

LUIS MEDINA ALCOZ

Profesor Titular de Derecho administrativo en la Universidad Complutense de Madrid

Letrado del Tribunal Constitucional

luismedinaalcoz@hotmail.com

EL DERECHO A LA ACCIÓN EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

THE RIGHT TO SUE IN SPANISH ADMINISTRATIVE PROCEEDING

SINTESI

El presente estudio aborda sumariamente el problema del control judicial de la administración en España a fin de contextualizar la cuestión de la acción en nuestro contencioso-administrativo. Ilustra cómo, en el marco del humanismo europeo de la segunda postguerra mundial y del nuevo constitucionalismo, el ordenamiento español viene reconociendo el derecho a la acción en muy amplios términos. Concluye que el Derecho de la Unión Europea no ha sido un factor particularmente relevante a este respecto. También que la Constitución libra amplios márgenes para que el legislador ajuste el orden contencioso-administrativo a criterios de eficiencia, evitando el colapso por acumulación de asuntos, salvo en lo que afecta, precisamente, al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

ABSTRACT

The present essay summarily addresses the problem of judicial review of administration within Spanish Law in order to contextualize the issue of action in our *contencioso-administrativo*. It illustrates how, in the framework of the European humanism following the Second World War and the new constitutionalism, the Spanish system has recognized the right to action in very broad terms. It concludes that European Union law has not been a particularly relevant factor in this regard. Also that the Constitution frees ample margins for the legislator to adjust the *contencioso-administrativo* to criteria of efficiency, avoiding collapse due to the accumulation of cases, except in what affects, precisely, the fundamental right of access to the jurisdiction.

PAROLE CHIAVE: derecho español, justicia administrativa, jurisdicción contencioso-administrativa, derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, derecho a la acción.

KEYWORDS: spanish Law, administrative justice, judicial review of administration, fundamental right to access to the jurisdiction, right to action.

INDICE: 1. Planteamiento. – 2. Contexto del derecho a la acción: el problema del control judicial de la administración en España. A. Orígenes de la justicia administrativa española. B. Tendencia histórica a la sobreprotección de la administración en la justicia administrativa. C. Tendencia actual a la protección judicial plena frente a las extralimitaciones del poder. – 3 El reconocimiento del derecho a la acción en

muy amplios términos. A) El impulso humanista. B) El impulso constitucional. C) El impulso europeo. –
4. Consideraciones finales.

1. Planteamiento.

El alcance del derecho a la acción frente a la administración depende sustancialmente de tres factores: el alcance de la actividad administrativa impugnada; el alcance de las normas que se pueden hacer valer en el proceso administrativo; y el grado de conexión exigido entre la esfera de intereses del titular del derecho a la acción y la infracción normativa que se quiere remediar. De acuerdo con estas variables, el contenido del derecho a la acción será mayor o menor según que el ordenamiento jurídico correspondiente permita o impida, por ejemplo, la impugnación de actos políticos, reglamentos, actos de trámite o actividades materiales; según que permita o impida la invocación de normas puramente organizativas o destinadas exclusivamente a la protección de intereses generales; y según que permita iniciar el proceso a quien no se juega nada verdaderamente dentro de él o, a la inversa, únicamente a quien arriesga un interés claro o directo.

El presente trabajo tomará en consideración estas variables a fin de mostrar que el Derecho administrativo español responde desde los años cincuenta del siglo pasado a una clara tendencia a reconocer el derecho a la acción en términos muy amplios. Comoquiera que este estudio se dirige a estudiosos italianos, debo necesariamente contextualizar la cuestión de la acción, introduciendo algunas nociones básicas sobre cómo ha resuelto el ordenamiento español el problema más general del control judicial de la administración pública.

2. Contexto del derecho a la acción: el problema del control judicial de la administración en España.

A) Orígenes de la justicia administrativa española

A principios del siglo XIX, al tiempo que se combate en España al ejército napoleónico, se adoptan medidas destinadas a transformar la sociedad estamental del Antiguo Régimen en consonancia con los postulados básicos del liberalismo. Entre ellas, una Constitución, aprobada por las Cortes extraordinarias constituidas en Cádiz en 1812, que, en lo que aquí importa, establece un sistema de control judicial de la administración pública. Tras abolir los señoríos jurisdiccionales y los fueros privilegiados, el texto constitucional previó la unidad jurisdiccional (art. 248), la separación de los

poderes ejecutivo y judicial, así como la independencia judicial plena; el ejecutivo «no puede en ningún caso ejercer las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los procesos fenecidos» (art. 243); la facultad de juzgar «pertenece exclusivamente a los tribunales» (art. 242). Todas las funciones judiciales (asuntos *contenciosos*), antes *atribuidas* órganos también encargados del gobierno o administración (asuntos *gubernativos*), quedan ahora en manos del poder judicial (arts. 261.7, 274 CE 1812; Reglamento de las Audiencias y los Juzgados de primera instancia de 9 de octubre de 1812).

Sin embargo, gobiernos sucesivos acabaron otorgando a la administración amplios privilegios jurisdiccionales: sustracción de ámbitos sectoriales al control judicial; recursos o reclamaciones administrativas previas; *solve et repete* en materia fiscal; prohibición de interdictos contra acciones de la administración; inembargabilidad de los bienes públicos; exigencia de autorización para procesar a los empleados públicos¹. Finalmente, las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 (de los Consejos Provinciales y el Consejo Real, luego llamado de Estado) instauran un sistema de justicia *administrativa* y *retenida* de inspiración francesa, con antecedentes en las justicias privativas del Antiguo Régimen². El Consejo Real administraba justicia *retenida* porque carecía de jurisdicción propia, esto es, porque, aunque ejerciera funciones contenciosas, operaba siempre como órgano consultivo; la decisión final correspondía al Rey. No obstante, los Consejos provinciales disponían de jurisdicción *delegada* al

¹ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el Siglo XIX (1812-1845)*, reimpresión de la primera edición de 1973, Madrid, Iustel, 2006, pp. 48-58, 80-117, 165-175. En la misma línea, con relevantes matices: C. GARRIGA, M. LORENTE, *Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión*, en J. M. INURRITIGUI, J. M. PORTILLO VALDES, *Constitución en España, orígenes y destinos*, Madrid, CEP, 1998, pp. 215-272; C. MUÑOZ DE BUSTILLO, F. MARTÍNEZ PÉREZ, “Justicia y administración en el primer experimento constitucional”, *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, CGPJ, 2009, pp. 184-221.

² El Estado absoluto, al incrementar la intervención pública en la vida social, trasladó la gestión íntegra de determinadas materias (tributos, patrimonio real, montes), incluidas, por tanto, las controversias judiciales o *contenciosas*, a órganos monocráticos o comisariales, llamados “justicias privativas”; y lo hizo liberando de las solemnidades propias de los enjuiciamientos, imponiendo el método expeditivo e informal característico de los asuntos *gubernativos* y excluyendo el régimen ordinario de recursos (p. ej., el recurso de segunda suplicación o injusticia notoria ante el Consejo de Castilla). Se trataba de una suerte de jurisdicción especializada, antecedente directo de los regímenes de justicia administrativa (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La formación histórica del principio de autotutela, Moneda y Crédito*, núm. 128, 1974, pp. 59-87). Por esta razón, nuestros tratadistas del siglo XIX, aunque reconocían la inequívoca influencia francesa, afirmaban que «lo contencioso de la administración no es nuevo entre nosotros, sino que se le ha apellidado con nuevo nombre al deslindarlo y sujetarlo á fórmulas más precisas y determinadas»; «no es mas que una continuación mas desarrollada y perfecta de lo que siempre se ha reconocido como una necesidad» (M. MALO DE MOLINA, *Conferencias sobre lo contencioso-administrativo*, pronunciadas en el Ateneo de Madrid en el curso de 1860 a 1861, Madrid, Arcas y Sánchez, 1861, p. 11).

disponer de poderes decisorios respecto de las controversias que tenían legalmente atribuidas.

El sistema funcionó con normalidad, salvo durante el Sexenio Democrático (1868-1873), cuando, en consonancia con la ortodoxia liberal, se recuperó por poco tiempo la unidad de fueros³. Luego fue sustituido por otro régimen de justicia administrativa, en este caso *delegada*, previsto en la Ley de 13 de septiembre de 1888 (en adelante, LJCA 1888), llamada Ley Santamaría de Paredes. La nueva justicia administrativa fue calificada de *armónica* o *mixta* porque pretendía conciliar los modelos funcionarial y judicialista: un magistrado presidía los Tribunales provinciales, que contaban con cuatro vocales más elegidos por sorteo, dos magistrados y diputados provinciales los restantes (art. 15). En el caso del Tribunal contencioso-administrativo, integrado en el Consejo de Estado, todos los miembros eran elegidos por el ejecutivo de entre quienes cumplieran las condiciones requeridas para ser consejero de Estado o magistrado del Tribunal Supremo (art. 13), si bien contaban con ciertas garantías de inamovilidad (art. 14). En virtud de la Ley de 5 de abril de 1904, el Tribunal contencioso-administrativo pasó a integrarse formalmente en el Tribunal Supremo, convirtiéndose en su Sala 3ª, llamada de lo contencioso-administrativo⁴.

B) Tendencia histórica a la sobreprotección de la administración en la justicia administrativa

Avanzado el siglo XIX prospera en toda Europa la tendencia a rechazar al ciudadano que sufre las extralimitaciones del poder la posibilidad de acceder a una jurisdicción subjetiva y plena (varios Estados alemanes); se le concede todo lo más el recurso a una jurisdicción *objetiva* (Prusia) o a una justicia *administrativa* destinada a proteger bien la legalidad (Francia) bien posiciones subjetivas de segunda categoría sin los remedios característicos del proceso civil (España, Italia). Era una expresión técnica tanto del liberalismo ecléctico que traducían las Cartas y textos constitucionales como de las doctrinas estatistas dominantes a finales del siglo. El compromiso entre los principios

³ Ciertamente, durante el llamado Bienio Progresista (1854-1856), funcionaron los denominados “Tribunales administrativos” en sustitución del Consejo Real y los Consejos provinciales. Sin embargo, se trataba también de órganos administrativos sin jurisdicción propia (Reales Decretos de 7 de agosto de 1854).

⁴ Se trató de un cambio meramente orgánico que, sin embargo, contribuyó a que más adelante se asumiera con naturalidad el sistema de control propiamente judicial de 1956. Cfr. A. NIETO GARCÍA, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 50, 1960, pp. 27-50, especialmente pp. 49-50; I. BORRAJO INIESTA, *Constitución canovista y jurisdicción contencioso-administrativa*, en *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, CGPJ, 2009, pp. 407-421.

liberal (individualista) y monárquico (estatalista) legitimaba soluciones intermedias entre la plena protección judicial del administrado y la plena inmunidad judicial de la administración. Por virtud del principio liberal, el ciudadano podía demandar a la administración, pero, debido al principio monárquico, solo respecto de la actividad administrativa de pura gestión realizada en pie de igualdad. El ciudadano podía, en su caso, recurrir los actos administrativos de autoridad, pero solo ante una jurisdicción objetiva o administrativa incapacitada para dispensar protección plena. En última instancia, la normalización de la desigualdad de armas y la concepción del proceso como mecanismo de protección del orden jurídico (o de posiciones subjetivas de segunda categoría) evidenciaba que el Estado disponía de un poder ilimitado (esto es, sin límites de Derecho natural o constitucional) para decidir si, y hasta qué punto, los ciudadanos han de contar con derechos subjetivos⁵.

En España, cabía demandar a la administración ante la jurisdicción ordinaria en defensa de un «derecho de carácter civil» (art. 4.2º LJCA 1888), esto es, de un derecho atribuido al ciudadano frente al Estado «en cuanto persona civil» situada «en relación de igualdad con él»⁶. El contencioso-administrativo de 1888 se afirmaba en oposición a la jurisdicción ordinaria como justicia destinada a la protección del «derecho de carácter administrativo» (art. 1.3º), esto es, del derecho del ciudadano enfrentado a la «potestad» de la administración (arts. 1.2º, 2, 4.1º). El “derecho de carácter administrativo” era el *correlatum* de la condición normativa impuesta al ejercicio de la potestad administrativa. Según la ponencia XI del Congreso jurídico español de 1886, el contencioso-administrativo debía reparar la violación del derecho subjetivo administrativo; violación que se produce cuando la «Administración, en uso de su potestad establecida por las leyes, infringe un derecho particular nacido de la regla administrativa que debe servirle de norma, ley, reglamento o contratos»⁷. De modo que la LJCA 1888 presuponía que

⁵ Sobre este planteamiento y la teoría del derecho subjetivo correspondiente en España, Italia, Francia y Alemania, L. MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

⁶ Esta definición puede leerse en el discurso de V. Santamaría de Paredes ante el Congreso (*Diario de Sesiones* núm. 11, de 14 de diciembre de 1887, pp. 221-223), reproducido en L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pp. 515-542, de donde tomo la cita (p. 519). Ahora bien, correspondía a la justicia administrativa la reparación de algunos derechos que podían asimilarse a los de carácter civil. Así, los relativos al cumplimiento, rescisión y efectos de los contratos para obras y servicios públicos de toda especie (art. 5 LJCA 1888).

⁷ La indicada ponencia se halla recogida íntegramente en L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, p. 578.

las obligaciones legales de la administración son los derechos correlativos del ciudadano perjudicado por su incumplimiento y que estos derechos pueden hacerse valer frente al poder administrativo, configurando una organización especializada para protegerlo.

Sin embargo, por más que el recurso contencioso-administrativo estuviese formalmente configurado como remedio *subjetivo*, funcionó en la práctica como instrumento de protección del Derecho objetivo esencialmente destinado a anular actos ilegales⁸. El sistema careció siempre de garantías de imparcialidad e independencia análogas a las de la justicia ordinaria. El ciudadano podía oponer posiciones casi homónimas (“derechos de carácter administrativo” y “derechos de carácter civil”) en el contencioso-administrativo y en el proceso civil, pero en cierto modo las prerrogativas del monarca justificaban que fueran esencialmente distintas porque unas estaban mucho menos protegidas que otras. Limitaban con carácter general los hechos relevantes a los apreciados por la administración en el expediente gubernativo (art. 327 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1889), excluían el control de la discrecionalidad basado en razones de fondo (p. ej., abuso de poder) (art. 1.2º LJCA 1888) y reputaban discrecionales por naturaleza y, por tanto, infiscalizables los poderes atribuidos en determinadas materias, como orden público, salud, defensa del territorio y «*concesiones de toda especie*» y ello con entera independencia del grado efectivo de programación normativa (arts. 4 y 6 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1890). Entre nosotros hubo literatura sobre las diferencias entre los derechos de carácter civil, que se pueden hacer valer con plenitud de tutela ante la jurisdicción, y los derechos de carácter administrativo, cuya protección queda atribuida a la justicia administrativa⁹. Sobresale la influyente aportación de Santos Alfaro y Lafuente¹⁰. En su concepto, la obligación de la administración comporta el correlativo derecho

⁸ En este sentido, F. GARRIDO FALLA, *El recurso subjetivo de anulación*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 8, 1952, pp. 177-192; J. GONZÁLEZ PÉREZ, “La pretensión procesal administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 12, 1953, pp. 95-96.

⁹ Así, J. M. CABALLERO Y MONTES, *Lo contencioso-administrativo*, t. I, Zaragoza, Escar, 1902. pp. 199-200; V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, Imprenta española, 1914, pp. 66-69, 749-762; J. CIUDAD Y AURIOLES, *La revisión de la Ley orgánica de lo contencioso-administrativo*, Madrid, Reus, 1920; J. GASCÓN Y MARÍN, *Las garantías jurídicas del ciudadano y la evolución del recurso contencioso-administrativo*, Madrid, 1917; J. GUASP DELGADO, *El ‘derecho de carácter administrativo’ como fundamento del recurso de contencioso*, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 2, 1940, pp. 11-23.

¹⁰ S. ALFARO Y LAFUENTE, *Tratado completo de lo contencioso-administrativo ó sea lecciones dadas sobre los principios generales, legislación, jurisprudencia y procedimientos en estas materias en la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación durante el curso 1873 a 1874*, Madrid, Imprenta Nicolás González, 1875, pp. 17-58, 247-250.

del ciudadano; y este derecho subjetivo, si es verdaderamente tal, precisa de una justicia administrativa, especializada e independiente que brinde protección plena.

En el contexto de la crisis de la democracia liberal de principios del siglo XX, los regímenes autoritarios europeos confirman y desarrollan esta tendencia autoritaria. En España, se suprime nada menos que el recurso contencioso-administrativo contra todas las resoluciones de la administración central (Ley de 27 de agosto de 1938). Acabada la Guerra Civil, instaurada la Dictadura franquista, la Ley de 18 de marzo de 1944 restablece el recurso, salvo en determinadas materias (depuraciones, responsabilidades políticas, desbloqueo, prensa, propaganda y determinadas cuestiones de personal). Se crea después un recurso administrativo especial (llamado de “agravios”, sucesivo al ordinario de reposición) en una de las materias excluidas del contencioso-administrativo (cuestiones de personal) por “vicio de forma o infracción expresa de una Ley, un reglamento o precepto administrativo”; lo resolvía el Consejo de Ministros previo informe del Consejo de Estado (art. 4). Se regresaba así a una justicia administrativa *retenida* destinada a la protección de la legalidad objetiva¹¹ o, todo lo más, de una posición activa menor penetrada por el interés general (interés legítimo)¹².

C) Tendencia actual a la protección judicial plena frente a las extralimitaciones del poder

Tras la Segunda Guerra Mundial, cambia el espíritu del tiempo. Europa occidental rechaza firmemente los horrores de la guerra, el totalitarismo y la estadolatría de la cultura político-jurídica del siglo XIX. En su lugar recupera abiertamente los postulados básicos de la ilustración y el iusnaturalismo racionalista a través de un nuevo constitucionalismo. Ciertamente, la reafirmación de la libertad como derecho anterior al Estado no impone estrictamente un credo iusnaturalista o individualista. Los derechos fundamentales gozan de una posición de *anterioridad*, no porque sean naturales, sino porque son *constitucionales*¹³. Supone el radical rechazo de las ideologías que degradan al hombre a la condición de mero instrumento del poder, sin establecer positivamente una concepción del mundo de entre las muchas

¹¹ Cfr. A. PÉREZ HERNÁNDEZ, *Naturaleza jurídica del recurso de agravios*, Madrid, Publicaciones del Consejo de Estado, 1954.

¹² Tal era la tesis de F. GARRIDO FALLA, *El interés para recurrir en agravios*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 9, 1952, pp. 157-174.

¹³ A este respecto, baste citar a M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, 7ª ed., Madrid, Trotta, 2016.

compatibles con la dignidad personal¹⁴. En lo que aquí importa, supone la afirmación del derecho a residenciar los conflictos con la administración ante una instancia imparcial e independiente y con igualdad de armas.

España no se incorpora al constitucionalismo europeo tras la Segunda Guerra Mundial. La Dictadura se prolonga durante décadas. El General Franco conserva hasta su fallecimiento en 1975 los plenos poderes tomados en 1936. Entre tanto, el régimen mantuvo siempre el firme rechazo a la democracia liberal, al pluralismo político y a la libertad política. Es verdad que, a fin de superar el aislamiento internacional, el régimen abandonó pronto el proceso de fascistización, introduciendo algunos cambios para hacerse más presentable exteriormente¹⁵; entre ellos, el reconocimiento de “la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana” (art. 1 del Fuero de los españoles de 1945) y la construcción de una apariencia de legitimidad monárquica (Ley de sucesión en la Jefatura del Estado de 1947) y participativa (Ley de Cortes de 1942 y Ley de referéndum nacional de 1945). Sin embargo, se trataba de cambios cosméticos que no alteraban la estructura autoritaria del régimen. Los cambios verdaderos y profundos, vinculados a la ansiada rehabilitación internacional y a las políticas de desarrollo económico, se produjeron en el terreno infraconstitucional, precisamente en el Derecho administrativo.

Al igual que los demás Estados europeos, el nuestro emprendió en los años cincuenta un proceso de refundación del Derecho administrativo. Adopta en un periodo corto de tiempo una serie muy relevante de leyes estructurales: las de régimen local (1950), desarrollada en seis reglamentos (entre ellos el de servicios de las corporaciones locales de 1955); expropiación forzosa (1954); suelo (1956); jurisdicción contencioso-administrativa (1956); régimen jurídico de la administración del Estado (1957); régimen jurídico de las entidades estatales autónomas (1958); y procedimiento administrativo (1958). El régimen construye así una especie de “Estado de Derecho administrativo” con el indudable propósito de combatir su ilegitimidad originaria, concitar apoyos dentro y fuera de España y lograr crecimiento económico¹⁶. Ahora bien,

¹⁴ L. RECASENS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, 3ª ed., México, 1965, pp. 497-511.

¹⁵ E. MORADIELLOS GARCÍA, *La España de Franco (1939-1975). Política y sociedad*, Madrid, Síntesis, 2000, p. 104.

¹⁶ A. NIETO GARCÍA, *Estudios históricos sobre administración y Derecho administrativo*, Madrid, Inap, 1986, pp. 8-9) lo ha expresado gráficamente: «Por así decirlo, el Derecho administrativo era el puente que enlazaba, un tanto inesperadamente, al franquismo con las democracias occidentales: un sucedáneo democrático, ciertamente, pero cabalmente por ello más valioso y más necesario que el producto auténtico [...]. Durante el franquismo, el Derecho administrativo se situó deliberadamente entre los parámetros de la legalidad,

influyó significativamente también el espíritu del tiempo, esto es, la cultura humanista europea dentro la que, inevitablemente, se movían los profesores universitarios, los estudiantes, los abogados, los jueces, los funcionarios y los ministros. El papel de los estudiosos del Derecho administrativo fue decisivo a este respecto. Aglutinados en torno a la Revista de Administración Pública, fundada por García de Enterría en el seno del Instituto de Estudios Políticos (1950)¹⁷, los influyentes trabajos académicos que publicaban y los borradores normativos que se les encargaba traslucían el mismo sesgo liberalizador que empezaba a caracterizar –no se olvide, también por vez primera– a la Ciencia del Derecho administrativo de los países vecinos. Si hoy produce asombro la labor de “desescombro” llevada a cabo por los juristas alemanes para dar la vuelta al Derecho administrativo del pasado¹⁸, resulta aún más admirable la realizada en el mismo sentido por los profesores españoles dentro del contexto dictatorial.

Una pieza fundamental del “Estado de Derecho administrativo” fue, precisamente, la citada Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 (en adelante LJCA 1956). En el contexto de una dictadura alumbró un sistema de control judicial más garantista que el de muchas democracias liberales. La jurisdicción contencioso-administrativa, plenamente integrada en el sistema judicial común, pasó a ser servida por magistrados profesionales e independientes. No obstante, la letra de la ley no llegó a apartarse enteramente del anterior modelo. La ejecución de Sentencias seguía correspondiendo al propio «*órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso*» (art. 103). En consonancia también con la concepción objetiva o revisora del proceso, el recurso contencioso-administrativo debía dirigirse necesariamente contra una resolución administrativa previa e interponerse en un breve plazo (arts. 37, 52, 58). Del mismo modo, quien sólo pudiera esgrimir un “interés directo” merecía una protección judicial limitada, reducida a la anulación del acto ilegal [arts. 28.1 a) y 41]; el restablecimiento pleno era sólo para el titular de un “derecho derivado del ordenamiento” [arts. 28.1 a) y 42]. Aplicada la Ley en el nuevo contexto social y cultural, alguno de esos elementos de raigambre autoritaria desapareció pura y simplemente de la práctica judicial; en particular, las

marginando la legitimidad del sistema: la legalidad era el instrumento formal de combate frente a la ilegitimidad originaria».

¹⁷ El propio García de Enterría cuenta los orígenes y significación de la Revista en A. NIETO GARCÍA, *Para una Historia interna de la RAP*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pp. 611-621.

¹⁸ R. WAHL, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 37.

pretensiones de protección plena y la consiguiente posibilidad de exigir condenas a hacer a la administración se reconocieron desde el principio con toda normalidad, también respecto de los actos administrativos de autoridad, sin las dificultades experimentadas hasta hace muy poco por el Derecho administrativo francés e italiano¹⁹.

En los años setenta del pasado siglo, España, junto a los demás países que superan regímenes dictatoriales (Portugal, Grecia), se incorpora plenamente a la cultura político-jurídica europea. La Constitución española de 1978 (en adelante, CE) afirma el Estado como social, democrático y de Derecho (art. 1.1). En consecuencia: residencia la «soberanía nacional» en el «pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado» (art. 1.2); reconoce la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes [y] el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), entre ellos el que tiene por objeto una tutela judicial efectiva (art. 24); y establece la garantía jurisdiccional de la Constitución a través de un Tribunal Constitucional encargado de resolver conflictos competenciales, controlar la constitucionalidad de las leyes y garantizar los derechos fundamentales a través del recurso de amparo (Título IX, arts. 159-165).

La Constitución permite el mantenimiento de un orden jurisdiccional focalizado en el Derecho administrativo y regular dentro de él procesos objetivos destinados a canalizar *tutela judicial colectiva*, lo que el legislador establece con cada vez más frecuencia mediante acciones populares y legitimaciones especiales en consonancia con los beneficios «que trascienden el interés del justiciable considerado aisladamente» (Sentencia del Tribunal Constitucional – en adelante STC o SSTC, si son varias – 20/2012, de 16 de febrero). Ahora bien, dentro del sistema constitucional, el contencioso-administrativo está fundado en razones esencialmente organizativas; no puede ser ya el reflejo procesal de aquella teoría material de las situaciones activas que negaba la protección plena²⁰. A su vez, la regulación de procesos *objetivos* debe hacerse sin perjuicio del derecho fundamental de todo ciudadano ha residenciar sus

¹⁹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2007.

²⁰ Se ha dicho en este sentido que el legislador dispone de un amplísimo margen para configurar el proceso contencioso-administrativo, pero si consagrarse una desigualdad relevante – en beneficio de un poder público –, el artículo 24.1 CE exigiría «una especial justificación» y debería ajustarse al “principio de proporcionalidad”: RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT, *Derecho a la tutela judicial efectiva y posición peculiar de los poderes públicos*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33, 1982, pp. 183-208.

conflictos con la administración en igualdad de armas y ante un juez imparcial e independiente obligado a brindar protección plena.

La LJCA 1956 se ajustaba sustancialmente a estos parámetros. No obstante, el nuevo marco constitucional tuvo sobre ella consecuencias no exentas de relevancia. Por ejemplo, por imperativo constitucional (art. 117.3), la titularidad de la potestad de ejecución de las decisiones judiciales pasó a corresponder exclusivamente a los propios órganos judiciales (SSTC 32/1982, de 7 de junio y 167/1987, de 28 de octubre. En todo caso, en 1998 una nueva Ley reguló la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA 1998), partiendo del régimen precedente y de acuerdo con los nuevos parámetros constitucionales. Sin entrar en mayores detalles, baste destacar que el contencioso-administrativo está configurado como un orden estrictamente jurisdiccional de jueces y magistrados independientes y especializados cuya función primaria es tutelar al ciudadano frente a las «*extralimitaciones de la Administración*» (Exposición de Motivos de la LJCA 1998). Quien denuncia estas extralimitaciones tiene abierta la jurisdicción siempre que el (eventual) incumplimiento incide realmente en su esfera de intereses y, por tanto, si arriesga verdaderamente algo en el proceso [art. 19.1 a)]. A su vez, el demandante puede “pretender del órgano jurisdiccional que condene a la administración al cumplimiento de sus *obligaciones* en los concretos términos en que estén establecidas” (art. 32.1) porque le asisten los correlativos *derechos* o “situaciones jurídicas individualizadas” merecedoras de restablecimiento pleno [art. 71.1 b)]. La LJCA 1998 autoriza la restitución de estos derechos o situaciones jurídicas mediante medidas típicas [anulación del acto ilegal, cese de la vía de hecho, cumplimiento de la actividad material obligatoria: art. 71.1 a)] y cualesquiera otras que sean «*necesarias*» [art. 71.1 b)], entre ellas, la condena a la «*emisión de un acto*» o la «*práctica de una actuación jurídicamente obligatoria*» [art. 71.1 c)]. Afirma así el principio de *atipicidad* de los remedios en el sentido de que el proceso, en cuanto mecanismo destinado a la realización efectiva en el caso concreto de las obligaciones y derechos que regula la ley, debe permitir el ejercicio de cualesquiera acciones que sean precisas para hacer realidad la voluntad de esa ley²¹.

²¹ No obstante, siguen apreciándose algunas asimetrías favorables a la administración en el texto de la ley y en la práctica judicial. Cfr. R. O. BUSTILLO BOLADO, *Tutela judicial, Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y práctica forense: viejas dificultades y nuevas propuestas*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 184, 2011, pp. 159-180; y A. HUERTO LORA, *Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012, pp. 41-73.

3. El reconocimiento del derecho a la acción en muy amplios términos.

A) El impulso humanista

El alcance del derecho a la acción en la LJCA 1888 era reducido, en consonancia con la cultura estadólatra que venía desarrollándose en toda Europa, según se ha ya indicado. La actividad discrecional y los reglamentos gubernamentales no eran impugnables. Es verdad que, frente a la tradición germánica²², el ordenamiento español admitió siempre la invocación de normas con entera independencia de que su finalidad fuera pública o privada. No obstante, conforme al legalismo imperante, las normas que se podían hacer valer eran, sustancialmente, reglas escritas; los principios jurídicos ingresaban más difícilmente en el proceso administrativo. En fin, se exigía una relación concreta entre el demandante y la administración, esto es, la concurrencia de perjuicios claros asociados al incumplimiento de los límites que afectaban al ejercicio del poder, lo que se apreciaba con mucho rigor. Por ejemplo, se negaba en todo caso que el particular que no hubiera sido parte en el expediente pudiera reclamar contra las decisiones administrativas (Sentencia de 27 de noviembre de 1906)²³.

Tras la Segunda Guerra Mundial, cambió el espíritu del tiempo y con él, la justicia administrativa, según ha quedado ya registrado. El legislador español amplió la legitimación procesal en consonancia al admitir la acción popular en materia urbanística²⁴, al vincular la legitimación individual con carácter general a una relación de lesividad entre la acción administrativa y el interés del recurrente y al admitir la impugnación de los actos discrecionales y los

²² En el Derecho alemán, viene entendiéndose que, frente a la infracción de la norma dirigida a fines de interés general, el ciudadano atesora, no un derecho subjetivo, sino un mero interés de hecho carente en cuanto tal de protección judicial. Tal es la doctrina esbozada embrionariamente por Ihering (en el marco de su concepto de derecho como interés privado jurídicamente protegido, en R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Granada, Comares, 1998, pp. 1025-1051, especialmente pp. 1040-1043; el original alemán consta de dos volúmenes publicados en 1852 y 1865); formulada por Georg Jellinek [como teoría del derecho público subjetivo (*subjektives öffentliches Recht*) en *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Libreria, Milano, 1912, traducción italiana a partir de la segunda edición alemana de 1905 (1ª ed. de 1892)]; y desarrollada por Ottmar Bühler [bajo la denominación de teoría de la norma protectora (*Schutznormtheorie*) en *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, W. Kohlhammer, Berlin, 1914].

²³ Cfr. J. A. UBIERNA EUSA, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Castro S. A., 1935, pp. 105-106.

²⁴ La Ley del Suelo de 1956 consagró la acción pública «para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística» (art. 223). Al respecto, L. COSCULLUELA MONTANER, *Acción pública en materia de urbanismo*, en *Revista de Administración Pública*, 1973, pp. 9-57.

reglamentos. Ciertamente, la LJCA 1956 establecía aún relevantes límites al derecho a la acción: el interés legitimador debía ser “directo”; algunos actos administrativos seguían excluidos de la vía contencioso-administrativo (los dictados en función de policía sobre la prensa, la radio y la cinematografía, los relativos a ascensos y recompensas en el ámbito militar; y otros indicados por la ley, como el acuerdo de necesidad de ocupación a los efectos de la expropiación forzosa); y solo las entidades públicas podían impugnar los reglamentos, excluyendo respecto de ellos, por tanto, la legitimación individual. No obstante, dentro del nuevo contexto humanista, los órganos judiciales desactivaron en buena medida esta serie de límites. El concepto de interés directo se interpretaba con mucha flexibilidad a fin de justificar una amplia legitimación procesal [entre muchas, Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), Sala 3ª, de 12 de noviembre de 1965]²⁵. Logró evadirse también la exclusión legal de la legitimación individual para impugnar reglamentos por la vía de afirmar que eran actos administrativos generales (p. ej., STS, Sala 3ª, de 25 de enero de 1966)²⁶. En fin, cobró una importancia capital el control de la discrecionalidad a través de los principios generales del Derecho (STS, Sala 3ª, de 6 de julio de 1959)²⁷.

B) El impulso constitucional

La aprobación de la Constitución de 1978 tuvo consecuencias muy relevantes para el derecho a la acción. El acceso a una jurisdicción se convierte en derecho fundamental. La obtención de una primera resolución judicial de fondo constituye la «*sustancia medular*» (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 90/2013, de 22 de abril, FJ 3) o «*vertiente primaria*» (SSTC 89/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 93/2004, de 24 de mayo, FJ 3) del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; su «*primer contenido*» en un orden lógico y cronológico (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre, FJ 1; 220/1993, de 30 de junio, FJ 2; 165/2011, de 3 de noviembre, FJ 3). El derecho a dirigirse a un juez en busca de protección, al «*nacer directamente de la propia Ley suprema*», tiene más consistencia constitucional que la revisión de la respuesta judicial ya obtenida, que «*es un derecho cuya configuración se defiere a las leyes*» (STC 209/2013, de 16 de enero,

²⁵ Cfr. L. ORTEGA ÁLVAREZ, *La inmediatez del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa*, en *Revista de administración pública*, núm. 82, 1977, pp. 211-228; y J. SÁNCHEZ ISAC, *El interés directo en los derechos español y francés*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.

²⁶ Cfr. J. LEGUINA VILLA, *Legitimación, actos administrativos y reglamentos. El valor normativo de las disposiciones organizativas*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 49, 1966, pp. 193-224.

²⁷ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, pp. 131-166.

citando las SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 241/2007, de 10 de diciembre, FJ 2).

El reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción prohíbe que el legislador asegure a la administración ámbitos de inmunidad, excluyendo la impugnabilidad de determinadas actuaciones administrativas. Por tal razón el Tribunal Supremo declaró que el art. 24 CE derogó las limitaciones para recurrir que incluía la legislación de expropiación forzosa (STS, Sala 3ª, de 11 de junio de 1997). Por lo mismo, al reconfigurar la jurisdicción contencioso-administrativa, la LJCA 1998, considera impugnables cualesquiera actos, disposiciones y reglamentos administrativos, vinculando la legitimación individual a un interés en la acción que ya no debe ser “directo”. Por lo mismo, los requisitos o condiciones que la ley imponga al acceso a la jurisdicción (p. ej., el abono de tasas judiciales), han de estar justificados en términos de proporcionalidad (STC 140/2016, de 21 de julio).

La consagración del acceso a la jurisdicción como derecho fundamental supone, a su vez, la proscripción del rigorismo en la aplicación y la interpretación de los requisitos de admisión del recurso contencioso-administrativo. El control constitucional de las decisiones judiciales de inadmisión deba realizarse de forma especialmente intensa con el fin de «evitar que determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida» (SSTC [207/1998](#), de 26 de octubre, FJ 3; [63/1999](#), de 26 de abril, FJ 2; [172/2002](#), de 30 de septiembre, FJ 3; [184/2004](#), de 2 de noviembre, FJ 3; [79/2005](#), de 4 de abril, FJ 2; y [244/2006](#), de 24 de julio, FJ 2; 135/2008, de 27 de octubre, FJ 4, entre otras muchas). El art. 24 CE «está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales.» (STC 24/1987, de 25 de febrero).

La doctrina constitucional ha desarrollado esta exigencia de un control más amplio o penetrante mediante la elaboración de un canon o test especial para el acceso a la jurisdicción, distinto del ordinario o general de la razonabilidad característico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Interpretaciones altamente discutibles de la legalidad ordinaria son compatibles con el artículo 24.1 CE con tal que no se basen en errores fácticos patentes ni sean manifiestamente irrazonables ni arbitrarias. En cambio, si está en juego el acceso a la jurisdicción, interpretaciones aceptables o razonables pueden llegar a reputarse lesivas en aplicación de este singular canon, que es el condensado en el denominado principio *pro actione*. La jurisprudencia constitucional

entendió inicialmente que, ante dos interpretaciones posibles de la regulación aplicable, el *pro actione* obligaba al juez ordinario a optar necesariamente por aquella más favorable al acceso a la jurisdicción. A partir de los años noventa del pasado siglo, ha venido a identificarlo con el canon de proporcionalidad corrientemente utilizado para el examen de las injerencias de los poderes públicos en derechos fundamentales de carácter sustantivo. De modo que el señalado canon no exige ya *«la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles»* (entre muchas, SSTC 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 141/2011, de 26 de septiembre, FJ 4); pero sí obliga a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales sin sacrificio desproporcionado del derecho a acceder a la justicia. El canon *pro actione* prohíbe *«aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican»* (SSTC 38/1998, de 17 de febrero, FJ 2; 17/2011, de 28 de febrero, FJ 3, entre otras). Se trata en todo caso de un *«escrutinio constitucional especialmente severo»* (STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 4), ya que conduce a apreciar la vulneración del artículo 24.1 CE por parte de resoluciones judiciales incursas en un rigorismo desproporcionado, aunque puedan reputarse razonables y *«sin perjuicio de su posible corrección desde una perspectiva teórica»* (STC 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 3). Es más, el principio *pro actione* es en rigor decisivo para afirmar la vulneración del derecho fundamental a acceder a la jurisdicción cuando la interpretación judicial no es claramente errónea ni irrazonable ni arbitraria. Como afirma la STC 209/2013, *«la entrada en juego del pro actione como canon autónomo de enjuiciamiento presupone, justamente, la ausencia de manifiesta irrazonabilidad en la decisión judicial impugnada»*.

La STC 119/2008, de 13 de octubre, es un buen ejemplo de aplicación del canon de proporcionalidad inherente al reconocimiento constitucional del acceso a la jurisdicción como sustancia medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La empresa recurrente disfrutó de una concesión administrativa para el abastecimiento de agua potable hasta que el ayuntamiento la dio por finalizada, convocando nuevo concurso para la adjudicación del servicio. La recurrente no participó en el nuevo concurso, pero impugnó su convocatoria. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana inadmitió el recurso por considerar que la empresa, al no haber participado en el concurso, carecía de un interés legítimo, entendido como interés en la acción. Interpuesto el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional recuerda que *«aunque la apreciación de cuándo concurre un interés legítimo, y por ende de la legitimación activa para recurrir, es, en principio, cuestión de*

legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales», le corresponde «velar ex art. 24.1 CE por que las normas procesales que la regulan sean interpretadas y aplicadas no sólo de manera que no sea manifiestamente irrazonable sino también de un modo que no conduzca a una decisión de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón resulte desproporcionada en la apreciación del equilibrio entre los fines que aquellas normas pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso». En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional declara que la inadmisión del recurso vulneró el derecho fundamental de acceso a la justicia: «Si, como antes hemos señalado, respecto de la legitimación activa ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, el interés legítimo se caracteriza como una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, siendo incluso suficiente ser titular potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta, resulta evidente en el presente caso que negar la legitimación de la recurrente por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, sin ponderar otras circunstancias, debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción».

C) El impulso europeo

En materia de contratos públicos, el Derecho europeo ha obligado a algunos Estados miembros a ampliar el alcance del derecho a la acción reconocido a los licitadores o empresarios perjudicados. Destaca particularmente las consecuencias que en este plano ha tenido en el ordenamiento alemán. De acuerdo con la denominada teoría de la norma tuitiva (*Schutznormtheorie*)²⁸, el licitador perjudicado por el incumplimiento del régimen de selección de contratistas no puede hacer valer la norma infringida como un derecho subjetivo, por lo que carece de acción. Comoquiera que este planteamiento es radicalmente contrario al Derecho europeo de la contratación, se admite la existencia de derecho subjetivo y acción, pero solo cuando la norma incumplida trae causa de la normativa comunitaria. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional Federal en un conocido asunto (Sentencia de 13 de junio de 2006). El *Land* de Sarre adjudicó a un empresario un contrato para medidas de seguridad vial. El candidato perdedor, que había presentado la mejor oferta, denunciaba varias irregularidades. Tras recurrir sin éxito en la vía administrativa, acudió al Tribunal Superior del *Land*, quien aplicó la teoría de la norma protectora. Consideró que las reglas que imponen

²⁸ *Vide supra* nota 22.

límites a la adjudicación de contratos públicos persiguen solo finalidades de interés general de modo que el competidor perjudicado por su incumplimiento carece de derechos subjetivos correlativos y, por tanto, de toda protección judicial. El Tribunal consideraba que el Derecho europeo ha alterado este planteamiento al introducir limitaciones formales que, destinadas también a la protección de intereses individuales, atribuyen derechos subjetivos y, por tanto, reclaman protección judicial. No obstante, precisó que el Derecho europeo no era aplicable al caso porque la cuantía del contrato en cuestión no superaba el umbral comunitario. Por eso el Tribunal desestimó el recurso; por debajo de los umbrales europeos no hay el derecho subjetivo cuya efectiva protección jurisdiccional garantiza el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LF). Interpuesto recurso de amparo fue desestimado por el Tribunal Constitucional Federal. Descartó que fuera de aplicación el derecho constitucional a la tutela judicial (art. 19.4 LF); también que pudiera interpretarse que las reglas de adjudicación de genética no europea atribuyan derechos subjetivos leídas en conexión con el reconocimiento constitucional de las libertades de empresa (art. 3.1 LF) y ejercicio profesional (art. 12.1 LF). De modo que pudo existir incumplimiento de las normas de adjudicación y el licitador pudo por ello sufrir un perjuicio. Sin embargo, a la vista de la finalidad pública de aquellas normas, ese empresario tenía sólo un “interés de hecho” en la regularidad de la acción administrativa por lo que no merecía protección judicial²⁹.

Reconociendo el contencioso-administrativo español el derecho a la acción en muy amplios términos, la legislación europea de la contratación pública no ha tenido una repercusión semejante. Cabe destacar, no obstante, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha obligado a ampliar la impugnabilidad de los actos de trámite. Conforme a una regla tradicional de nuestro Derecho procesal administrativo, los actos de trámite son impugnables solo si deciden directa o indirectamente el procedimiento o causan indefensión. La admisión de la oferta de un licitador es un acto de trámite que, no cumpliendo tales requisitos, no podía ser impugnada directamente, sin perjuicio de la posibilidad de denunciar los vicios que le afectan al recurrir de la resolución definitiva. Sin embargo, de acuerdo con el Tribunal de Justicia (Sentencia de 5 de abril de 2017, C-391/15), la imposibilidad de recurrir autónomamente la decisión administrativa por la que se admite la oferta del

²⁹ S. DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 312-319) se refiere con mucho más detalle a esta Sentencia, así como a las controversias doctrinales que ha suscitado.

competidor violaba la Directiva 89/665. La normativa vigente se ha ajustado a este pronunciamiento [art. 44.2 b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público].

4. Consideraciones finales.

Desde los años cincuenta del pasado siglo nuestro contencioso-administrativo viene experimentando una tendencia a reconocer un derecho a la acción lo más amplio posible, en consonancia con el paradigma humanista y constitucionalista desarrollado en Europa, en general, y con el sistema español de protección judicial subjetiva y plena, en particular. Ello es compatible con la constatación de que subsisten líneas jurisprudenciales restrictivas aún no corregidas por el Tribunal Constitucional. Me refiero, en particular, a la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que rechaza la legitimación de los laboratorios farmacéuticos para recurrir las autorizaciones de comercialización de “genéricos” libradas por la Agencia Española del Medicamento. Aunque la farmacéutica denuncie infracciones (p. ej., el incumplimiento de la obligación de que haya prueba de bioequivalencia) y aunque alegue que como consecuencia de ellas sufre evidentes perjuicios (p. ej., la bajada del precio de venta de sus fármacos), la indicada Sala le niega acceso a la jurisdicción porque las normas reguladoras de la autorización protegen sólo intereses sanitarios, siendo los intereses de la actora de carácter económico o comercial y, en definitiva, privados. Se afirma entonces que el particular carece de un “interés legítimo” (entre muchas, la Sentencia de 26 de diciembre de 2012 desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra el Auto 5/2012, de 27 de enero, del Juzgado central de lo contencioso-administrativo núm. 9). A mi juicio, esta interpretación “a la alemana” de la exigencia del interés en la acción es claramente incompatible con el canon de proporcionalidad resultante del reconocimiento constitucional del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Ciertamente, no cabe desconocer que una litigiosidad muy alta puede llegar a colapsar la capacidad de resolución de los tribunales³⁰. Sin embargo, dentro del marco constitucional, el terreno más abierto a la política legislativa y

³⁰ Insiste en ello A. B. GÓMEZ DÍAZ, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Iustel, 2014, pp. 135-136: «Esta explosión de litigiosidad ha desbordado ampliamente la capacidad de resolución de los órganos de tramitación de recursos administrativos y ha desbordado y ha colapsado a los tribunales...No resta otra salida, que actuar sobre la demanda y operar una reducción del número de asuntos que acceden a los juzgados y tribunales contenciosos...Una configuración de la legitimación distinta de lo que hoy rige en nuestro ordenamiento puede ser un método natural para realizar una tarea de esta naturaleza».

a las consideraciones de eficiencia no es el acceso a la jurisdicción; se halla en otros muchos aspectos de la jurisdicción contencioso-administrativa, incluido el sistema de recursos contra decisiones judiciales previas; sistema que el legislador puede configurar muy diversamente y respecto del que la interpretación judicial está sujeta a un canon de razonabilidad mera (STC 37/1995, de 7 de febrero). De modo que el artículo 24.1 CE da un amplísimo margen al legislador para establecer una regulación procesal que asegure la *efectividad* de la protección judicial plena y, al propio tiempo, la *eficiencia* del servicio público de justicia (art. 103.1 CE), tomando en consideración tanto sus elevados costes como el riesgo de colapso derivado de una extraordinaria acumulación de asuntos³¹. Ahora bien, ese amplísimo margen está, sobre todo, en lo que no tenga que ver con la posibilidad de que el ciudadano pueda obtener protección plena frente a la administración a través de una primera resolución judicial de fondo.

La idea puede ilustrarse cabalmente a través del trabajo de la Sección Especial para la Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, presidida por el profesor Francisco Velasco Caballero e integrada por otros expertos provenientes de la Universidad, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la Abogacía del Estado: *Informe explicativo y propuesta de Ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, disponible también online (www.mjusticia.gob.es). A la vista del elevado número de asuntos que en España ingresan en la jurisdicción contencioso-administrativa en comparación con otros países, el Informe propone penetrantes reformas. Lo interesante, a nuestros efectos, es que tales propuestas se refieren a la vía administrativa o a los recursos contra decisiones judiciales previas, pero no al acceso a la jurisdicción. No es que el legislador no pueda intervenir sobre ese acceso, es que puede hacerlo de manera mucho más penetrante en las etapas precedentes y consiguientes. Respecto de las primeras, la Sección persuade de la conveniencia de crear órganos administrativos independientes de carácter sectorial (similares a los tribunales económico-administrativos y a los tribunales especiales contractuales); su instauración no impediría el recurso judicial, pero las garantías asociadas de profesionalidad e

³¹ Un análisis empírico de las tasas de resolución de asuntos, de pendencia y de congestión en el contencioso-administrativo y la vía administrativa previa, en *Informe sobre la Justicia Administrativa 2017*, dir. S. Díez Sastre, CIJA Madrid, UAM, 2017.

independencia podrían reducir la conflictividad jurisdiccional. Respecto de las segundas, postula una profunda revisión del recurso de casación³².

³² La reforma de 2015 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, y de la LJCA 1998, singularmente en lo que hace al nuevo recurso de casación, se ajusta parcialmente a estas propuestas.