat al realitzar la seva funció de control. En aquest sentit cal destacar la la Interlocutòria Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó 245/2020, de 9 d'octubre, que autoritza una Ordre mesures sanitàries preventives per al municipi de Lleó en execució de l'Ordre comunicada del Ministeri de Sanitat. El Tribunal considera que l'informe justifica les mesures i que existeix un risc important de transmissió comunitària. Afirma que les mesures són urgents i necessàries, proporcionades atenent l'espai territorial, les persones que apliquen i la duració temporal. A continuació considera que són mesures necessàries i proporcionals. Així, al respecte de la restricció de la lliure entrada i sortida de persones, assenyala que s'ha demostrat l'increment paulatí de brots per tot el territori nacional des que van finalitzar les restriccions a la mobilitat. Pel que fa a la suspensió de visites als centres residencial de persones majors, llevat circumstàncies excepcionals, considera que és notori que en aquests centres s'allotgen sectors de població especialment vulnerables en els que el COVID-19 ha incidit de forma virulenta, ocasionant alts índexs de mortalitat i contagi dels serevis sanitaris. Pel que fa a la limitació a un nombre màxim de sis persones la participació en qualsevol agrupació o reunió en lloc públic o privat, també resulta notori que s'estan produint nombrosos contagis en reunions. En conclusió, la Interlocutòria assumeix l'Informe sanitari que es limita a reproduir. Per fer-ho, acudeix a la notorietat per considerar la proporcionalitat de les mesures

Resultats, conclusions i propostes

1. La necessitat de reforçar les vies administratives prèvies a través de recursos eficaços que evitessin el plet

Les darreres reformes de la legislació sobre procediment administratiu comú no han abordat amb profunditat el tema dels recursos administratius. La necessitat d'esgotar la via administrativa per tal d'accedir a la jurisdicció contenciosa administrativa posa de relleu la seva importància. En la mesura que pugui donar-se una resposta adequada al que sol·licita la persona interessada a través del recurs es podran evitar plets

innecessaris, fet que pot descongestionar la jurisdicció contenciosa administrativa i fer que la tutela judicial efectiva pugui guanyar en qualitat i eficàcia, contribuint a la bona administració de la justícia.

Pel que fa als recursos tradicionals, si bé algú autor ha plantejat la inconstitucionalitat del caràcter preceptiu del recurs d'alçada en la mesura que impedeixi el control judicial de l'executivitat durant la seva tramitació, caldria una reforma que establís el seu caràcter potestatiu o voluntari. La funció de control que té el recurs d'alçada dels òrgans administratius respecte als inferiors podria ser realitzada per altres vies. Així en funció del principi de jerarquia a través de les ordres i circulars de servei podria no solament donar instruccions i criteris per dictar els actes administratius, sinó també establir mitjans de fiscalització o control que en el cas de detectar disfuncionalitats o il·legalitats possessin en marxa els oportuns mecanismes de revisió d'ofici o, en el seu cas de revocació.

L'articulació de mitjans alternatius al recurs administratiu s'han mostrar exitoses en alguns àmbits. Així, els tribunals administratius contractual estan esdevenint un recurs eficaç que ha estat conseqüència del procés d'uropeïtzació de la normativa de contractes públics. En l'àmbit de procediment de selecció d'empleats públics pot esmentar-se per exemple les comissions de reclamacions que coneixen dels concursos d'accés a les places de professorat, segons preveu la Llei orgànica d'universitats. Cal també fer referència al model instaurat pel Consell Tributari de Barcelona que fou conformat inicialment a través de les facultats d'autoorganització de l'Ajuntament i que posteriorment ha arribat a recollir-se a la Llei que regula el règim especial del municipi de Barcelona. El caràcter independent i imparcial d'aquests òrgans permet donar una resposta més satisfactòria, al mateix temps que el ciutadà pot percebre que el seu assumpte és atès amb diligència i seguint criteris de bona administració.

Caldria, però, que la normativa general establís un marc comú per a aquest tipus d'òrgans i mecanismes d'impugnació que substituïssin els recursos tradicionals. Des d'aquest punt de vista caldria que es fixessin criteris per tal de garantir la seva

independència i imparcialitat, així com una composició mixta formada per juristes i tècnics, també caldria regular un procediment que dins de la necessària flexibilitat permetés la celeritat en la tramitació i la garantia d'una decisió justa, així com preveure els efectes suspensius que incentivessin l'acudir a aquest tipus de recursos en lloc d'anar directament a la via judicial. Al meu parer, l'acudir a aquest tipus de vies hauria de ser facultatiu o voluntari, si bé com he comentat anteriorment es podrien establir mecanismes que el fessin atractiu a la persona interessada.

2. El reforçament del paper de l'òrgan judicial en matèria de mesures cautelars a la llum del Dret europeu

Entre els àmbits en els que resulta més evident l'impacte del Dret europeu en el procés contenciós administratiu ha estat el de les mesures cautelars. En base a les decisions del Tribunal de Justícia de la Unió Europea un destacat sector doctrinal ha propugnat un canvi rellevant en el sistema espanyol de mesures cautelars. Aquests canvis es basen en l'adopció del *fumus boni iuris* o aparença de bon dret com a criteri determinant per l'atorgament d'aquestes mesures, així com una apertura del tipus de mesures de caràcter positiu que es poden prendre, més enllà de la tradicional i omnipresent mesura de suspensió de l'acte administratiu.

El examen de la jurisprudència posa de relleu com els òrgans judicials actuen amb contenció i prudència a l'utilitzar el *fumus boni iuris*, per evitar el risc de prejudicar l'assumpte i comprometre l'eficàcia de la sentència. Si bé es tracta d'un criteri útil el reconduïxen a supòsits on la nul·litat de ple dret dels actes administratius, així com a casos que fossin idèntic a situacions resoltes anteriorment en via judicial. Aquesta contenció pot ser valorada positivament, però cal anar perfilant la necessitat de trobar un equilibri entre evitar prejudicar l'assumpte i donar una major operativitat a l'atorgament de mesures cautelars. Sens dubtes, el *periculum in mora*, així com la ponderació d'interessos continua esdevenint els pressupòsits en base als quals es decideix majoritàriament les mesures cautelars.

Pel que fa a les mesures positives és on trobem una major virtualitat. Si bé, la suspensió de l'acte administratiu continua sent la mesura cautelar per excel·lència, els òrgans judicials es van obrint cada cop més a l'adopció d'aquelles. En particular, un tipus de mesura és la perllongació dels efectes d'una autorització de la qual es sol·licita la renovació, distingint-se clarament de la solució quan es sol·licita ex novo aquella llicència.

L'examen de les decisions judicials del Tribunal General com a òrgan del Tribunal de Justícia de la Unió Europea poden esdevenir un bon punt de referència pels òrgans judicials a l'hora de decidir en torn a les mesures cautelars. El Tribunal General ens recorda que per a concedir-les caldrà examinar el fumus boni iuris, la urgència en evitar danys greus i irreparables, així com procedir si cal als interessos en presència. A manca d'una norma de Dret de la Unió Europea té atribuïda una àmplia discrecionalitat per determinar com a ha de verificar les condicions per a realitzar l'examen. Es tracten, en qualsevol cas, de mesures que tenen caràcter provisional i que no poden condicionar la decisió que finalment s'adopti en el plet principal. Pel que fa a l'acreditació dels perjudicis, no es demana una seguretat absoluta, sinó que quan deriva d'un conjunt de factors basta segons el criteri del Tribunal amb un grau de probabilitat suficient. En el cas d'al·legar-se danys merament pecuniaris en general no resulten suficients, "ja que pot ser objecte d'una compensació financera posterior". Així, per a considerar aquest tipus de danys caldrà demostrar "amb proves justificatives, que no disposen dels recursos necessaris per garantir la satisfacció de les seves necessitats bàsiques fins a la lliurament de la decisió en el cas principal

De particular rellevància és el tema de la ponderació d'interessos. Com assenyala el Tribunal General es tracta de verificar quin interès preval i quins efectes ocasionaria en la decisió final, ja sigui anul·lant l'acte i invertint la situació, ja sigui declarant la seva validesa i fer valdre la seva eficàcia. Un dels elements fonamentals se'n deriva de la pròpia naturalesa de provisionalitat que tenen les mesures cautelars. Aquesta provisionalitat fa que el tribunal tingui molt en compte la reversibilitat de la

mesura. Pel que fa als danys estableix criteris específics respecte a les mesures econòmiques. La mera invocació d'un perjudici econòmic no basta per atorgar la mesura cautelar, però això no impedeix al tribunal afinar uns criteris que permetin determinar els supòsits en que resulten procedents. La utilització del *fumus boni iuris* que és un dels elements fonamentals per a determinar la mesura cautelar és utilitzat amb prudència per evitar prejudicar el fons de l'assumpte i convertir la sentència en merament il·lusòries.

3. Les insuficiències del control de la inactivitat administrativa i la via de fet i la necessitat d'avançar en aquest àmbit

El control de la inactivitat administrativa s'ha vist encotillat per la seva regulació a través del recurs previst a l'art. 29 de la LJCA i en la seva exigència de prestació concreta. Pel que fa a la inactivitat reglamentària es tracta de l'exercici d'una potestat que ha estat considerat àmpliament discrecional, fet que ha dificultat el seu control. Les facultats de control queden limitades a la condemna, no podent-se substituir al titular de la potestat reglamentària. Cal dir, però, que s'han produït notables avenços en el control d'aquesta inactivitat bé exigint que hi hagués un imperatiu legal de dictar la norma, bé constant aquesta inactivitat per la producció d'una situació que fos contrària a la legalitat.

Particular menció ha d'assenyalar-se al recurs contra la inactivitat per actes fermes, on l'abast del control judicial no està en examinar la legalitat de l'acte ferm, sinó del compliment de les obligacions que se'n deriven d'aquest acte. En aquest sentit, un avenç rellevant ha estat el considerar com a tal acte ferm els casos on s'ha produït el silenci positiu. Per tant, en aquests casos, el control judicial se centra en l'examen de si s'ha produït correctament el silenci positiu i, per tant, es generen legalment els efectes d'un acte administratiu finalitzador del procediment. Cal, però, seguir avançant des del punt de vista legislatiu procedint a modificar la legislació vigent de forma que no es tramitin a través d'un procediment abreujat, sinó a través d'un incident cautelar.

Entre les qüestions que ha plantejat aquest recurs contra la inactivitat és si l'acció està subjecta a un termini. Aquest sentit ha estat resolt en la línia d'aplicar per analogia la doctrina sobre la impugnació del silenci administratiu negatiu que l'equiparava a les notificacions defectuoses, deixant obert el termini fins que l'Administració compleixi adequadament amb la seva obligació de resoldre i notificar.

Pel que fa al recurs contra la via de fet podem constatar la diversitat de situacions que poden acollir-se. Així, podem trobar casos com l'ocupació del subsol d'una finca que és propietat privada mitjançant una galeria de clavegueram visitable; la imposició de descomptes o reintegraments en la nòmina de retribucions en concepte de complement de jornada complementària; la publicació institucional reiterada, sota el compte oficial de Twitter del Consell de Govern d'una comunitat autònoma, sota un perfil institucional, de tuiters on els assoliments s'atribueix personalment una persona amb la utilització d'un hashtag; la col·locació d'una bionda que talla l'accés a una benzinera i un restaurant, el perllongar *de facto* l'internament d'una persona en les dependències d'un aeroport sense resoldre en termini la petició de reexamen de la denegació de protecció internacional. En qualsevol cas, la via de fet es mostra com un instrument rellevant que permet acabar amb situacions grolleres bàsicament per dues qüestions fonamentals la manca de tota competència o el prescindir de qualsevol tipus de procediment.

4. L'execució de sentències i la superació del paper de l'òrgan judicial com a mer vigilant passiu

La consideració per la Constitució de l'execució de sentències com una facultat jurisdiccional i no com merament administrativa per part de l'òrgan que ha de complir-la esdevé un pas qualificat. En aquesta mateixa línia l'art. 6 del CEDH quan regula el procés equitatiu, també comprèn l'execució de sentències. En aquesta superació dels antics privilegis de l'Administració, cal continuar avançant per aconseguir una tutela judicial plena.

L'anàlisi de la jurisprudència permet comprovar la rellevància dels principis d'intangibilitat, immodificabilitat o invariabilitat de les resolucions judicials en l'execució de sentències. Com els incidents que es duen a terme han de tendir a la realització completa de la decisió judicial l'execució del qual s'insta. Ara bé, tampoc es pot extralimitar les funcions d'execució de sentències en el corresponent incident procedint-se a ampliar els termes del debat a qüestions que haurien d'haver estat tractades en el litigi processal.

Pel que fa a la interpretació i aplicació de la decisió judicial que es vol executar no haurà de ser estrictament literal, sinó que pot i ha de ser clarament finalista. En quant al contingut de l'execució de les sentències caldrà examinar el tema des d'una doble perspectiva: la de l'activitat jurídica transformada o eliminada amb la sentència i l'activitat material o fàctica sobre la qual incideix.

En qualsevol cas, l'examen del marc normatiu i jurisprudencial permet comprovar un increment de les facultats dels òrgans judicials tendents a dur a terme l'execució de les sentències quan el subjecte que ha de complir-les esdevé l'Administració pública.

5. Els recursos judicials i la rellevància cassacional objectiva

La reforma del recurs de cassació contra sentències judicials s'ha realitzar a través del concepte jurídic indeterminat "rellevància cassacional objectiva". Aquesta reforma ha permès que el Tribunal Suprem a través de la seva Sala del Contenciós Administratiu conegués d'assumptes que fins ara quedaven exclosos amb la rigidesa del sistema de llista taxada. Això ha augmentat el caràcter nomofilàtic del recurs, evitant la seva conversió en una mena de tercera instància. Com a contrapartida, en canvi, s'ha produït un cert decisionisme judicial.

L'impacte del Dret europeu es manifesta en la necessària reforma del sistema de recursos facilitant l'apel·lació quan es tractin d'infraccions administratives greus com a conseqüència del Protocol 17 del CEH que preveu el dret a la doble instància. El detonant

d'aquest canvi és la Sentència Saquetti. Cal, però, una modificació legislativa per assegurar-ne la doble instància, ja que en el cas que es reconduís aquests casos al recurs de cassació, bé o no donaríem satisfacció a aquesta doble instància donades les característiques de la cassació, bé estaríem utilitzant un recurs que no és l'apropiat per a garantir aquest dret.

La recent reforma del recurs de cassació per a resoldre les possibles contradiccions en les decisions que han ratificat o autoritzat mesures sanitàries restrictives de drets es mostra necessària, si bé continuen plantejant-se algunes incerteses com es posa de relleu en el proper apartat.

6. La tutela dels drets fonamentals davant les mesures restrictives o limitatives de drets fonamentals en situacions d'emergència sanitària

La crisi de la pandèmia del COVID-19 ha posat de relleu la importància del control judicial respecte a les mesures sanitàries de restricció de drets fonamentals. La disfunció que s'ha produït ha estat la contradicció entre interlocutòries judicials, produint-se una situació en que la seguretat jurídica s'ha vist greument ompromesa. Per aquesta raó en diversos moments s'ha acudit a l'estat d'alarma, que preveu la Constitució, per evitar-ne aquest tipus de control. Per intentar solventar aquesta qüestió recentment s'ha produït una reforma de la LJCA que permet conèixer per la via del recurs de cassació davant el Tribunal Suprem de les sentències dels Tribunals Superiors de Justícia.

La qüestió rellevant que es produeix en aquestes situacions és la naturalesa jurídica de les mesures limitatives o restrictives de drets fonamentals. Aquestes mesures poden ser de divers tipus: reglaments de necessitat, actes administratius de caràcter general adreçats a una pluralitat indeterminada de persones, actes administratius de caràcter individual per una persona o grups de persones. Així, podem trobar mesures de confinament perimetral a una comunitat autònoma o a un municipi que van adreçades al

conjunt de la població que es troba en aquell territori en funció dels casos detectats. En d'altres casos, en canvi, es tractaria de mesures individuals del confinament de les persones a les que s'ha sotmès a unes proves de detecció de la malaltia.

Si es tracten de mesures que són en realitat reglaments de necessitat, sembla que podria qüestionar-se la conveniència d'aquest control judicial. De fet, alguns òrgans judicials han procedit a declarar la inadmissió de la sol·licitud d'autorització o de ratificació de mesures sanitàries basant-se en que d'altra forma estarien realitzant una funció que no els hi correspon, equivalent a un dictamen d'un òrgan consultiu en el procediment d'elaboració de normes reglamentàries. Fins i tot, el Tribunal Superior de Justícia d'Aragó ha plantejat una qüestió d'inconstitucionalitat davant el Tribunal Constitucional per entendre que estarien fent una funció distinta a la jurisdiccional que tenen encomanada d'acord amb l'art. 117.3 de la Constitució. Cal dir, amb tot, que l'art. 117.4 de la nostra Carta Magna estableix que: “Els Jutjats i els Tribunals no exerciran funcions altres que les que assenyala l'apartat anterior *i les que els siguin atribuïdes expressament per la llei en garantia de qualsevol dret*”. Des d'aquesta perspectiva caldria que el legislador delimités amb claredat els supòsits i l'abast de la intervenció judicial.

L'altre tema fonamental per a la realització correcta d'aquest tipus de control és determinar si realment s'està restringint drets fonamentals o no. Així, les mesures basades en la llibertat d'empresa (art. 38) com podrien ser les limitacions d'aforaments de bars, restaurants o altre tipus d'establiments no haurien de requerir aquesta intervenció judicial, ja que no es tracta pròpiament d'un dret fonamental. En canvi, si que s'estarien afectant drets fonamentals en les mesures de limitació de locals de culte a l'encabir-se dins del dret a la llibertat religiosa (art. 16) o quan la mesura sigui de limitació del dret de manifestació o de reunió (art. 21). Això no vol dir, però, que les mesures que incideixin en la llibertat d'empresa no hagin de tenir una cobertura legal suficient ni que puguin ser objecte de control judicial. Les mesures administratives adoptades al efecte podran ser objecte d'impugnació a través del recurs contenciós administratiu, una vegada esgotada la via administrativa.

El control judicial respecte a mesures restrictives o limitatives de drets fonamentals no es un control de legalitat, que en el seu cas es podrà fer amb caràcter *ex post* a través de la corresponent impugnació. En aquest cas es tracta d'un control per a garantir el dret fonamental respecte a l'adopció d'aquest tipus de mesures. D'aquesta forma, caldrà verificar l'existència d'una cobertura legal per adoptar la mesura, la competència de l'òrgan que la dicta, així com un judici de proporcionalitat on s'examini la necessitat, la idoneïtat i la proporcionalitat en sentit estricte.

Per tal d'evitar possibles contradiccions en el control judicial d'aquest tipus de mesures resulta necessari d'una banda que l'ordenament jurídic doni la cobertura legal necessària a aquest tipus de mesures, preveient amb major certesa les situacions en les que poden adoptar-se, així com ha de deixar clar quines són les autoritats que ho poden fer-ho. D'altra banda, poden produir-se situacions com la que s'han produït a Catalunya on diverses decisions judicials no han autoritzat les mesures adoptades pels alcaldes, fet que ha provocat una reforma normativa a través de la via del Decret-Ilei. Caldria, per tant, clarificar bé l'atribució de competències.

En aquest tipus de control assoleix una importància significativa l'acreditació per part de l'autoritat que adopta la mesura de les circumstàncies que l'avalen. D'aquesta forma serà fonamental l'informe tècnic on s'acrediti aquestes circumstàncies. Cal dir que en alguns casos els tribunals per a suplir les mancances han acudit fins i tot a la via de la notorietat. Creiem que seria bo que la normativa establís uns requisits mínims i unes garanties que haurien de complir aquest informe per tal de facilitar la seva valoració per l'òrgan judicial.

Pel que fa al procediment en el que es tramiten aquestes mesures si bé cal mantenir el seu caràcter sumari i àgil, atès la urgència que requereixen aquestes mesures, seria necessari preveure atès la seva transcendència la participació de les parts afectades a més del Ministeri Fiscal A part d'aquest seria recomanable comptar amb la intervenció d'altres parts com podria ser un alcalde respecte a una mesura de confinament del seu municipi.

Referències

- Abellán García, J. (1983). Liberalismo alemán del siglo XIX: Roben Von Mohl. En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 33.
- Aguado i Cudolà, V. (1993). La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo. En L. Martín-Retortillo Baquer (Ed.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, vol 2 (La jurisdicción contencioso-administrativa)*. Civitas, pp. 1675-1736.
- Aguado i Cudolà, V. (1998). Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional. En *Revista de Administración Pública* 145, 329-362.
- Aguado i Cudolà, V. (2001). *El recurso contra la inactividad de la Administración*. Marcial Pons.
- Aguado i Cudolà, V. (2000). Los orígenes de lo contencioso-administrativo a través de la legislación sectorial de la década moderada: garantía de la función administrativa y derechos de los particulares. En F. Sosa Wagner (Ed.). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo II, Tirant lo Blanch, 2427-2486.
- Aguado i Cudolà, V. (2011). La aplicación de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos al procedimiento administrativo español ¿Una judicialización de la actividad administrativa? En Parisio, V. *Diritti interni, Diritto comunitario e principi sovranazionli*. Giuffrè.
- Aguado i Cudolà, V. (2011). Poder judicial y derecho a la buena administración de justicia: el gobierno de los jueces en el Estado autonómico español. En R. Toniatti, M. Magrassi, (Eds.). *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Cedam.
- Aguado i Cudolà, V. (2012). El silencio administrativo: proceso evolutivo y claves del régimen actual. En T. Quintana López (Dir.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Tirant lo Blanch.
- Alonso Ibáñez, M. R. (1996). *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas.

- Bachof, O. (1958): La jurisdicción administrativa en la República federal alemana. En <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112353.pdf>
- Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel (1992). *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel (1996). Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo). Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel (2008). Las transformaciones de la justicia administrativa en el siglo XXI y el contencioso-administrativo local. En *Cuadernos de Derecho Local* 18, 7-16.
- Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel (2008). El derecho a un proceso equitativo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En I. Agirreazkuenaga Zigorraga (Coord). *Derechos fundamentales y otros estudios: en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. Vol. 2, 1327-1348.
- Barnés Vázquez, Javier (1993). *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas.
- Beltrán de Felipe, Miguel (1995). *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*. Civitas.
- Benvenuti, F. (1959). Autotutela (dir. Amm.). En F. Calasso (Ed.). *Enciclopedia del diritto*. (vol. IV). Giuffrè, 537-556.
- Betancor Rodríguez, A. (1992) *El acto ejecutivo*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Botto Álvarez, A. (2014)- Las partes en el proceso contencioso-administrativo” a A. Ezquerro Huerva, J. Oliván del Cacho, (Eds.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Tirant lo Blanch.
- Burdeau, F. (1989). *Histoire de l'administration française du 18e au 20è siècle*. Montchrestien.
- Burdeau, F. (1995). *Histoire du droit administratif*, PUF, Col. Thémis Droit Public.
- Burlada Echeveste, J. L. (2018). *La vía de hecho en el Derecho administrativo francés: génesis, desarrollo y configuración actual de la théorie de la voie de fait*. JM Bosch.

- Camocho Cantudo, M. Á., Acosta Ramírez, F. (Coord.) (2014). *El nacimiento de la justicia administrativa provincial: De los consejos de prefectura a los consejos provinciales*, Dykinson.
- Casado Casado, L. (2019). *Los recursos en el proceso contencioso-administrativo: restricciones y limitaciones*, Tirant lo Blanch.
- Casasse, S. (1991). *Le basi del Diritto amministrativo*. Nuova biblioteca scientifica Einaudi.
- Castán Tobeñas, J. (1963). *Los principios filosófico-jurídicos y jurídicos políticos del Régimen Español*. Instituto de Estudios Políticos.
- Chevalier, J. (1989). Reflexions sur l'arrêt «Cadot». En *Droits* 9.
- Chevalier, J. (1992). *L'Etat de droit*. Montchrestien.
- Cobrerros Mendazona, E. (2020). El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional. En *Revista Vasca de Administración Pública* 118, 17-48.
- Cordón Moreno, F. (1999): *El proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi.
- Díaz, E. (1992): *Estado de Derecho y sociedad democrática*, (8a ed.) Taurus Humanidades.
- Esteve Pardo, J. (2012). La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria. En *Revista de Administración Pública* 189, 11-40.
- Esteve Pardo, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Marcial Pons.
- Esteve Pardo, J. (2014). Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición, de las relaciones entre Estado y Sociedad. En *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, 8, 101-108.
- Esteve Pardo, J. (2019). *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho Público en Europa*. Marcial Pons.
- Esteve Pardo, J. (2020). *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder*. Marcial Pons.

- Ezquerria Huerva, A., Oliván del Cacho, J., Alfonso Mas, M.J. (2021). *Comentarios a la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Tomo I. Tirant lo Blanch.
- Farcía Pérez, M. (2000). Reflexiones sobre el objeto del proceso contencioso-administrativo. En F. Sosa Wagner (Ed.). *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tirant lo Blanch.
- Fernández Salmerón, M. (2001). Nuevas tendencias de la justicia administrativa en Italia: Hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos. En *Revista de Administración Pública* 154, 501-540.
- Fernández Torres, J. R. (1998a). *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*. Civitas y CGPJ, 1998.
- Fernández Torres, J. R. (1998b). *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid: Civitas.
- Fernandez Torres, J. R. (2007). *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*. Iustel.
- Font i Llovet, T. (1985). *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*. Civitas.
- Fougère, L. (1974). *Le Conseil d'Etat son histoire á travers les documents d'époque 1799-1974*. Centre National de la Recherche Scientifique.
- Gallardo Castillo, M. J. (2006). *Los problemas de aplicación supletoria de la LEC en el proceso contencioso-administrativo*. Iustel.
- Gallego Anabitarte, A. (2009). *Poder y Derecho. Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*. Marcial Pons.
- Gallo, C. E. (2016). *Manuale di giustizia amministrativa*. Giappichelli.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (1974). La formación histórica del principio de autotutela de la Administración. En *Moneda y crédito*. 128, 59-87.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (1981). *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* (2a ed.) Tecnos.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (1975). Sobre los derechos públicos subjetivos. En *Civitas. Revista española de Derecho administrativo* 6, 427-448.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (1989). *Hacia una nueva justicia*

- administrativa*. (2a ed.) Civitas.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (2006). *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español* (3a ed.) Civitas.
 - García de Enterría Martínez-Carande, E. (2000). Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista. En *Revista de Administración Pública* 152, 93-105.
 - García de Enterría Martínez-Carande, E. (2009). La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva. En *Revista de Administración Pública* 179, 167-183.
 - García Pérez, M. (1999): *El objeto del proceso contencioso-administrativo*. Aranzadi.
 - Garrido Cuenca, N. M. (1998). *El acto de gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español*. Cedecs.
 - Garrido Falla, Fernando (1968). La evolución del recurso contencioso-administrativo en España. En *Revista de Administración Pública* 55, 9-26.
 - Geis i Carreras, Gemma (2013). *La ejecución de las sentencias urbanísticas*. (2a edición). Atelier.
 - Giannini, M. S. (1987). *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*, INAP.
 - Gómez Díaz, A. B. (2014). *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*. Iustel.
 - Gómez Puente, M. (2002). *La inactividad de la Administración*. (3a ed.), Aranzadi.
 - González Pérez, J. (1955). *Derecho procesal administrativo*. Instituto de Estudios Políticos.
 - González Pérez, J. (1953). La pretensión procesal administrativa. En *Revista de Administración Pública*, 12, 77-128.
 - González-Varas Ibáñez, S. (1992). Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional. En *Poder Judicial* 26, 25 y ss.
 - González-Varas Ibañez, S. (1993). *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*. Civitas i Ministerio de Justicia.

- González-Varas Ibañez, S. (1999). *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) Adaptados a la nueva concepción subjetiva*. Tecnos.
- Huergo Lora, A. (2000). *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*. Aranzadi.
- Huergo Lora, A. (2012). Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada. En *Revista de Administración Pública*, 189, 41-73.
- Laleff Ilieff, R. J. (2015). Schmitt y la paradoja del estado total. En *Discusiones Filosóficas*. Año 16 Nº 26, 33 – 47. DOI: 10.17151/difil.2015.16.26.3
- Lasagabaster Herrarte, I. (2009) (Ed.). *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemáticos*. Civitas.
- Lasagabaster Herrarte, I. (2020). La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías. En *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*. 19, 127-153.
- López Menudo, F. (2018a). *Obra escogida*, vol. I, Universidad de Sevilla.
- López Menudo, F. (2018b). El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?. En *Revista de Administración Pública*, 207, 13-41. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.01>
- López Ramón, F. (Ed.) (2016). *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP i AEPDA.
- Lozano Cutanda, B. (2020). La Sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas. En *Revista de Administración Pública*, 213, 181-207. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.08>
- Martín Rebollo, L. (1975). *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 1888*. Instituto de Estudios Administrativos.
- Martín Rebollo, L. (2015). *Leyes administrativas. Manual y normas básicas*. Civitas, 413-422
- Míguez Macho, L. (2016). ¿Es constitucional la carga de recurrir en alzada para poner fin a la vía administrativa? En F. López Ramón (Ed.) *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP i AEPDA.
- Morand-Deviller, J. (2013). *Droit administrative*. LGDJ.
- Moreno Trapiella, P. (2008). El control judicial de las sanciones administrativas en el convenio europeo de derechos humanos. *Documentación Administrativa*. 280-281 (Exemplar dedicat a: la potestat sancionadora de les Administracions Públiques I).
- Moreno Trapiella, P. (2013). La aplicación del artículo 6 CEDH en el procedimiento

- administrativo sancionador. En *Revista española de Derecho administrativo*. 157, 49-84.
- Moreu Carbonell, E. (2013). El ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa” a A. Ezquerro Huerva, J. Oliván del Cacho, *Estudio de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Tirant lo Blanch.
- Nettel Barrera, A. C. (2013). La jurisdicción contencioso administrativa en el contexto de los Estados democráticos. En Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/4.pdf>>
- Nettel Barrera, A. C. (2014). El objeto del proceso contencioso-administrativo. En A. Ezquerro Huerva, J. Oliván del Cacho (Eds.). *Estudio de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Tirant lo Blanch.
- Nieto García, A. (1966). Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España. En *Revista de Administración Pública* 50, 27-50.
- Nieto García, A. (1968). Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo. En *Revista de Administración Pública* 57, 9-33.
- Otto y Pardo, I. De (1987). *Derecho constitucional, Sistema de fuentes*. Ariel.
- Parada Vázquez, J. R. (1969). Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso. En *Revista de Administración Pública* 59, 41-70.
- Parisio, V. (Ed.) (2009). *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali*. Giuffrè.
- Peñalver i Cabré, A. (2013). *Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos*. En *Revista de Administración Pública* 190, 149-194.
- Peñalver i Cabré, A. (2015). *La defensa de los intereses colectivos en el Contencioso-Administrativo*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Picó i Junoy, J. (2011). *Las garantías constitucionales del proceso*. J. M. Bosch.
- Rodríguez Pontón, F. J. (2005). *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*. Thomson Civitas.
- Salamero Teixidó, L. (2014). *La autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa*. Marcial Pons.

- Salamero Teixidó, L. (2020a). Covid-19 y jurisdicción contencioso-administrativa: la autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la tutela de la salud pública. En L. SALAMERO TEIXIDÓ (Coord.): *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, 309-336.
- Salamero Teixidó, L. (2020b). Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19. En *Diario La Ley* 9638.
- Salinas Alcega, S. (2009). *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*. Iustel.+
- Sánchez Morón, M. (1999). El objeto del recurso contencioso-administrativo. En J. Leguina Villa, M. Sánchez Morón (Eds.). *Comentarios a la Ley de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Lex Nova.
- Santamaría Pastor, J. A. (1975). Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa. En *Revista de Administración Pública* 77, 81-137 y *Sobre la génesis del Derecho administrativo español del siglo XIX (1812-1845)*. Instituto García Oviedo.
- Santamaría Pastor, J. A. (2010). *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Iustel.
- Spaventa, G. (1880). Giustizia amministrativa. <https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/40468/intra_033977.pdf/0500a949-3911-f363-fd99-9c9a8363c898/intra_033977.pdf>
- Soldevila Frago, S. (2020). Sentencia de gran impacto: Asunto Saquetti Iglesias v. España. STEDH de 30 de junio de 2020. En *El Consultor de los Ayuntamientos*, La Ley 5811/2020.
- Sommermann, K.-P. (2018). El papel de la Ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de Derecho. <http://aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/kas-18233-1522-4-30.pdf>
- Tornos Mas, J. (1989). El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona. En *Documentación administrativa*. 220, 207-226.
- Tornos Mas, J. (2016). Los órganos administrativos independientes de resolución de recursos

administrativos. La *Proportionate Dispute Resolution*. En F. López Ramón (Ed.) *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP i AEPDA.

—Trayter Jiménez, J. M. (2009). La jurisdicción contencioso-administrativa: procedimientos especiales y recursos. En T. CANO CAMPOS (Ed.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*. Iustel, 315-351.

—Trayter Jiménez, J. M. (2019). *Derecho administrativo. Parte general*, Atelier.

—Ule, K. (1964). La Ley de 21 de enero de 1960, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania. En *Documentación administrativa* 73, 22-37.

—Vicente Domingo, R. DE (2015): *La inactividad administrativa en la ejecución de actos firmes*, Cizur Menor: Civitas, 2015.

—Von Gneist, R. (1884). *Lo Stato secondo il Diritto ossia la Giustizia nell'Amministrazione politica*. Nicola Zanichelli, traducción de I. Artom.

—Wright, V. (1972). *Le Conseil d'Etat sous le Second Empire*. Presses de Sciences Po.