



LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

THE LEGAL STANDING OF THE PARTIES IN
ADMINISTRATIVE JURISDICTION

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE
ABOGADO

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ



4 DE MARZO DE 2020

PRESENTADO POR: MANUEL REDONDO HIRUELO
DIRIGIDO POR: DR. JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO

RESUMEN:

La regulación de la legitimación de las partes en el procedimiento contencioso-administrativo no ha sido una cuestión estática en las últimas décadas, sino que ha ido variando desde la entrada en vigor de la Constitución española, con la que se ha pretendido ofrecer una verdadera tutela judicial efectiva al tiempo que la Administración queda posibilitada para la defensa de los intereses generales.

Con carácter general, tras una actuación administrativa, todos los afectados por ésta quedarán habilitados para solicitar su control ante la jurisdicción. Sin embargo, esta regla general se puede ver alterada o perfilada según el caso, y en especial, según la jurisprudencia de los últimos años.

Este trabajo trata de recopilar, en primer lugar, cómo queda la regulación de la legitimación de las partes ante la jurisdicción contenciosa cuando se recurre la actividad administrativa y, también, analizar determinados comportamientos procesales de los codemandados, que bajo una aparente legalidad, actúan de forma fraudulenta, ocupando materialmente la posición de recurrentes.

ABSTRACT:

The regulation of the parties' claims that administrative procedures have not been a static issue. It has been changing since the Spanish Constitution came to force. Its a process clause which provides judicial protection while allowing the Administrative agencies to safeguard the public interest.

Generally speaking, everyone affected by an administrative measure has an action to judicial control. However, this general rule can be altered or profile when needed, according to a recent case law.

First, this paper try to analyze the legal role of the parties' sanding before the administrative jurisdiction, when administrative activities are appealed. Second, the paper analyzes certain procedural behaviors of co-defendantts, who under apparent legality, act in a fraudulent way, since they materially occupy the position of appellants.

Contenido

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	6
1. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	9
2. ELEMENTOS COMUNES Y PARTES PRINCIPALES EN EL PROCESO	13
3. LAS PARTES ADHESIVAS	14
CAPÍTULO II: CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN	16
1. CRITERIO GENERAL DE LEGITIMACIÓN: LA ACCIÓN PÚBLICA Y EL INTERÉS LEGÍTIMO	16
2. LOS TRES ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS PARTES EN EL PROCESO	18
3. LA PROHIBICIÓN DE LA RECONVENCIÓN	27
4. EL FRAUDE PROCESAL DEL CODEMANDADO	27
CAPÍTULO III: LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES EN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL	37
➤ PUNTOS CONTROVERTIDOS EN LA LEGITIMACIÓN ACTIVA:.....	43
1. <i>EL DENUNCIANTE: La legitimación en el procedimiento administrativo sancionador</i>	43
2. <i>LA PROTECCIÓN DE LA UNIDAD DE MERCADO: La legitimación para el uso de los mecanismos previstos</i>	52
3. <i>LA PERSONA JURÍDICA: Los requisitos para ser parte recurrente</i>	59
4. <i>LOS PACTOS TRIBUTARIOS: La legitimación para recurrir los tributos estatales y locales</i>	68
5. <i>LA ACCIÓN PÚBLICA: La ausencia de interés legítimo para ser recurrente</i>	79
➤ PUNTOS CONTROVERTIDOS EN LA LEGITIMACIÓN PASIVA: Las partes adhesivas y las congruentes pretensiones de los codemandados para las que se está legitimado.....	83
1. <i>LA PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES</i>	83
2. <i>EL RECURSO EN EXÁMENES DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA</i>	89
3. <i>LA ACCIÓN PÚBLICA POR EL CODEMANDADO</i>	94
4. <i>EL RECURSO DE CASACIÓN</i>	97
RECAPITULACIÓN DE TODOS LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS	102
1.1 <i>De la parte recurrente:</i>	102
1.2. <i>De las partes adhesivas: los codemandados</i>	104
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES	106
Bibliografía	110

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

Inicialmente el control de la actividad administrativa se concibió como una consecuencia del principio de legalidad (y tras la consolidación de la separación de poderes, lo refleja el artículo 106 CE). No obstante, desde la entrada en vigor de nuestra Constitución, el control de la actividad administrativa no sirve solo al principio de legalidad, sino también a la tutela judicial efectiva que emana de su artículo 24, dando la oportunidad de solicitar justicia a aquellos que hayan sufrido un abuso por parte del poder público.

Sánchez Morón define esta singular rama judicial como la forma más penetrante para coartar al poder público, y de forma natural, el poder se resiste a ser controlado. La Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 29/1998, de 13 de julio (LJCA en adelante), pretende ir más allá que sus antecesoras legislaciones, pretendiendo encontrar un mejor equilibrio entre las prerrogativas del Estado y la capacidad de cualquier individuo afectado para frenar una posible arbitrariedad o injusticia. A pesar de ello, no es tarea fácil realizar esta labor de la búsqueda del punto medio, pues si bien todos podemos intuir que no es difícil deducir la tiranía en la que se caería por un poder público sin cortapisa, sería necesario hacer un esfuerzo creativo aun mayor para imaginar un Estado que no pueda realizar tarea alguna porque todas sus pretensiones se vean frustradas por cualquier ciudadano que goce de un fuerte y desequilibrado mecanismo de defensa.

Es por ello por lo que la última regulación de la LJCA configura una serie de engranajes jurídicos para detener posibles actuaciones improcedentes del poder público por cualquier sujeto, pero con una serie de mecanismos que impida que este aparato judicial se utilice de manera abusiva, tratando de alcanzar un equilibrio.

Un primer mecanismo que tener en cuenta con la llegada de la nueva LJCA, y que supone un importante sistema de defensa en pro del administrado, estriba en la revisión de la actuación administrativa, entendiéndose en sentido amplio; y no exclusivamente en el acto emitido (como así ha sido tradicionalmente), pues el motivo por el que se acude al proceso contencioso-administrativo conlleva hoy día que la Administración se haya pronunciado o, al menos, haya debido pronunciarse sobre una cuestión de hecho o derecho (sin que quepan intentos de frustrar futuras decisiones de la Administración que aún no se han llevado a cabo). Esto contrasta con las anteriores regulaciones

jurisdiccionales de este ámbito. En su concepción antigua, el orden jurisdiccional contencioso tenía un carácter estrictamente revisor. El juez evaluaba sólo el acto de la Administración, comprobando si ha sido ajustado o no a derecho. Sin embargo, dicha concepción ha evolucionado, especialmente con la llegada de la Constitución y su artículo 24, en palabras del magistrado José Ramón Chaves García, se ha pasado de una “jurisdicción revisora” a una “jurisdicción protectora”. Esto se traduce en que el juez asume un papel más intervencionista en el proceso y así viene dado por la LJCA, abarcando más aspectos que el puro acto administrativo, debiendo tener en consideración las medidas cautelares (art. 129), la ejecución de sentencias (art. 103) y el enjuiciamiento de la vía de hecho (art.30) o de la inactividad administrativa (art. 29).

Un segundo mecanismo será el óbice de legitimación instaurado para el acceso a la vía judicial, y en este caso, en beneficio de la Administración, pues su finalidad es evitar la frustración de las pretensiones administrativa por cualquier sujeto privado que quiera inmiscuirse (a excepción de la denominada acción popular). De este modo, para atacar las decisiones del poder público se ha de poseer necesariamente una serie de requisitos subjetivos, los cuales son admisibles conforme a la jurisprudencia constitucional si son proporcionados y debidos a los fines que tratan de garantizar. Estos requisitos tienen su fundamento en el criterio de la legitimación: se ha de tener capacidad genérica para ser parte de un proceso judicial, conforme al artículo 18 de la LJCA; además se ha de tener un derecho subjetivo o, como mínimo, un interés si quiera indirecto pero real y que se vea afectado por la actuación de la Administración, en virtud del artículo 19 de esta misma Ley, es decir, más allá de la capacidad genérica que regula el artículo 18, se ha de tener una capacidad o legitimación concreta al respecto de un asunto. Queda reseñar una excepción en este supuesto, la acción pública, acción por la cual, aun sin cumplir con estos requisitos, se podría ofrecer cierta resistencia a las decisiones administrativas.

Estos requisitos de capacidad y legitimación se darán en aquel recurrente que se vea afectado, como digo, por las resoluciones de la Administración. Es por ello por lo que, generalmente, el recurrente o demandante será un sujeto privado, un ciudadano o una persona jurídica que entienda que su esfera de libertades y derechos se ha visto irrazonablemente constreñida. Así pues, esta será la parte actora en la mayoría de los casos. No obstante, cabe excepcionar un supuesto concreto, la declaración de lesividad, regulada en el artículo 19.2 de la LJCA, esto es, cuando la Administración impugna ante el orden jurisdiccional sus propios actos porque entiende que ha obrado de forma

incorrecta y quiere anular los efectos de su realización, velando por el interés público. Del mismo modo, cabe en este supuesto excepcional cuando las Administraciones se demandan entre ellas. En estos casos, la parte recurrente sería un ente de Derecho público.

En el lado contrario al recurrente se sitúa la Administración, como parte demandada o recurrida, pues ha sido ésta la emisora de cierta actividad que resulta impugnada, primero en vía administrativa y posteriormente en vía contenciosa-administrativa, siempre cumpliendo los requisitos de capacidad y legitimación y por supuesto, los plazos establecidos.

Especial relevancia a efectos de este trabajo cobran las partes adhesivas, que son aquellas partes que ven afectados sus derechos o intereses legítimos por litigios llevados a cabo por otros recurrentes. Es el caso, por ejemplo, de la impugnación de un examen en materia de acceso a la función pública, donde un particular que, ha realizado dicha prueba, ha obtenido una menor calificación que otro aspirante, y aduce que es él quien merece más puntuación y no el otro aspirante, viéndose este segundo aspirante envuelto en el debate si pretende defender su posición, convirtiéndose en tal caso en codemandado.

En la regulación dada por LJCA de 1956, se discernía entre “coadyuvantes” y “codemandados”. Los coadyuvantes eran las partes adhesivas simples, es decir, terceros que tenían un derecho subjetivo en juego (en cambio, no de un interés legítimo), interesándose que se mantuviera el acto administrativo que hubiera sido impugnado. Por ello, los coadyuvantes quedaban supeditados a la actuación procesal de la Administración en el litigio, no pudiendo desmarcarse de ella, por ejemplo, no recurriendo la sentencia si no lo hacía la Administración. Frente a los coadyuvantes estaban los codemandados, éstos eran partes principales en el proceso, y si bien estaban interesados en mantener la validez del acto administrativo, no quedaban sujetos al comportamiento procesal de la Administración, teniendo a su merced todas las posibilidades procesales que ofrecía la LJCA. Tras la Constitución española y a la luz del artículo 24, Muñoz Machado advirtió que solo se produciría una tutela judicial efectiva que se estaría si el coadyuvante pudiera emanciparse de la actuación de la Administración y pudiera defender de forma autónoma la validez de la actuación administrativa no solo en relación con derechos subjetivos, sino también de intereses legítimos. Dicha controversia fue cuestionada por la jurisprudencia del TEDH, y finalmente tuvo su plasmación jurisprudencial en España, una referente Sentencia a este respecto fue la del Tribunal Supremo de la Sala Tercera, 30 de diciembre de 1989, concluyendo que para que el coadyuvante podía no sólo ostentar no solo derecho

subjetivos sino intereses legítimos, y que para que tuviera todas las debidas posibilidades de defensa, éste debía formular y alegar todas las pretensiones con independencia de los demandados. Así las cosas, la LJCA de 1998 y la jurisprudencia postconstitucional, eliminan esta denominación de coadyuvantes y confluyendo en la posición del codemandado.

Un tercer mecanismo o control que impide el uso abusivo del poder judicial por parte de los particulares es la vía que configura el artículo 28 LJCA, que para impedir una corrupción de plazos en el para recurrir, señala será irrecurrible los actos que simplemente supongan la repetición de otros que ya hayan adquirido firmeza, del mismo modo ocurriría con los actos que el particular haya consentido por pasividad, o al menos, porque no los recurrió en tiempo y forma.

Hasta aquí, todo lo expuesto supone una rápida y no exhaustiva visión panorámica y ejemplificativa del proceso contencioso-administrativo, de los aspectos que más atañen a la temática de este trabajo acerca de las partes en este determinado proceso.

No obstante, no son estos aspectos los únicos, en los párrafos sucesivos trataré más cuestiones que diferencian el proceso contencioso-administrativo de otros procesos de distintos órdenes jurisdiccionales, señalando con mayor calado ciertas singularidades al respecto.

1. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Diferencias a lo largo del tiempo: la superación de la concepción tradicional de la jurisdicción contenciosa-administrativa como recurso al acto

Tradicionalmente, la jurisdicción contenciosa-administrativa ha tenido un carácter revisor del acto administrativo, denominando esta vía como un “recurso al acto”. Debía existir unos previos y expresos actos administrativos, que fueran susceptible de revisarse en el orden jurisdiccional. Lo cual suponía un problema a aquel ciudadano que sufría las consecuencias cuando la Administración no se pronunciaba o adoptaba una postura de inactividad. Se hacía indispensable, por tanto, una determinación concreta de la Administración respecto a una cuestión para que los tribunales pudieran conocer posteriormente de una demanda por esta misma decisión. Quedaban por tanto excluidos

fuera del ámbito judicial todos los hechos ni motivos sobre los que la Administración no se hubiera pronunciado.¹

Este estricto camino revisor del poder público fue corrigiéndose en Europa, en especial, tras la Segunda Guerra Mundial. En España, con unos previos pasos con la LJCA de 1956, fue superada definitivamente la vieja idea del “recurso al acto” con la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1998 (LJCA), en donde podemos encontrar, en su exposición de motivos que se pretender “*superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración*”. He aquí donde se abre la posibilidad de impugnar la inactividad administrativa o actuaciones materiales en vía de hecho. El artículo 25 y siguientes de la LJCA señala que serán impugnables las disposiciones de carácter general (reglamentos); los actos administrativos definitivos, expresos o presuntos (silencio administrativo), que pongan fin a la vía administrativa; los actos de trámite si deciden directa o indirectamente sobre el fondo del asunto o produzcan indefensión; la vía de hecho (actuaciones de la Administración sin cobertura legal); y la inactividad de la Administración. En definitiva, ya no es sólo impugnables los actos expresos administrativos, sino que será impugnables, con carácter general, la actividad administrativa, es decir, la vía judicial será un proceso en el que es preciso que la Administración haya tenido la oportunidad de pronunciarse, aunque no lo hubiera hecho.

En conclusión, hoy día, el presupuesto previo a la vía contenciosa-administrativa es la oportunidad que debe tener la Administración Pública para conocer y pronunciarse acerca de una cuestión de hecho o de derecho, que contrasta el sistema tradicional, donde se hacía necesario un precedente pronunciamiento expreso y no solo la oportunidad de ello.

Por supuesto, el orden jurisdiccional siempre revisará la actuación administrativa conforme a la correcta legalidad, y no deberá entrar en finalidades materiales o políticas que correspondan estrictamente a la Administración.

¹(GAMERO CASADO & FÉRNANDEZ RAMOS, Manual de Derecho Administrativo, 2016)

2. Diferencias con otros órdenes jurisdiccionales: no es un proceso entre partes, es un proceso con motivo de un acto administrativo

El proceso contencioso-administrativo tiene una serie de particularidades que lo distingue de otros órdenes jurisdiccionales. La primera que se debe tener en cuenta es que no se trata de un proceso entre partes, donde el objeto del proceso puede quedar indefinido en un momento inicial, sino que, como he señalado anteriormente, debe tratarse de una actividad administrativa (entiéndase en sentido amplio), es decir, actos administrativos expresos o presuntos, inactividad o vía de hecho; o dicho de otra manera, una cuestión sobre la que la Administración se haya pronunciado o, al menos, haya debido pronunciarse.

La Administración Pública, en su tarea de velar por los intereses públicos, genera una serie de actos, que se presumen válidos y eficaces, y sus efectos recaen de manera directa o indirecta sobre los ciudadanos. De este modo, el artículo 103 de nuestra Constitución señala en su apartado primero que *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*. De este artículo (y junto con el 9.3 también de la Constitución), se extrae el principio de legalidad al que queda sometido la Administración Pública, además, de manera implícita, se deduce la presunción de validez y eficacia, puesto que la labor se desempeña de forma ajustada a Derecho.

Los administrados, es decir, los ciudadanos, cuando consideran que dichos actos no son ajustados a derecho por el motivo que consideren oportuno, pueden recurrir la decisión de la Administración en vía administrativa, con una serie de recursos puestos a su disposición. Este es el procedimiento ordinario de enfrentar cualquier actividad administrativa.

La vía contenciosa-administrativa no se configura, pues, como una extensión del procedimiento administrativo para la búsqueda de la nulidad de los actos administrativos, sino que se le otorga un carácter revisor y extraordinario frente a la presunción de validez y eficacia de la que gozan en su actividad (recuerdo, interpretándose en sentido amplio). Así el artículo 106.1 CE manifiesta *“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines*

que la justifican”. Por ello, acceder a la vía contenciosa-administrativa no puede considerarse acceder a una segunda instancia, sino una primera instancia revisora.

Este carácter revisor implica, por un lado, que no quepa la posibilidad de enjuiciar un posible acto que sea o deba ser de futuro, es decir, de hacer un control de prevención sobre la Administración, sino que sólo es posible fiscalizar los actos ya emitidos, es decir, una revisión a posteriori, habiendo causado estado necesariamente (bien a través del acto expreso, bien del presunto); y por otro lado, que no sea posible una libre configuración del proceso, a diferencia de lo que podría ocurrir en un proceso privado entre partes. Cabría puntualizar que, a pesar de que no se puede impugnar un acto de futuro, es decir, una actuación administrativa que aún no se ha dado, esto no significa que no se pueda impugnar un silencio administrativo, pues con la LJCA se crea la ficción de que se entenderá como un acto presunto, y por tanto, impugnabile.

A pesar de estas especialidades, no se excluyen las garantías que provienen naturalmente del artículo 24 de la Constitución, es decir, a un proceso con todas las garantías, con igualdad en la posibilidad de defensa, tanto en la representación técnica por expertos como en utilizar los medios de prueba convenientes al efecto, un juez predeterminado por la ley en condiciones de independencia e imparcialidad, etc.

En síntesis, se puede afirmar la fiscalización de la actividad administrativa descansa sobre una serie de pilares:

1. En el sentido más estricto, es un proceso que versa sobre la actividad administrativa, no sobre la Administración.
2. Una vez emitido el acto es cuando puede producirse el control, siempre a posteriori, por tanto, no cabe un control preventivo de posible actividad futura (sin que quepa confusión con la figura del silencio administrativo).
3. En principio, la acción por excelencia que se puede ejercitar es la nulidad del acto o actividad administrativa, que de estimarse, podría acompañarse de otras pretensiones como las de condena y restitución, pero contrasta con el abanico de posibilidades que ofrecería la jurisdicción civil, donde estas acciones pueden ser declarativas, constitutivas, o de condena.
4. Es posible impugnar la actividad administrativa, concepto más amplio que el acto administrativo, pues además de éstos, sería posible atacar a reglamentos, vía de hecho e incluso la ejecución de actos firmes. Por el contrario, no será posible

atacar actos de trámite (salvo que resuelvan sobre el fondo del asunto o sean susceptibles de generar indefensión) ni actos que no hayan ganado firmeza.

En conclusión, cabe diferenciar de manera clara y meridiana el proceso civil entre partes, del proceso contencioso-administrativo al acto²

2. ELEMENTOS COMUNES Y PARTES PRINCIPALES EN EL PROCESO

Situados en este contexto, la regla general es que se dé:

-Un elemento común a todo proceso contencioso-administrativo:

Ha de existir una actividad administrativa susceptible de que sea impugnada (actos expresos o presuntos, inactividad, vía de hecho, etc.). Este será el objeto del proceso en cuestión, el acto recurrido, y del que se pretenderá, con carácter general, su nulidad.

-Un conjunto de partes protagonistas:

La actividad anteriormente señalada, ha de provenir necesariamente de un organismo revestido de carácter público, con potestad para generar actos y que éstos produzcan efectos, es decir, una Administración pública, y que actuará en el proceso como parte recurrida o demandada.

Además, la actividad tiene que producir efectos perjudiciales sobre el administrado que pretenda impugnar la actividad, de modo directo o indirecto. El administrado actuará en el proceso como parte recurrente o demandante.

Es posible que se dé el fenómeno de las partes adhesivas (los antiguos coadyuvantes), esto es, aquellos administrados que por el surgimiento de un proceso y su ulterior resultado, puedan verse afectados y dichas partes quedan subordinadas a las partes principales del proceso, mencionadas en los dos párrafos anteriores. Estos intereses pueden surgir tanto del lado del recurrente (si le favoreciera aquella eventual sentencia que estimara las pretensiones del recurrente), o sea, correcurrentes, como del lado de la

²(NAVARRO SANCHÍS, 2012)

parte recurrida (si la posible pérdida del proceso por parte de la Administración pudiera causarle perjuicio a este tercero adhesivo), esto es, los codemandados.

Se analizará de manera más pormenorizada los aspectos fundamentales de cada una de las partes en el Capítulo II, en el apartado de *Legitimación*.

3. LAS PARTES ADHESIVAS

1. En apoyo a las pretensiones del demandante:

No obstante, si bien pudieran surgir partes interesadas en adherirse del lado del recurrente como del lado recurrido, actualmente no se permite la adhesión que pretenda sumarse a la vertiente del demandante, es decir, queda prohibida la intervención de correcurrentes. Esto se debe a que produciría una corrupción en los plazos de recurso contra la actividad administrativa que anteriormente indicaba, pudiendo alargar dichos plazos de forma desmedida y creando inseguridad jurídica, a la par que podría imposibilitarse la labor de la Administración. Es por ello por lo que, si existieran varios recurrentes, éstos podrán recurrir de forma autónoma y en plazo debido para ello tras producirse la actividad, sin perjuicio de la posible acumulación supervisada y admitida por el órgano judicial, pero nunca se podrá iniciar un proceso y tras ello, que se añadan nuevas partes atacantes en forma de correcurrentes.

2. En apoyo a las pretensiones demandado: la tradicional subordinación y actual independencia y autonomía.

De igual modo, quedan relegadas de la nueva LJCA las partes adhesivas simples que coadyuvan al demandado, es decir, no hay encaje para la antigua figura del coadyuvante que, subordinado a la actuación procesal de la Administración, apoya sus pretensiones, ya que supone una merma en la tutela judicial efectiva que propugna el artículo 24 de nuestra Constitución.

Por el contrario, si es plenamente aceptado que se den los codemandados en el proceso, es decir, aquellos interesados en que se mantenga la validez del acto administrativo que ha sido recurrido, pudiendo agregarse al proceso contencioso (que analizaré con más detalle en las sucesivas páginas), incluso cuando éste ya se hubiera iniciado. Aunque sea aceptada la figura del codemandado, existe una importante limitación de éste, y es que no podrá optar a otra defensa que no sea el mantenimiento de la validez del acto, y por tanto, no su revisión o modificación y mucho menos su anulación.

Aunque existe un elenco importante de jurisprudencia nacional a la que me referiré en los capítulos posteriores, interesa ahora llamar la atención sobre la jurisprudencia del antiguo Tribunal de Primera Instancia, actual Tribunal General (TG), dependiente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), donde se observa con claridad el dictamen en pro de la plena autonomía del coadyuvante para defender sus intereses.

Así, la Sentencia del TG (Sala Quinta) de 14 de diciembre de 2006, asunto T-237/02, Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, contra Comisión, párrafo 97; se pronuncia de la siguiente forma:

“Hay que recordar, en efecto, que el artículo 40, párrafo cuarto, del Estatuto del Tribunal de Justicia y el artículo 116, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia confieren al coadyuvante el derecho a exponer de manera autónoma no sólo alegaciones, sino también motivos, siempre que sirvan para apoyar las pretensiones de las partes principales y no sean de naturaleza totalmente ajena a las consideraciones que fundan el litigio tal y como lo han constituido la parte demandante y la parte demandada, lo que llevaría a alterar el objeto (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2005, Regione autonoma della Sardegna/Comisión, T-171/02, Rec. p. II-2123, apartado 152)”.

Es decir, el coadyuvante (en este sentido, y con nuestra regulación actual, se referiría al codemandado) puede apoyar de manera autónoma y propia las pretensiones de la parte a la que apoya, de todas las pretensiones o solo de alguna de éstas, siempre que ninguna de sus actuaciones modifique el objeto del proceso ni la pretensión principal ejercitada, quedando de manifiesto su subordinación a las partes principales. Esto contrasta con el modelo ordenado en el antiguo Tratado Ceca, donde no existían tales límites, pues la parte coadyuvante sí podía desvincularse de la parte a la que coadyuvaba³.

³ (FERNÁNDEZ VICIÉN & PEREDA MIQUEL, 2012)

CAPÍTULO II: CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

1. CRITERIO GENERAL DE LEGITIMACIÓN: LA ACCIÓN PÚBLICA Y EL INTERÉS LEGÍTIMO

El criterio general de legitimación puede responder a dos tipos diferentes de regulación: la acción pública extendida a cualquier ciudadano y el criterio del interés.

1) El criterio de la acción pública

En el primer caso, la acción pública, supone un sistema excepcional donde cualquier ciudadano pueda acceder a la vía judicial para proteger la defensa de la legalidad, independientemente de que tenga un interés concreto en el asunto que pretenda enjuiciar. Es por esto por lo que no es la regla general, pues si toda persona que desee puede interponer un recurso contencioso-administrativo, abriendo así esta vía, el sistema judicial se vería superado por la multitud de recursos, convirtiéndolo en ineficiente para dar la debida defensa a quienes de verdad tengan derechos que necesiten ser tutelados. Por ello, la acción pública queda hoy día como un mecanismo residual regulado en el artículo 19.1.h): *“cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos en las leyes”*.

Algunos ejemplos de esas leyes que operan actualmente bajo el criterio de la acción pública pueden ser: art.5 f) y 62 del RD Leg 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana -EDL 2015/188203-; art.8 de la L 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio histórico -EDL 1985/8710-; art.109.1 de la L 22/1988, de 28 de julio, de Costas -EDL 1988/12636- y artículo 202 de su Reglamento (RD 1471/1989, de 1 de diciembre) -EDL 1989/14894-, art. 47.3 LO 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas -EDL 1982/9105-, art.3 b); 22 y 23.1 de la L 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE) -EDL 2006/93900-, etc.

2) El criterio del interés legítimo

Sin embargo, debido a la falta de funcionalidad de este criterio de acción pública, pero sin ánimo de cerrar la puerta a aquellos particulares que de verdad necesiten una tutela judicial de sus derechos, se configura, como regla general, un sistema basado en el criterio del interés, esto es, aquellos que posean de un derecho subjetivo o un interés legítimo que consideren que necesitan ser tutelados judicialmente.

Atendiendo a la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, en esta se recoge, la finalidad en lo que respecta a las partes, que no es otra que “ninguna persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, pueda verse privado del acceso a la justicia”. Coherente con la evolución histórica comentada anteriormente, los poderes públicos se han preocupado por hacer la jurisdicción contenciosa algo accesible para todos aquellos que tengan un interés afectado que quieran proteger, y estos pueden ser una pluralidad de fines.

Respecto a la legitimación activa, dice la Exposición de Motivos que se han reducido a sistema todas las normas generales o especiales a fin de dar mayor cobertura de protección y, acerca de la legitimación pasiva, aclara por un lado, que el criterio de fondo es el mismo que opera en la legitimación activa, una simplificación de reglas que permita un sistema más eficiente; por otro lado, especifica que dado que lo único necesario para formar parte del proceso es tener un punto de interés por encima de un ciudadano promedio, es innecesario mantener la figura del “coadyuvante”.

La regulación actual del proceso contencioso-administrativo deja establecido un sistema en el que las partes formulan sus pretensiones contradictorias, es por esto por lo que es un proceso al acto pero con partes jurídicamente enfrentadas por éste, las cuales desarrollan sus alegaciones para posteriormente proponer y practicar las pruebas conforme a la LJCA.

2. LOS TRES ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS PARTES EN EL PROCESO

En nuestra legislación quedan fijadas tres condiciones subjetivas para integrarse en un proceso judicial, éstas son: capacidad procesal, legitimación y postulación.

1. Capacidad Procesal

Se entiende como cualidades genéricas que reúne una persona para ocupar la posición de demandante o demandado en un proceso judicial, es decir, la capacidad para comparecer en juicio y participar a través de actos procesales.

Se regula en el artículo 18 de nuestra vigente LJCA de 1998, y en contraste con la LJCA de 1956, en donde en su artículo 27 y, aunque el contenido en esencia era el mismo, hacía una remisión a la LEC de 1881 y por la cual se deducía que las mujeres casadas y niños no podrían comparecer a juicio, sino es a través de quien ejerciera la patria potestad. A pesar de ello, la Ley de 1956 desarrolló una excepción a estas incapacidades en ausencia de otros reglamentos o leyes sectoriales que así limitasen la capacidad procesal por razón de sexo o edad. Debido a que esta clase de normas administrativas eran prácticamente inexistentes, la excepción a la incapacidad por estos motivos se vio prácticamente superada. Tampoco en esta ley se otorgaba legitimación a los grupos, éstos tuvieron que esperar hasta ley de 1998, con un tímido precedente en la reforma de la LOPJ de 1985, la cual ya aportaba capacidad a las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estuvieran legalmente habilitados para la defensa de intereses colectivos (art. 7.3).⁴

Señala así el artículo 18 LJCA:

“Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.

Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al

⁴ (SANTAMARÍA, 2010)

margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente”.

En el primer párrafo, la LJCA hace una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular de forma genérica la capacidad y, además, añade sus propias especialidades, como la actuación de menores sin necesidad de sus tutores cuando venga así previsto por el ordenamiento o, incluso estructuras sin personalidad jurídica, si así previamente viniera reconocido en una ley⁵.

Dada esta importante remisión a la LEC, es menester analizarla a este respecto, pues quienes queden indicados, gozaran de la capacidad procesal ante la jurisdicción contenciosa-administrativa:

- En su artículo 6 trata la capacidad para ser parte en los procesos, siendo capaces todas las personas físicas y jurídicas. Del tenor literal de este artículo se extrae que dicha capacidad la poseen no sólo las personas físicas y jurídicas, sino también el nasciturus, las masas patrimoniales, patrimonios separados que temporalmente no tengan titular, o dicho titular no tenga facultades de disposición y administración, también las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca esa capacidad y los grupos de consumidores y usuarios, compuestos de individuos determinados o determinables fácilmente y constituidos por la mayoría de afectados.
- En su artículo 7 se señala la capacidad para comparecer o actuar en juicio (capacidad procesal), por tanto, las personas señaladas en el artículo 6 deberán comparecer a juicio por sí solos o en las formas habidas en este artículo 7. Se deduce que este séptimo artículo se refiere a aquellas personas que estén en “pleno uso de sus derechos civiles”, debiendo las demás se representadas o asistidas en juicio.

En el primer párrafo del artículo 18 LJCA es en suma, las reglas generales del la LEC junto con una especialidad propia al respecto de la capacidad de los menores. Sin embargo, deja cierta laguna al respecto de si los menores tienen o no capacidad procesal por sí ante un tribunal (SANTAMARÍA, 2010). En palabras de Santamaría, del enunciado se extraen dos posibles alternativas: una, sería necesaria una norma sustantiva que le permita expresamente actuar y comparecer al menor no sólo en la vía contenciosa, sino también ante la propia Administración en el asunto que precede al proceso contencioso;

⁵ (ESTEVE, 2018)

y dos, el menor podrá comparecer y actuar por sí ante la jurisdicción contenciosa, salvo que para la vía administrativa previa la norma le prohíba expresamente hacerlo, es decir, que la norma le obligue a ser representado en vía administrativa. Santamaría, ultimando hasta las últimas de las consecuencias estas dos opciones, entiende que la primera es absolutamente excepcional, que existen escasas normas sustantivas que se ocupen de una actuación del menor frente a la Administración, esta opción por tanto, debe quedar desechada porque reduciría a la nada esta posibilidad del menor que le brinda la LJCA. A pesar de ello, la segunda opción, llegando a sus ulteriores consecuencias, se atendería a una suerte en la que cualquier menor podría actuar por sí mismo ante cualquier Administración y posteriormente ante cualquier tribunal contencioso, opción que tampoco parece factible. Santamaría, en conclusión, entiende también aquello de la “virtud está en el punto medio”, explicando que dicho punto se encuentra en el trabajo de aquellas normas sustantivas para que indiquen de forma expresa cuando un menor es titular de según qué derecho y obligaciones, y, si ninguna otra norma lo prohíbe, se presumirá que el menor puede actuar por sí solo tanto en la Administración como en el siguiente proceso contencioso. A pesar de esta zona gris en el mecanismo jurídico que regula esta situación de los menores, existe en la casuística judicial ejemplos claros donde queda manifiesto que el menor posee derecho a actuar por sí mismo, véase la STC 183/2008, que reconoce el derecho de un menor extranjero a impugnar su repatriación contra el criterio de la Administración que tiene su tutela.

En el segundo párrafo del artículo 18 LJCA (con remisión directa al art. 7 LEC) se hace alusión a la capacidad procesal de las organizaciones no personificadas, no obstante, su redacción es difusa, dejando que sea otra Ley la que atribuya esta capacidad procesal. Es interesante, en este caso, destacar que viene redactado “Ley” con mayúsculas, descartando así normas reglamentarias (al no estar escrito con minúscula) y especificando que debe tratarse de otra norma distinta a la LJCA. Por ejemplo, la LEC capacita a las “masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración”, a “los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que los compongan estén determinados o sean fácilmente determinables” y “las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios” (artículo 6.1, apartados 4º, 7º y 8º). (SANTAMARÍA, 2010)

2. Legitimación

a. Cuestiones generales de la legitimación.

Si bien la capacidad procesal hace referencia a las cualidades genéricas, la legitimación hace alusión a aquellos requisitos materiales que abren la puerta a la posibilidad para ser parte en un proceso concreto. Es un punto de conexión, es decir, un enlace entre el litigio y la persona en cuestión. El primer artículo de la LJCA que se ocupa de la legitimación es el 19.

Se desarrolla el artículo 19 LJCA de la siguiente manera:

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) ***Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.*** Es decir, se trata de la legitimación que nace de por la afectación que ha conllevado una norma o un acto administrativo, dicha afectación puede ser directa o indirecta, en este último caso se trata de un interés legítimo, que por su extensión, se explica más pormenorizadamente en el subapartado siguiente “noción de interés legítimo”.

b) ***Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.*** Pueden darse dos formas de legitimación, por la afectación, o porque previamente exista una ley que otorgue legitimación aun cuando no hayan sido afectados, no obstante, para que la Ley ampare a este respecto a dichas sociedades, éstas han de tener la finalidad de proteger ciertos derechos relacionados con la posible impugnación de la actividad administrativa en cuestión.

c) ***La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización.***

d) ***La Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u Organismo público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.***

e) ***Las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.*** De éste y de los dos anteriores apartados, se deduce que las Administraciones pueden litigar entre sí, cuando el objeto esté dentro de su ámbito de competencias y con la exclusión de proceder contra los actos propios, inferido del artículo 20 LJCA.

f) El Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley. Es decir, no es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal para la tutela del interés público, como podría ser en el proceso penal, sino que esta función está encomendada al juez de lo contencioso-administrativo. Solamente se prevé la intervención del Ministerio Fiscal cuando así lo determine la Ley. Uno de los principales procesos donde se regula su intervención es en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, que se regula en el Título V de la propia LJCA.

g) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines.

h) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes. Es el caso de la ya referida acción pública tratada en el capítulo I. Basta recordar en este punto que es un mecanismo excepcional en la defensa de la legalidad, que legitima a cualquier ciudadano a proceder contra la actividad administrativa aunque carezca de un interés legítimo. Existe doctrina que considera que este sistema es no solo ineficiente, sino perjudicial para la buena administración de los intereses generales. Esta cuestión se estudiará más a fondo en el Capítulo III.

i) Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

2. La Administración autora de un acto está legitimada para impugnarlo ante este orden jurisdiccional, previa su declaración de lesividad para el interés público en los términos establecidos por la Ley.

3. El ejercicio de acciones por los vecinos en nombre e interés de las Entidades locales se rige por lo dispuesto en la legislación de régimen local.

4. Las Administraciones públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad.

5. Tendrán legitimación para recurrir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte que se dicten en asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, todas las personas mencionadas en el artículo 40.4 de la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva.

Debido a que el artículo 19.1.a) hace alusión al interés legítimo, conviene entonces precisar de qué se trata.

Noción de interés legítimo

No es difícil advertir de la suma importancia de la definición del interés legítimo recogido en el artículo 19.1.a LJCA, pues de ello puede depender todo un proceso. Si atendemos al orden civil, observaremos que no existe este “interés legítimo” y que la legitimación es más estricta, se necesita un derecho subjetivo que tutelar. Sin embargo, el proceso contencioso-administrativo va más allá, otorgando la posibilidad de participar en el proceso no sólo aquellos titulares directos de derecho subjetivo, sino a aquellos quienes la emisión de un acto administrativo les ha afectado si quiera de manera indirecta, de forma positiva o negativa, otorgando o restringiendo derechos o libertades. Esta ordenación se debe a que la actuación de la Administración Pública, como sujeto público, afecta directamente a determinados sujetos, aquellos titulares, pero también de manera indirecta otros posibles interesados.

Por un lado, existen puntos que nacen de la jurisprudencia que otorgan legitimación, éstos son⁶:

- Aquellos que promovieron el procedimiento administrativo, o fueron parte del mismo, que concluyó con la resolución impugnada.
- Las asociaciones y agrupaciones están legitimadas para recurrir aquellas resoluciones y actuaciones que inciden sobre que constituye objeto social específico. Conviene precisar que no basta con un interés abstracto, sino que el fin social sea precisamente la protección de aquello que se está dañando de manera singular. Por ejemplo, no bastaría que una asociación ecológica destinada a la protección del medio ambiente para poder inmiscuirse en todos los procesos que pudieran suponer un perjuicio contaminante de bosques, sino que se haría preciso que dicha asociación estuviera particularmente destinada a la protección de un bosque concreto.

Por otro lado, existen situaciones que no legitiman la participación en un proceso:

⁶ (ESTEVE, 2018)

- La denuncia o alegación de infracción del ordenamiento positivo no es causa suficiente para obtener suficiente legitimación. No obstante, existen excepciones a esto que serán explicadas en el siguiente epígrafe, pero ahora y a título ejemplificativo basta con decir que una salvedad a esta regla general sería la acción pública en materia urbanística.

- Cuando se alega la condición de contribuyente.

Para cerrar la explicación de este concepto, existe jurisprudencia variada que se ha dirigido a definir qué supone tener un interés legítimo. Si bien se verá con más detalle en el Capítulo III, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de abril de 2015, rec. 1523/2012, ha concretado que para que exista tal interés legitimador, la eventual sentencia estimatoria que pudiera derivarse del proceso tendría que suponer una ventaja o utilidad jurídica que repercuta en la esfera jurídica del interesado. Por tanto, de no existir tal utilidad de la reparación del daño, no existiría interés legítimo.

b. Legitimación activa

En la legitimación posee una doble vertiente: activa y pasiva, según sea la parte quien demande o sea demandada, respectivamente.

En la legitimación activa, es decir, la parte demandante, es quien interpone el recurso, por eso también se le llama “recurrente”. El artículo 19 LJCA se encarga de establecer quién goza de legitimación activa (GAMERO CASADO & FÉRNANDEZ RAMOS, Manual de Derecho Administrativo, 2016).

Se extrae del artículo 20 LJCA que carecerían de legitimación activa:

- Los órganos de una Administración, contra los actos dictados por la propia Administración, debido al principio de “*non venire contra factum proprium*”, es decir, nadie puede ir contra sus propios actos.
- Los entes instrumentales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan.

- Los miembros de un órgano colegiado, contra los actos dictados por el mismo, salvo cuando la Ley lo autorice expresamente.
- Los particulares, cuando obren por delegación o como simples agentes o mandatarios de la Administración, donde también cabe una excepción legal si así viene recogida.

Por lo general, la parte recurrente, demandante será un sujeto privado que pretenda la anulación del acto administrativo, si bien pueden existir otros supuestos, como que sea otra Administración.

c. Legitimación pasiva

En la legitimación pasiva es aquella parte que es demandada. Se ocupa de dar legitimación pasiva el artículo 21 LJCA:

- La Administración pública u órgano constitucional que hubiera dictado el auto o disposición.
- En el caso del recurso indirecto contra reglamentos, si el acto fue dictado por una Administración diferente de la autora del reglamento, ambas tendrán consideración de partes demandadas.
- Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante y consten en el expediente. La nueva LJCA desarrolla un sistema de interés legítimo, lo que hace extensivo el proceso a todos aquellos titulares de estos intereses, por lo que quedó suprimida la figura reconocida en la antigua ley de la figura del “coadyuvante”, redirigiéndola a la posición procesal de demandada junto con la Administración.
- Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.

La parte demandada o recurrida será una Administración, la cual será responsable en del acto administrativo que ha causado estado.

3. Representación y defensa de las partes

En virtud del artículo 23 LJCA, ante los órganos unipersonales de lo contencioso-administrativo, se necesita la asistencia letrada, además de la posibilidad de ser representado por un Procurador. Si nos encontramos ante órganos colegiados, entonces será preceptiva la asistencia letrada de un Abogado y la representación por un Procurador.

Anteriormente, los funcionarios públicos quedaban exentos de la obligatoriedad de ser representados en litigios debidos a razones de personal. La Ley 10/2012 del 20 noviembre dice así en un fragmento de su Exposición de motivos:

“La presente Ley deroga también el apartado 3 del artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto que la excepción de postulación para los funcionarios públicos en las cuestiones de personal que no impliquen su separación carece ya de sentido. La práctica demuestra como esa falta de representación técnica acaba siendo un obstáculo a un desenvolvimiento del proceso más ágil y eficaz. En relación con los funcionarios públicos se ha de destacar también la exención de la tasa en los procesos contencioso-administrativos que inicien en defensa de sus derechos estatutarios, equiparándose su posición a la de los trabajadores en general en el orden social.”

Así las cosas, los funcionarios se someterán a las normas comunes anteriormente expuestas para la representación y defensa.

Este es el elenco de reglas generales que rigen el sistema de las partes en el contencioso-administrativo. Sin embargo, surge una serie de conflictos de no tan evidente determinación. Aunque si bien las reglas de legitimación parecen claras, con el devenir de las contiendas judiciales y de los resultados de la jurisprudencia se van contemplando nuevos asuntos donde la ley no es suficiente para impedir el acceso de a los litigios a aquellas partes que de un modo fraudulento, intentan entrar y aprovecharse de las lagunas procesales y utilizar un proceso judicial de carácter público, en un proceso privado para atender a sus derechos más particulares.

3. LA PROHIBICIÓN DE LA RECONVENCIÓN

La reconvencción es una acción frecuente en el proceso civil. Sin embargo, otra diferencia destacable en el ámbito contencioso-administrativo es que queda prohibida. En este último caso, el debate procesal se centra exclusivamente en la validez del acto administrativo, si es ajustada o no a derecho.

Así, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de mayo de 2017, rec. nº 2506/2017 se expresa de en esta forma en su Fundamento de Derecho 3º:

“No está de más subrayar que en el recurso contencioso-administrativo no cabe una reconvencción o una pretensión adicional, como si acontece en el proceso civil (art. 770 LEC). En tal sentido se pronunció de forma clara la STS 16 de abril de 2003, recurso 3269/2000 al declarar que ‘en el recurso contencioso administrativo la parte demandada no puede ‘formular pretensiones’, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil por medio de la reconvencción”

Con todo, no ha sido inusual la proliferación de actuaciones basada en cierta ingeniería jurídica, para sortear esta traba, y atacar otras cuestiones que son ajenas al objeto de debate procesal, o bien, tratándose del objeto en cuestión, llevar a cabo actuaciones desde una posición procesal con la que no se es congruente. Es el caso de los codemandados, que aprovechando su legitimación para actuar en el proceso contencioso-administrativo, lo hacen de forma fraudulenta.

4. EL FRAUDE PROCESAL DEL CODEMANDADO

1. El debido papel de las partes en el proceso

El proceso contencioso-administrativo puede ser bipolar o triangular. Nos encontramos ante un proceso bipolar cuando las partes consisten en un recurrente que “ataca” la actividad de la Administración en un proceso judicial, siendo la Administración demandada (a excepción de cuando la Administración recurre contra una sentencia desfavorable para ella y ésta se convierte en recurrente). Estaremos, sin embargo, ante un proceso triangular cuando además de estas partes exista un tercero que pudiera quedar

afectado por una sentencia que contradiga la actividad de la administración, y sus derechos puedan verse restringidos, este tercero será el codemandado, el cual pretenderá, junto con la Administración, que se haga valer el acto administrativo impugnado y que se mantenga, esta debe ser su postura.⁷

Es de suma importancia el papel de los codemandados, de modo que resulta obligatorio en primer lugar el emplazamiento de aquellas personas que pudieran resultar afectadas por el proceso, para que se personen, si así lo estiman oportuno, como codemandados. Esta capacitación para formar parte del proceso, es decir, el otorgamiento de legitimación pasiva no depende del recurrente, sino que depende de la conexión material que exista entre la actividad impugnada y los derechos particulares afectados. Dicho recurrente solo ha de identificar a la Administración a la que se dispone a demandar, siendo la propia Administración quién debe encargarse de emplazar a los posibles afectados. Todo esto queda constatado en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1999, 8 de febrero de 2000 y 17 de mayo de 2006 y la STC 87/2002, de 22 de abril, en que se constituye la relación jurídico-procesal principal entre recurrente y Administración y donde se aclara que la demanda no va frente a ninguna persona sino contra el acto o la actividad de la Administración.

El emplazamiento será revisado por el órgano judicial, concretamente por el Letrado de la Administración de Justicia, y será de vital importancia que se haga correctamente, pues en caso contrario, puede producir la nulidad de todas las actuaciones (asunto especialmente conflictivo en relación con la materia de urbanismo y el trámite de audiencia que posteriormente se analizará). Esta comprobación subsidiaria del órgano judicial se convierte en preceptiva a partir de la Ley 13/2009 de la Reforma de la Legislación Procesal y quedando su artículo decimocuarto, apartado once, redactado de la siguiente forma (TOLOSA TRIBIÑO, s.f.):

“Los apartados 3 y 4 del artículo 49 (LJCA) quedan redactados como sigue:

«3. Recibido el expediente, el Secretario judicial, a la vista del resultado de las actuaciones administrativas y del contenido del escrito de interposición y documentos anejos, comprobará que se han efectuado las debidas notificaciones para emplazamiento y, si advirtiere que son incompletas, ordenará a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables.»

⁷ (CHAVES J. , Del coadyuvante del demandante pillado en fraude procesal, s.f.)

En síntesis, el codemandado adquiere tal condición si se persona en el proceso y es titular de derechos subjetivos o intereses legítimos y, siendo parte principal en el proceso, puede realizar todos los actos procesales conforme a la LJCA. Es tal la importancia de su papel, que la falta de emplazamiento dará lugar a la nulidad de actuaciones. Sin embargo, aunque es preceptivo su emplazamiento, no lo es su personación, siendo facultativa para esta parte formar parte del proceso o no y pudiendo personarse al inicio del proceso o durante la continuación de éste. Si sucede esta segunda opción por su propia decisión, no existirá nulidad ni retroacción de actuaciones, dándose por cumplidos todos los trámites ya realizados y perdiendo la oportunidad procesal que estos le brindaban, pudiendo actuar sólo en las futuras actuaciones restantes, es decir, no cabe la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en el proceso contencioso. Tampoco se dará cabida a cualquier tipo de excepción interpuesta por parte de la recurrente basada en la falta de legitimación pasiva por no haber dirigido la demanda contra dicha parte, debido a que no depende de su voluntad, sino que, al ser los actos administrativos de carácter público y pudiendo afectar a una pluralidad de personas, la legitimación dependerá de la auténtica conexión material entre los afectados y el objeto del proceso.

Por tanto, como se ha explicado, queda constatada la posibilidad de una pluralidad de codemandados o atacados en el proceso, y que éstos pueden incorporarse al proceso aunque éste ya haya comenzado. No obstante, para que exista una lícita pluralidad de codemandantes o atacantes, se debe cumplir con uno de estos dos requisitos.

Requisitos para una lícita pluralidad de codemandantes, conforme al artículo 46 LJCA:

- Si las partes se conocen y actúan promovidos por el mismo interés, y compartiendo la misma representación y dirección letrada, las partes podrán realizar una demanda conjunta, que posteriormente el órgano judicial revisará para corroborar la conexión y la posibilidad de presentación conjunta.
- En el caso de que las partes vayan por libre, pueden presentar demandas autónomas y posteriormente, solicitar la acumulación al órgano judicial, quien

al igual que en el caso anterior, revisará la oportuna conexión y dará o no el visto bueno a tal petición.⁸

2. El indebido o fraudulento papel de las partes en el proceso

En palabras del Juez Chaves, el fraude referido es un fraude del proceso, es decir, se vale de todo el proceso (y no de un trámite concreto de éste, y por ello se diferencia del fraude de ley procesal) para una finalidad que no es la institucional, y supone una deformación del proceso bajo una apariencia lícita.

En los párrafos anteriores explicaba cuáles eran las posibilidades para que hubiera varios demandantes o atacantes de forma ajustada a Derecho, sin embargo, lo que no se permite es adherirse al proceso una vez comenzado éste, a partir del emplazamiento de los interesados (a diferencia de los codemandados, que sí podrían). Queda prohibida pues, la adhesión de los codemandantes, proscripción que justificaré en los párrafos siguientes mediante jurisprudencia.

Pues bien, la estrategia procesal fraudulenta que se lleva a cabo en no pocas ocasiones, consiste en personarse como codemandados, ya que sí permite la adhesión en cualquier momento procesal previo a la sentencia, y, tras obtener tal condición y la legitimidad para actuar en el proceso, comportarse no como un codemandado sino como un codemandante, de modo que, si la sentencia fuera favorable a la Administración, el codemandado recurre en apelación o casación dicha sentencia. Sin lugar a duda, es un acto de mala fe procesal, pues el codemandado debería estar interesado en mantener la validez del acto impugnado, conviniéndole así que la sentencia fuera favorable a la Administración, y precisamente por ello, no recurriéndola en tal caso.

Por ello, es de suma importancia el carácter con el que la parte de persone en el proceso, es decir, en calidad de demandante o codemandado, porque luego no podrá cambiar dicha postura procesal y ésta ha de ser coherente con su actuación material.

Para ilustrar mediante un ejemplo, imaginemos un supuesto: la apertura de una panadería en un local que se encuentra en el bajo de un bloque de viviendas. La Administración da el visto bueno y otorga licencia para el montaje de dicho comercio al

⁸ (CHAVES J. , Del coadyuvante del demandante pillado en fraude procesal, s.f.)

empresario. No obstante, el vecino X se recurre dicho acto porque dice que la maquinaria de la panadería transmite calor a su casa y ruido y se va al juzgado de primera instancia que corresponde. Sin embargo, el vecino Y está interesado, en principio, en que se mantenga la panadería, porque dice que así tiene el alimento muy cerca y evita desplazamientos mayores para ir a comprarlo. Van todos a juicio y la posición procesal se fija de la siguiente manera:



Supongamos ahora que, durante el proceso, el vecino X mantiene charlas en secreto con el vecino Y, y le convence para que crea que la panadería no tiene nada de beneficioso para la comunidad de vecinos. Así pues, durante el proceso, Administración y Empresario, defienden mediante sus argumentos y práctica de pruebas la validez del acto administrativo que da licencia a la panadería, sin embargo, de los razonamientos habidos del vecino Y se deduce todo lo contrario, que la panadería no debería existir ahí. Para colmo, llegado el fin del proceso, la sentencia es favorable a la Administración y a los codemandados, pudiendo quedar la panadería abierta y en funcionamiento, y quedándose sin ver estimadas sus pretensiones el Vecino X. Entonces, el vecino X, cansado de litigar, decide abandonar toda posibilidad de recurrir la sentencia, pero el vecino Y, decide recurrir y continuar el litigio en apelación, pues ya no le interesa la panadería y además, en principio parecería que tiene legitimación para obrar en el proceso y para recurrirlo según estime oportuno.

He aquí el fraude, que consiste acceder al proceso no como demandante sino codemandado, a pesar de que sus intenciones son las de atacar el acto y no el de defenderlo, y una vez ya en el proceso, actuar como un auténtico recurrente.

El órgano judicial, ante la actuación del vecino Y que recurre en apelación, tendría dos opciones:

- La primera, inadmitir el recurso por falta de legitimación, ya que el vecino Y está legitimado como codemandado pero no como demandante.
- La segunda, desestimación del recurso por fraude procesal, ya que el vecino Y se vale de su condición de codemandado para actuar, pero una actuación contraría a la que le corresponde por su posición procesal, es decir, un comportamiento basado en la mala fe procesal.

A este respecto, se hace necesario destacar una serie de jurisprudencia:

Por un lado, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2010. En dicha sentencia se juzga un asunto donde una compañía de teléfono se persona en primera instancia para apoyar la validez de la actuación del Ayuntamiento, y que, tras obtener una sentencia favorable, la misma compañía llega a recurrir en casación la nulidad de parte del articulado de la Ordenanza Municipal objeto del litigio. La Sala del TS se manifiesta de la siguiente forma:

“se está en la necesidad de desestimar las pretensiones esgrimidas por SEPI por el manifiesto fraude procesal que su actuación comporta, pronunciamiento en línea con lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial acerca de rechazar fundadamente las peticiones que entrañen fraude de ley o procesal pues no le es lícito procesalmente a la parte que comparece como codemandada venir al proceso como tal y convertirse sorpresivamente en recurrente en sede casacional (...) No es la primera vez que esta Sala se enfrenta a una posición similar. En la sentencia de 22 de noviembre de 2007, recurso de casación 7539/2004, aclarábamos que si bien no se está en situación de inadmitir el recurso de casación formulado por quien actuó como codemandado en la instancia al no poderse negar a dicha parte, al menos formalmente, su legitimación para interponer el recurso de casación(art. 89.3 de la Ley de la Jurisdicción), se está en la necesidad de desestimar sus pretensiones esgrimidas en el recurso de casación por su parte presentado «por el manifiesto fraude procesal que su actuación comporta, pronunciamiento en línea con lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial acerca de rechazar fundadamente las peticiones que entrañen fraude de ley o procesal pues no le es lícito procesalmente a la parte que comparece como codemandada venir al proceso como tal y convertirse sorpresivamente en recurrente en sede casacional (...) Del mismo modo, en providencia de 3 de diciembre de 2008, rec. de casación 1924/2008, S. 4º del TS, se acordó rechazar la personación para coadyuvar a la posición de la recurrente de una Universidad pública, al haber actuado como parte codemandada en la instancia, lo que le impedía defender en casación unos intereses contrarios a los de la parte demandada en la instancia y recurrente en casación.

En línea con tales antecedentes, y en aras no sólo de la unidad de doctrina de esta Sala sino también de la igualdad en la aplicación de la ley, ha de ser desestimado el recurso de casación formalizado en nombre de de «YYYY, S.A.», al haber sido formulado en fraude procesal, al pretender la revocación de la sentencia de instancia, pretensión de todo punto contradictoria con la posición procesal que ocupó, en concepto de demandado, en la fase previa.”

De dicha sentencia se extraen dos principios generales:

- el primero, que un codemandado solo puede actuar para mantener la validez del acto administrativo, y no en su inoculación, y,
- el segundo, que dicho comportamiento constituye un fraude procesal por parte del codemandado y que debe de rechazarse.

Por otro lado, en el Auto de la Sala contenciosa del TS, 21 de febrero de 2008 (rec. 3221/2005) se expone que:

En efecto, el artículo 19 de la LRJCA regula la legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, refiriéndose los artículos 31 y siguientes, al demandante, como la única persona que puede pretender la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación. De otro lado, es el artículo 21, el que regula la figura del codemandado, cuyos derechos o intereses legítimos son contrarios a los del demandante, ya que pueden quedar afectados por la estimación de las pretensiones de este.

“...En efecto, el artículo 19 de la LRJCA regula la legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, refiriéndose los artículos 31 y siguientes, al demandante, como la única persona que puede pretender la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación. De otro lado, es el artículo 21, el que regula la figura del codemandado, cuyos derechos o intereses legítimos son contrarios a los del demandante, ya que pueden quedar afectados por la estimación de las pretensiones de este.

Por tanto, en lo único que ha cambiado la regulación actual es en la desaparición de la figura del coadyuvante, entendiéndose que todo el que se persona en el recurso como titular de un derecho subjetivo o interés legítimo para sostener la conformidad a Derecho de la disposición o acto recurridos tiene que actuar como codemandado. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en Autos de 16 de julio de 1996, 31 de enero de 1997, 18 de mayo de 1998 y 15 de julio de 2004, recaídos en los recursos nº 845/94, 100/95, 2751/96 y 6496/00, y en la Sentencia de 25 de febrero de 1999 recaída en el recurso nº 478/93, cuya doctrina – aunque referida a la figura del coadyuvante del demandante- sostiene que

«por mucha amplitud que constitucionalmente se haya reconocido al concepto de interesado, es lo cierto que en la vigente legislación reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -art. 30 L.J.C.A.- la figura del coadyuvante solamente está prevista en nuestro ordenamiento en defensa de la Administración que actúa como demandada o como demandante en el proceso de lesividad. De ahí que no quepa admitir la intervención (...) en el concepto que solicita de coadyuvante del demandante, ya que de accederse a lo que ahora pretende, además de lo dicho, se desconocería el régimen de plazos para recurrir.

...Tales actuaciones procesales, así como las alegaciones formuladas por «XXXX, S.A.» en el trámite de audiencia, lo que realmente ponen de manifiesto es un fraude procesal, ya que, como se ha expresado, la ahora recurrente se personó como parte en el procedimiento y, en providencia que consintió, la Sala le tuvo como codemandada, siendo esta su única posición procesal posible, no obstante haber podido hecho valer sus intereses de otro modo, concretamente a través de la interposición de un recurso contencioso administrativo autónomo y solicitando posteriormente, si a su derecho conviniera, la acumulación con el interpuesto con el Sr. Marcelino -no olvidemos que el interés legítimo que puede tenerse en la revocación de un acto administrativo solamente puede canalizarse a través de la demanda, previa la interposición del recurso-; pero no lo hizo, aquietándose con esa posición procesal, desde la que intervino como parte en el proceso”.

La Sala primero se remite a la LJCA para decir que en base a ella, solo los demandantes pueden atacar el acto administrativo (y por tanto, no puede hacerlo el codemandado) y aclara que las pretensiones del codemandado, para ocupar tal posición, deben de ser contrarios a los del recurrente (y no coincidentes). Posteriormente, la Sala justifica que la desaparición de la figura del coadyuvante a este respecto y su sustitución por la figura del codemandado, solo se produce a efectos de que de mayor amplitud, de modo que ahora se puede ser titular de un derecho subjetivo y también de un interés legítimo, y por ello, las reglas jurisprudenciales habidas antes de dicha sustitución siguen vigentes, haciendo una remisión a un elenco de jurisprudencia anterior y señalando que el coadyuvante (ahora “codemandado”) solo se legitiman para actuar en la defensa de la Administración, pero no caben los coadyuvantes del demandante (es decir, prohibiría los actuales “codemandantes”), ya que de ser posible esta última opción, desnaturalizaría el sistema de plazos para recurrir los actos administrativos. Y así, la figura del codemandante queda abolida.

Otros ejemplos más antiguos sobre la prohibición del codemandante (o coadyuvante de la parte actora) en el proceso contencioso administrativo:

- En el artículo 30 de la LJCA de 1956, apartado primero, que solo contempla la figura del actual codemandante:

“Podrá intervenir en el proceso, como parte coadyuvante del demandado, cualquier persona que tuviera un interés directo en el mantenimiento del acto o disposición, que motivaren la acción contencioso-administrativo”.

- La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia de 20 enero 1998, en la que dictamina:

“Dando por válido este razonamiento, establece que la parte que realizó las alegaciones como “codemandante”, “carece de legitimación para actuar procesalmente como codemandante, puesto que no interpuso en momento alguno recurso en el que impugnase, ni en vía administrativa ni en la judicial, los acuerdos objeto del presente proceso; en su escrito de alegaciones no formula argumento alguno contra tal decisión judicial, sino que en cuanto al fondo del asunto se limita a copiar, literalmente, párrafos enteros de las alegaciones formuladas por la otra parte apelante”.

- Auto Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Auto de 25 Octubre 2001, rec. 249/2001, que se expresa de la siguiente manera:

“...no haber lugar a tener por personado al Procurador Sr. Gómez Simón en la indicada representación, al haberse presentado el escrito fuera del plazo establecido en el artículo 46 de la Ley de esta Jurisdicción”. Refiriéndose a la imposibilidad de presentarse como codemandante en un momento procesal posterior al debido, dicho momento que a los que anteriormente me he referido bajo el rótulo de “Requisitos para una lícita pluralidad de codemandantes”, esto es, que se cumplan con los requisitos del artículo 46 LJCA.

- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 1233/2014 de 16 octubre, que hace esta mención:

“...en modo alguno es admisible que lo haga con el ambiguo y equívoco carácter procesal de “interesado”, después de iniciado el proceso y actuando posteriormente en el pleito como coadyuvante de la parte actora, figura que no reconoce nuestra Ley Jurisdicción Contencioso- administrativa, habida cuenta de la naturaleza revisora del acto administrativo...”

En conclusión, se ha analizado cuál es el fraude procesal y el porqué se produce, visto desde de una forma genérica. A pesar de este análisis global, existen supuestos

concretos dentro del derecho administrativo donde se materializa esta sutil inversión de roles procesales.

En el siguiente capítulo examinaré varios de estos asuntos concretos, de una manera individualizada que evidencie los razonamientos de los tribunales cuando inadmiten o desestiman los argumentos de las partes para que se les considere legitimados en el proceso.

CAPÍTULO III: LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES EN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL

En la jurisprudencia de los últimos años se han dado una serie de directrices interpretativas por parte de los tribunales que alteran sustancialmente el marco teórico de las reglas de juego de la parte actora y pasiva, en el seno de un proceso contencioso-administrativo. Se aumentan o se constriñen ciertas facultades de los recurrentes y de las partes adhesivas a este respecto, de modo que se pretende dar soluciones prácticas a los problemas que pueden suponer la aplicación estricta de las normas de legitimación o incluso llenar ciertos vacíos de los que la ley adolece.

Por un lado, algunas de estas novedades se han dado en el marco de reglas de la parte actora, de modo que se han planteado situaciones de cierta especialidad.

Es preciso recordar, en primer lugar, que el plazo para recurrir, en general, la actividad administrativa es de dos meses desde su producción (salvo recursos especiales), siempre que haya sido expresa, en virtud del artículo 46 LJCA, y aunque dicho artículo señale seis meses como plazo, si el acto administrativo fuera presunto, la jurisprudencia ha reiterado que, en el caso de tratarse de un silencio desestimatorio, el plazo para acceder a la vía judicial quedará abierto mientras la Administración no resuelva, y que, a partir de la resolución expresa y extemporánea, comenzará a contar el plazo estipulado de dos meses. Es el caso de esta jurisprudencia la que viene dada, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional, nº 14/2006, de 16/01/2006, Rec. Recurso de amparo 2145-2003. y Tribunal Constitucional, nº 39/2006, de 13/02/2006, Rec. Recurso de amparo 824-2003.

Tal como señalaba en el apartado del *-Fraude del codemandado-* del capítulo II, la posición del correcurrente, es decir, la adhesión de aquellos sujetos que apoyaría las pretensiones de la parte actora ha quedado abolida. Esto se debe a que la LJCA habilita al demandante como el único que puede hacer valer su oposición frente al poder público en el seno de un proceso contencioso-administrativo, y no contempla la figura del codemandante o coadyuvante de la parte actora, sin embargo, sí que contempla a los codemandados, esto es, los coadyuvantes de la parte pasiva. Así se ha interpretado por la jurisprudencia, por ejemplo, en la STS 23 de noviembre de 2010 y en el ATS 21 de febrero

de 2008, previamente analizados. Se pretende con ello no crear inseguridad jurídica, en especial, en lo que respecta a los plazos de recurso, ya que de existir la posibilidad de la existencia de los correcurrentes, los plazos podrían postergarse eternamente. No obstante, se ha dado alguna especialidad, como es el caso del codemandado que puede llegar a convertirse en el recurrente del examen de su adversario en materia de acceso a la función pública (y que será analizado en su epígrafe correspondiente dentro de la legitimación pasiva, pues se trata de una parte adhesiva de esta naturaleza).

Así, ha estado en proceso de análisis la figura del denunciante en una última sentencia del Tribunal Supremo con fecha de 28 de enero de 2019, cuando un denunciante ha querido ir más allá de la mera denuncia, interesándose por la sanción, lo cual ha provocado la búsqueda de soluciones a distintas cuestiones. ¿Existen diferencias de tratamiento de un denunciante que ha sido observador de una infracción, de aquel denunciante que ha sido perjudicado con dicha infracción? ¿Puede un denunciante interesarse o exigir la condena del infractor? ¿Está legitimado para acceder a la vía administrativa en pro de la legalidad? ¿Y de la vía contenciosa? Resulta que el Tribunal Supremo ha delimitado cuales son los extremos últimos a los que puede llegar un denunciante, en especial diferenciando si ha sido perjudicado o no con dicha infracción.

Si bien el denunciante se interesa por una generalidad de infracciones, es posible que la denuncia sea concretamente con motivo de comportamientos desleales de empresas en el ámbito mercantil, y además, que puede que el recurrente no será un mero denunciante, sino un afectado por dichos comportamientos prohibidos. Es por ello que existen ciertas cuestiones acerca de la legitimación del recurrente cuando pretende defender la unidad de mercado. Existen diversos mecanismos de protección al respecto, la Ley General para la Unidad de Mercado (LGUM) configura unos mecanismos de protección en sede administrativa: una reclamación para la protección de la unidad de mercado (art. 26 LGUM), que se presentará ante la CNMC pero que sin embargo, no resolverá este mismo organismo; un recurso administrativo especial ante la CNMC (art. 27 LGUM); un procedimiento de información (art. 28 LGUM), y por supuesto, el recurso administrativo ordinario. Además, quedará la posibilidad de optar al recurso contencioso-administrativo. Si bien tenemos distintos mecanismos, de la lectura de los artículos podemos observar que para según qué mecanismo se escoja, la legitimación oscila a determinados sujetos o, por el contrario, se abre la posibilidad a la generalidad de entes,

y quedan otros puntos a resolver, cómo si alguno de estos recursos son necesarios presupuestos antes de activar el siguiente o, incluso, si pueden darse de forma simultánea.

No es infrecuente que quién decida adentrarse en un pleito para defender la unidad de mercado, por ser afectado, o para cualquier otro asunto relacionado con asuntos intereses mercantiles sea una persona jurídica. Dicha entidad puede tener un sinfín de motivos para decidir adentrarse en un proceso contencioso-administrativo, no necesariamente para la defensa de la unidad de mercado, sino para cualquier otro fin que estime conveniente, sin embargo, al no tratarse de una persona física, tiene ciertas peculiaridades al respecto de su legitimación. Podría pensarse que la persona física que demuestre que ostenta la representación de la persona jurídica está legitimado para interponer una demanda. Esto no sería correcto, pues necesitaría también acreditar la voluntad conjunta de los socios para tal fin, como así se estipula en el artículo 45.2 LJCA. Sin embargo, se han suscitado más controversias en este sentido que la jurisprudencia se ha encargado de moldear. ¿Qué ocurre si este defecto procesal es advertido de oficio o a instancia de parte? ¿Existe posibilidad de subsanación? ¿Cuál sería el momento de subsanar en tal caso? ¿Cómo se procede ante la pasividad de la parte infractora del defecto procesal? Los tribunales han dado forma a esta problemática pretendiendo dar un equilibrio razonable a las posibles soluciones del modo más justo posible, atendiendo a la entidad del asunto y a la diligencia debida de la parte actora.

Distinta a esta temática de la persona jurídica, pero con el elemento común de tratarse de las dudas que puede arrojar la correcta legitimación de la parte actora, es el asunto de los pactos tributarios, en especial en el ámbito local, por el cual se ha pronunciado el Tribunal Supremo en una sentencia muy reciente, con fecha del 30 de diciembre de 2019. El debate surge cuando un sujeto ha llevado a cabo un pacto privado por el que se compromete a hacerse cargo del pago de los impuestos respectivos, pero qué se ve desprovisto de la acción de recurso por no ser el sujeto pasivo de la relación. Entre otros artículos, destaca el artículo 19 LJCA, que trata la legitimación por los afectados, y el artículo 17 de la Ley General Tributaria (LGT), que señala que los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por ningún convenio privado. Además, la cuestión se complica aun más si atendemos a los artículos 12 y 14 de la Ley Reguladora de las Bases Locales, los cuales advierten que, sin contravenir la Ley General Tributaria, los afectados por los tributos tendrán legitimación para recurrir dichos gravámenes. Por lo que, con todo, cabe plantear si aquel que se ha comprometido

a hacer frente a abonar las derramas goza de legitimación para recurrirlos, y si existen diferencias en el ámbito local y estatal.

Por otro lado, también se han visto nuevos ajustes jurisprudenciales en los preceptos que regulan las partes adhesivas que se sitúan en el flanco de la legitimación pasiva, es decir, las nuevas regulaciones que afectan a los codemandados.

Como ya he explicado anteriormente, los codemandados son terceros que, sin haber iniciado la vía contenciosa-administrativa, se ven afectados porque otros sujetos han comenzado un litigio sobre un objeto del que se derivan consecuencias para estos terceros. En otras palabras, el objeto del litigio es de interés tanto para las partes, como para los terceros, que se verían afectados por la resolución judicial. Además, esta parte adhesiva estaría situada del lado de la Administración Pública, es decir, en apoyo a las pretensiones que mantenga la Administración, y por tanto, los codemandados quedarían en una posición de subordinación frente a ésta durante el litigio. Aprovecho para insistir en la proscripción de los correcurrentes (situados en la parte actora) en el proceso contencioso-administrativo, partes que no podrían sumarse, una vez comenzado el pleito, a los recurrentes originarios y a sus pretensiones, a diferencia de los codemandados, que sí podrían unirse en un momento posterior sustentando el propósito de la Administración, siempre que, además, ostenten legitimación para ello.

Las restricciones impuestas a la parte recurrente para acceder a la vía contenciosa (que exista interés, imposibilidad de reconvención y prohibición de correcurrentes), han dado lugar a que los sujetos que pudieran estar interesados en modificar los actos administrativos, y que carezcan de cobertura legal para acceder al proceso (conforme a la LJCA), elaboren una ingeniería jurídica para superar las fronteras de las normas legitimadoras en la parte actora y, accediendo al proceso como parte pasiva (codemandados), ataquen la actividad administrativa que, en un principio, iban a defender. De manera genérica, este asunto ha sido desarrollado y explicado en el epígrafe *-El fraude procesal del codemandado-* del capítulo II de este trabajo.

No obstante, este fraude procesal “genérico” del codemandado se ha visto materializado y concretado en distintos tipos de litigios según su objeto. Algunas concreciones relevantes a este respecto se han plasmado en sentencias que versan sobre

medidas cautelares, el acceso a la función pública, la acción pública y en la interposición del recurso de casación.

Así, en las medidas cautelares, reguladas en el artículo 129 LJCA, se ha dado la particular ocasión de que un codemandado ha solicitado pretensiones acerca de las medidas cautelares que contravienen directamente las pretensiones de la Administración, es decir, de la parte recurrida y se plantea cuál debe ser la forma de proceder del órgano judicial a este respecto.

Mayor problemática surge de los exámenes de acceso a la función pública, la parte recurrente decide impugnar los exámenes llevados a cabo por la Administración y un tercero ve como su calificación es afectada por dicha impugnación, participando en el proceso de coadyuvar a la Administración. Si bien, hasta aquí todo está en orden, se plantean distintas cuestiones. La primera sería si puede el codemandado en este caso recurrir el examen del recurrente. De ser la respuesta afirmativa, se estaría ante en una reconvencción, la cual, como ya hemos señalado, queda prohibida en este orden judicial. Por el contrario, si la respuesta es negativa y el codemandado no puede atacar la calificación del recurrente, quizá estuviéramos ante una posible indefensión del codemandado, que puede verse desprovisto de las herramientas necesarias para mantener como válida su calificación. Y no son éstas las únicas controversias, pues cabe además plantear si, aprovechando que su calificación está en vía de recurso, puede optar a solicitar de alguna forma su recalificación, con la pretensión de que su puntuación ascienda. Y entre toda esta problemática, habría que aclarar cuál es el papel que juega la Administración, qué posiciones debe defender y, si fuera el caso, cuáles debe atacar.

En materia de acción pública (art. 19.1.h LJCA) dentro del contexto de urbanismo, se plantea la disputa cuando este instrumento jurídico que pretende la defensa de la legalidad general se utiliza para defender intereses particulares. Cualquiera podría preguntarse qué clase de problema habría si un afectado utiliza este mecanismo para asegurar el cumplimiento de las normas. No obstante, este asunto va más allá, la dificultad no se genera por aquellos particulares que, viéndose perjudicados por un plan urbanístico y de buena fe, utilizan este medio como recurso, si no que el auténtico inconveniente proviene de otros sujetos que no son afectados conforme a la LJCA, sin embargo, tienen otros intereses (económicos) sobre los planes urbanísticos y utilizan este mecanismo de mala fe para truncar los planes urbanísticos, como así llama la atención sobre esta cuestión el catedrático don Tomás Ramón Fernández.

Otra vertiente bañada por la problemática que ha generado la figura del codemandado es la de éste ante la interposición del recurso de casación realizada por una parte recurrente. Hay que esclarecer si las reglas de legitimación comunes para los codemandados son aplicables también en casación, o si por el contrario se establece alguna especialidad o requisito más y si influye de algún modo la sentencia precedente que se pretenda recurrir. Es de especial atención a este respecto la reforma que ha supuesto la LO 7/2015. No es el único asunto que ha generado debate, pues la personación tardía del codemandado a la hora de interponer recurso de casación ha sido otro punto controversial, atendiendo especialmente al conocimiento que tuviera el codemandado del momento procesal en que se encuentra el asunto. A este respecto, incide de manera indirecta el emplazamiento que haya realizado o no la Administración para informar a tal efecto y todas estas son cuestiones tratadas y resueltas por el Tribunal Supremo.

Como puede observarse, quedan muchas preguntas y cuestiones en el aire que se han ido perfilando y respondiendo mediante la jurisprudencia de los últimos años. Por ello, procedo, punto por punto, a tratar cada una de estas problemáticas a fin de arrojar luz sobre estos asuntos.

➤ **PUNTOS CONTROVERTIDOS EN LA LEGITIMACIÓN ACTIVA:**

1. El denunciante.
2. La protección de la unidad de mercado.
3. La persona jurídica
4. Los pactos tributarios.
5. La acción pública.

1. EL DENUNCIANTE: La legitimación en el procedimiento administrativo sancionador

1.1 PLANTEAMIENTO

Este epígrafe trata acerca de la legitimación que posee un denunciante a la hora de perseguir, controlar e incluso solicitar la condena al presunto infractor que pueda o deba verse sancionado en vía administrativa o contenciosa-administrativa.

Para el caso, es muy novedosa y paradigmática la Sentencia de 28 de enero de 2019, rec. Casación 4580/2017. Dicha sentencia versa sobre un abogado que es denunciado ante el Colegio de Abogados, por entender el denunciante que es merecedor de sanción, ya que no interpuso un recurso a tiempo. El Colegio procede a calificar tal infortunio como falta leve, sancionándolo de esta manera. No conforme con esta calificación el denunciante, recurre ante el Consejo de la Abogacía de la Comunidad Autónoma, a través de un recurso de alzada, y este organismo desestimaré el recurso. El denunciante da un siguiente paso al frente y acude en vía ya contenciosa-administrativa al Juzgado de lo Contencioso que corresponde, inadmitiendo éste por falta de legitimación activa del denunciante, apoyándose en la STS de octubre de 2009. Ante la inadmisión, recurre el denunciante en apelación, ante el TSJ de Castilla-La Mancha, órgano quien sí estimará sus pretensiones. Esta sentencia favorable al denunciante es recurrida en casación, dando como resultado final esta STS 28 enero de 2019.

La sentencia elabora una serie de argumentos fundándose en el elenco jurisprudencial hasta la fecha. Por ello, analizaré previamente y de forma sintética las principales ideas de algunas de estas sentencias a las que se hace remisión, dividiendo la jurisprudencia en cuatro bloques, de modo que sirva para establecer pilares sólidos donde hacer descansar los argumentos del Tribunal Supremo, orientándolo a su estudio y comprensión para, posteriormente, pasar a analizar definitivamente la reciente Sentencia de 28 de enero de 2019.

1.2. MARCO JURISPRUDENCIAL PREVIO

A) DENUNCIANTE Y PARTE INTERESADA ¿SON LO MISMO?

- La primera cuestión que se suscita es si el denunciante es parte interesada, se extrae de la STS, Sala Tercera de 18 de mayo de 2001, recurso 86/1999 (remitiéndose también a las sentencias de 16 de marzo de 1982 y 28 de noviembre de 1983):

“ciertamente, de la condición de denunciante, únicamente y por sí misma, no se deriva legitimación para impugnar la resolución que pone fin al procedimiento sancionador, pues como se viene reiteradamente sosteniendo por la jurisprudencia el concepto de denunciante no es coincidente con el de parte interesada o titularidad de un derecho o interés legítimo en palabras del art. 19 de la LJCA”.

Por tanto, **ser denunciante no es igual a ser parte interesada**. No obstante, cabe plantear sí la figura del denunciante y la de parte interesada pueden fundirse en la misma persona.

B) ¿PODRÍA EL DENUNCIANTE OCUPAR LA POSICIÓN DE CODEMANDADO?

-Atendemos a esta segunda cuestión con la STS 24 de enero de 2000 que aclara cuando un denunciante coincidiría con la postura de un interesado, teniendo así legitimación activa cuando:

“la anulación del acto que se recurre produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado”

Es decir, **sí podrían ser coincidentes**, pero habría que incidir más sobre qué supone un efecto positivo o negativo, presente o futuro, para la parte.

- Y para incidir más concretamente en los pormenores de la , la STS de 3 de febrero de 2011 rec. 4728/2007 dictamina que:

“...Para el examen del motivo ha de tenerse en cuenta, como ya señalamos en sentencia de 22 de mayo de 2007, la jurisprudencia de esta Sala sobre la legitimación activa, que en el orden contencioso-administrativo viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004).

Más concretamente y ya en relación con la legitimación en materia sancionadora y respecto de los denunciantes, esta Sala viene señalando algunos criterios que conforman doctrina jurisprudencial y que permiten determinar la concurrencia de tal requisito procesal.

Así se señala de manera reiterada, que se trata de justificar la existencia de esa utilidad, posición de ventaja o beneficio real, o más concretamente, si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera (S. 23-5-2003 , 28-11-2003 , 30-11-2005 , entre otras).

...el alcance de ese interés legítimo del denunciante, considerando como tal en la sentencia que acabamos de referir el reconocimiento de daños o derecho a indemnizaciones y entendiendo que no tiene tal consideración la alegación de que "la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés" (S. 3-11-2005...) o como dice la sentencia de 23 de mayo de 2003 "no siéndolo la de que la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés, lo que constituiría una petición de principio", señalando la de 26 de noviembre de 2002 que: "el denunciante ni es titular de un derecho subjetivo a obtener una sanción contra los denunciados, ni puede reconocérsele un interés legítimo a que prospere su denuncia, derecho e interés que son los presupuestos que configuran la legitimación, a tenor del artículo 24,1 de la Constitución y del art. 31 de la Ley 30/92 , sin que valgan como sostenedores de ese interés los argumentos referidos a que se corrijan las irregularidades, o a que en el futuro no se produzcan, o a la satisfacción moral que comportaría la sanción, o la averiguación de los hechos, para el denunciante,....”

Y de igual manera la STC 143/1987 ya aclaraba qué es el interés legítimo en virtud del artículo 24.1 CE:

“equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta” (SS. T C. 60/1982 EDJ1982/60, 62/1983 EDJ1983/62, 257/1988 EDJ1988/573 y 97/1991 EDJ1991/483, entre otras)”

Es decir, **ese beneficio del que se habla ha de ser una ventaja o interés real** en un sentido positivo, o por el contrario, en un sentido negativo, la pérdida de una sanción o

carga. Y por ello, cabría incluso la posibilidad de que, si de la sanción se generase derecho a una **indemnización**, estaríamos en la unión y coincidencia de ambas posturas. No obstante, la mera satisfacción por la imposición de la sanción y el cumplimiento de la legalidad no repercute positivamente en la esfera jurídica del denunciante, ni puede ser un interés lejano y difuso, así pues, estas razones no serían válidas para admitir su legitimación como parte interesada.

C) SI FUE LEGITIMADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, ¿TAMBIÉN CABE LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO?

-la STS de 2 de junio de 2007, señala la diferencia entre legitimidad en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso-administrativo:

“...no siempre la condición de denunciante o el carácter de interesado en el procedimiento administrativo son suficientes para acreditar la legitimación posterior en un hipotético recurso contencioso-administrativo. Así, por lo general, el interés requerido para denunciar o, incluso, para ser parte interesada en el procedimiento administrativo, tiene mayor laxitud que el necesario para recurrir la decisión administrativa... y este criterio ha sido reiterado en sentencias posteriores diferenciando la legitimación del recurso contencioso-administrativo, regulada en el art. 19 de la LJ, y la legitimación para ser parte interesada en un procedimiento administrativo sancionador”.

-En este mismo sentido, en la STS de 20 de abril de 2015, rec. 1523/2012 se encuentra el siguiente fundamento:

“...Y es aquí donde debe traerse a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no referida al concepto de interesado en términos generales, sino concretamente en relación con la atribución al denunciante, además de tal condición, de la de interesado en el procedimiento administrativo sancionador. Y para ello constituye requisito "sine qua non" que el procedimiento sancionador le reporte cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida, mientras que si su esfera jurídica no viene afectada, se mantiene en la condición exclusiva de denunciante, sin llegar a ostentar la de interesado y, como consecuencia de ello, la declaración de inadmisión de recursos administrativos o jurisdiccionales interpuestos por el mismo, fundada en su falta de legitimación, es declarada por el Tribunal Supremo conforme a Derecho...”.

-La STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 14 de diciembre de 2005 (rec. 101/2004) se expresa de la siguiente manera:

FJ 2º: *“Y la amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1.a) de la Ley, por exigencias del artículo 24.1 CE, y la sustitución del concepto de interés*

directo por el de interés legítimo, no llegan hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real.”

FJ 3º: “El procedimiento disciplinario no puede interferir un proceso judicial en curso, por lo que los intereses legitimadores de quien es litigante en dicho proceso, por sí solos, no pueden servir como base de su legitimación para reclamar la imposición de una determinada sanción al juez que, a criterio de dicho litigante, no satisfizo aquel interés del proceso”.

La conclusión es que no necesariamente, **la legitimación en el procedimiento administrativo es más permeable, frente a la legitimación en la vía contenciosa-administrativa**, donde la jurisprudencia insiste nuevamente en que sólo sería legitimado como parte interesada que el contribuya con un beneficio o ventaja jurídica, en caso contrario se vería legitimado en vía administrativa pero no en la contenciosa-administrativa.

D) LÍMITES AL DENUNCIANTE NO PERJUDICADO

-Siguiendo con el FJ 4º de la ya referida STS 14 diciembre de 2005, manifiesta así:

“La falta de legitimación es apreciable en el presente proceso, al ser también aquí de aplicación el criterio jurisprudencial que ha quedado expuesto por lo que se dice a continuación.

En la demanda formalizada en el actual proceso, como ya antes se expresó, la petición de la parte actora es que se imponga una sanción.

Por tanto, el éxito de esa petición no produciría en principio ningún efecto favorable en la esfera jurídica de la parte actora en el actual proceso, ni tampoco en la actuación jurisdiccional a las que estuvo referida la denuncia presentada ante el CGPJ, pues la eventual sanción que pudiera ser impuesta, por sí sola, no le originaría ventaja alguna ni le eliminaría ninguna carga o inconveniente.

Debe subrayarse que el interés determinante de la legitimación de un denunciante se concreta en que el CGPJ desarrolle las actividades investigadoras que le corresponden sobre las disfunciones o irregularidades que se le hayan comunicado en relación a la Administración de Justicia o la actuación de los Jueces y Magistrados, pero no comprende, por todo lo que se ha razonado con anterioridad, que esa actuación investigadora termine necesariamente con un acto sancionador.

En el presente proceso la pretensión ejercitada no va dirigida a satisfacer ese interés que podría dar soporte a la legitimación del denunciante. Porque no se denuncia que la actividad investigadora o inspectora del CGPJ no se haya desarrollado, como tampoco se pide que se realicen otras actividades adicionales de información o investigación. Y porque la censura que más concretamente se hace al CGPJ es no haber apreciado motivo para iniciar procedimiento sancionador en los hechos que fueron denunciados”.

Se convierte este fundamento jurídico cuarto en una solución muy concreta al problema que se suscita con el denunciante, pues desglosándolo detenidamente, se deduce cuál es el alcance al que puede aspirar un denunciante en la vía administrativa y en la vía contencioso-administrativa (y que especifico en el siguiente apartado de conclusión, dentro del epígrafe de ordenación jurisprudencial).

1.3 REGULACIÓN PROCESAL: La legitimación del denunciante que no tiene interés legítimo

A) ÚLTIMA REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL: la sts 28 de enero de 2019

El Tribunal se hace eco de toda la jurisprudencia expuesta anteriormente, argumentando de la siguiente forma:

Cito textualmente las conclusiones del Tribunal a este respecto para cerrar el epígrafe:

“1º En primer lugar sostiene que deben establecerse diferencias entre el denunciante-perjudicado y un tercero.

La condición de denunciante es sustancialmente diferente a la posición de parte interesada, pues la cualidad de parte legitimada no la adquiere por su denuncia sino por esgrimir un interés legítimo susceptible de tutela en los términos expuestos en la jurisprudencia ya reseñada, interés que deberá apreciarse en función de las circunstancias del caso pero que ha de consistir en un beneficio o ventaja distinto del mero interés por la legalidad y del acierto de las resoluciones sancionadoras. Así se ha reiterado en numerosa jurisprudencia, antes reseñada, y se ha aplicado a los procedimientos sancionadores por la actuación profesional de un letrado (a tal efecto, la STS nº 21/2015 dictada el 14 de enero de 2015 rec. apelación 204/2012).

Es cierto que, en determinados supuestos, cabe apreciar un interés diferente y cualificado en la posición del denunciante agraviado o perjudicado respecto de un mero tercero, pero ello no deriva de su condición de denunciante sino del interés legítimo invocado para impugnar la sanción impuesta.

2º Posibilidad de ejercer un control efectivo de la potestad sancionadora por personas diferentes al imputado.

Tampoco este argumento sirve para justificar una legitimación del denunciante ajena a un interés legítimo identificado, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo no excluye la existencia de un control de la inactividad administrativa al tiempo de ejercer su potestad sancionadora. Así, la STS de 19 de octubre de 2015 (rec. 1041/2013) admite la posibilidad de revisar por los tribunales la actuación administrativa sancionadora, cuando se ha negado a continuar con el procedimiento sancionador, afirmando:

«...Es por ello que los Tribunales contencioso-administrativos pueden revisar no solo las resoluciones administrativas que deciden imponer una sanción sino también aquellas que

deciden no imponerla o archivar el procedimiento por entender que los hechos no son constitutivos de infracción administrativa alguna, pues al margen de lo ya señalado respecto a la legitimación del recurrente, los tribunales no incurrir en una invasión competencial cuando en el ejercicio de esa función de control de la legalidad de los actos revisan el archivo de un procedimiento sancionador y ordenan a la Administración que continúe con la actividad investigadora, [...] pues también ello implica un control de la legalidad positivo destinado a comprobar que la Administración no hace dejación de sus competencias en materia sancionadora, pues sus competencias, también en esta materia, son irrenunciables y deben ser ejercidas con sujeción al principio de legalidad por el órgano que las tiene encomendadas (art. 12 de la Ley 30/1992)». Ahora bien, la existencia de un control jurisdiccional de la actividad sancionadora de la administración, como en todos los demás supuestos, no opera al margen de las exigencias de legitimación impuestas por nuestro ordenamiento jurídico.

3º El hecho de haberse reconocido al denunciante legitimación en vía administrativa no implica reconocer esa misma legitimación en sede judicial.

Ya la STS de 2 de junio de 2007 se descartó que la legitimación en vía administrativa y judicial tuvieran el mismo alcance, afirmandose que «[...] no siempre la condición de denunciante o el carácter de interesado en el procedimiento administrativo son suficientes para acreditar la legitimación posterior en un hipotético recurso contencioso-administrativo. Así, por lo general, el interés requerido para denunciar o, incluso, para ser parte interesada en el procedimiento administrativo, tiene mayor laxitud que el necesario para recurrir la decisión administrativa [...]» y este criterio ha sido reiterado en sentencias posteriores (véase STS de 20 de abril de 2015, rec. 1523/2012) diferenciando la legitimación del recurso contencioso-administrativo, regulada en el art. 19 de la LJ , y la legitimación para ser parte interesada en un procedimiento administrativo sancionador.

4º Y finalmente y por lo que respecta a la existencia de un interés moral del denunciante, como interés legitimador para recurrir la sanción impuesta en sede contencioso administrativa, hemos de reiterar y confirmar la jurisprudencia que afirma que la clave para la determinación de la concurrencia de interés legítimo, a efectos de impugnar la resolución dictada en vía administrativa, debe examinarse a la luz de si la acción dirigida a la impugnación de la sanción impuesta puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera jurídica, que se plasme en un interés real.

Ya hemos señalado que ese interés, en su faceta positiva o negativa (supresión de una carga o desventaja) no puede identificarse con el interés moral o la satisfacción personal o espiritual del afectado. El mero interés moral de que se sancione al denunciado, no es suficiente para fundamentar su legitimación STS de 26 de noviembre de 2002 y de 22 de mayo de 2007 (rec. 6841/2003) , STS de 3 de febrero de 2011 (rec. 4728/2007) , entre otras.

En definitiva, no debe confundirse el interés legítimo con una satisfacción personal o moral del denunciante/perjudicado, ni sustentar su legitimación en el intento de paliar «el ataque moral sufrido, provocando una cicatrización de la herida espiritual sufrida» o en su «desasosiego y desmoralización», tal y como pretende la sentencia recurrida en casación. Cuando el denunciante/perjudicado lo que pretende discutir en sede jurisdiccional es la gravedad de la infracción y sanción impuesta, y para ello aduce un perjuicio a su esfera moral, que no le reporta un beneficio o ventaja material alguno, fuera de la satisfacción personal en que se cumpla con la legalidad y se imponga la sanción que él considera justa y adecuada, se confunde el interés legítimo con un interés por la defensa de la legalidad, que no queda amparada en nuestro ordenamiento jurídico fuera de los excepcionales supuestos en los que se reconoce una acción pública.

La aplicación de estas consideraciones al caso enjuiciado impide apreciar que el denunciante tuviera un interés legítimo, pues no ha resultado acreditado que la situación jurídica del denunciante-recurrente experimente ventaja alguna por el hecho de que la sanción por él pretendida sea superior a la impuesta, debiendo negarse, en consecuencia, legitimación para recurrir en sede contencioso-administrativa, sin que ello implique violación del artículo 24 de la Constitución, pues este derecho también queda satisfecho ante una decisión fundada de inadmisión y no abarca el derecho a que la respuesta de los tribunales se acomode al deseo del recurrente.»

Con toda esta jurisprudencia y remisiones a algunas sentencias más, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en la STS 28 de enero de 2019, va desglosando y desmontando los argumentos del denunciante, llegando a las siguientes **conclusiones** y que terminan de definir la figura del denunciante:

B) CONCLUSIÓN: Qué legitimación ostenta un denunciante

Primero, se está ante la necesidad de un denunciante que se ha visto perjudicado y un tercero, pues el tercero carecería de ningún título legitimador y el denunciante-perjudicado si podría ostentar legitimación, no porque hubiera denunciado, sino porque de su perjuicio, la sanción pueda reportarle una ventaja más allá del interés por la aplicación de la correcta legalidad.

Segundo, la potestad sancionadora de la Administración es controlable, por supuesto, y también la inactividad a este respecto, no obstante, para solicitar ante los tribunales tal fiscalización, se ha de cumplir con las reglas de legitimación existentes.

Tercero, la legitimación en vía administrativa no ha de tender un puente necesariamente a la legitimación en vía contenciosa-administrativa, pues esta segunda vía, los requisitos para obtener la legitimación son más estrictos que en la primera.

Cuarto, el interés que puede tener un denunciante para tener legitimación va más allá de una satisfacción personal porque se haga justicia y así obtenga calma espiritual; distingue así el Tribunal el “interés legítimo” con el “interés por la defensa de la legalidad”, que no queda reconocido por nuestro Derecho, salvo en los casos de acción pública, que es tratada en otro epígrafe de este trabajo.

Quinto, si estamos ante un denunciante que no posee un interés legítimo, es decir, que no es perjudicado, su actuación procesal puede llegar, como lejos:

- En vía administrativa:
 - Tiene legitimación para interesarse porque la Administración realice las actividades investigadoras pertinentes.
 - No tiene legitimación para solicitar una calificación concreta de la infracción, o solicitar que se imponga o se agrave una sanción.

- En vía contenciosa-administrativa:
 - Posee legitimación para:
 - Solicitar que se desarrollen las actividades de investigación que no se hubieran llevado a cabo.
 - Pedir actividades adicionales de información o investigación.
 - Demandar actividades adicionales que puedan dar soporte a una posible legitimación del denunciante.

 - Carecería de legitimación para entrar a solicitar, cuestionar o agravar la calificación jurídica de la infracción ni su sanción.

Del estudio de esta sentencia también se ha encargado el abogado D. Rafael Rossi, quien tiene una dedicada una entrada al respecto en su web y que me ha servido de apoyo para este análisis.⁹

⁹ (ROSSI, s.f.)

2. LA PROTECCIÓN DE LA UNIDAD DE MERCADO: La legitimación para el uso de los mecanismos previstos

2.1 PLANTEAMIENTO

Se convierte en protagonista en este apartado la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), la cual pretende el libre acceso, ejercicio y expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional, establecido así en su artículo primero. Esta ley busca garantizar que no se lleven a cabo actividades por parte de las Administraciones Públicas que degeneren la libertad de circulación y establecimiento de operadores económicos en el mercado, y que éstos sean tratados con igualdad.

2.2. MARCO NORMATIVO

Para conseguir la finalidad que se pretende, la LGUM establece una serie de mecanismos de protección:

- El artículo 26 LGUM configura un sistema de recurso en sede administrativa.
- El artículo 27 LGUM establece una forma de acudir a la CNMC para que ésta se encargue de llegar a un procedimiento contencioso-administrativo especial.
- El artículo 28 LGUM articula un trámite para informar a la Administración sobre la práctica de actividades prohibidas por esta ley.

Estos mecanismos cohabitan con los recursos de carácter ordinario tanto en sede administrativa como en la contenciosa-administrativa, conforme a la LJCA.

No es la intención de este trabajo hacer una explicación extensa sobre todos los aspectos de estos recursos, sino plasmar una visión panorámica de ellos poniendo el foco en los aspectos legitimadores a tal respecto.

2.3. REGULACIÓN PROCESAL: La legitimación del recurrente según el mecanismo a ejercer.

A) LA RECLAMACIÓN PREVIA ADMINISTRATIVA. ARTÍCULO 26 LGUM.

1. Naturaleza

No es propiamente un recurso sino una reclamación, la cual se lleva a cabo en la vía administrativa, pero poseyendo un carácter alternativo frente a los recursos que procedieran en la vía ordinaria (Ley 30/92 RJPAC), es decir, alzada o potestativo de reposición, o contencioso-administrativo en su caso.

2. Actividad impugnada

La actividad administrativa contra la que puede dirigirse se interpreta en sentido amplio: acto administrativo, vía de hecho, inactividad y disposiciones administrativas de carácter general, que provengan de cualquier Administración pública (territorial, Colegios Profesionales y cualquier organismo o entidad que se encargue de la regulación, ordenación o control de actividades económicas) que vulnere la libertad de circulación o establecimiento.

La reclamación se presenta en la Secretaría del Consejo de la Unidad de Mercado, y sin embargo, la resolución recaerá sobre el órgano que llevó a cabo la actuación administrativa o su superior jerárquico si existiera (art. 26, ap. 4º y 6º).

3. Legitimación para interponer la reclamación

La legitimación para interponer este recurso corresponde, según el artículo 26.2 LGUM:

- Operadores económicos y sus organizaciones representativas.
- Cámaras de Comercio y Asociaciones Profesionales.

Igualmente, se abre enormemente la puerta a la amplia legitimación cuando en la Disposición Adicional Quinta de esta Ley se dispone la posibilidad de la acción popular y el derecho de petición. Por lo que nos encontramos a una legitimación sin cortapisas, cualquiera podría efectuar este recurso frente a la Administración pública, tanto a los operadores económicos, como a las asociaciones en defensa de intereses generales o incluso un ciudadano de a pie que pretende la defensa de un interés particular, todo ello porque la unidad de mercado se reviste de interés público.

4. Legitimación para interponer recurso ordinario con o sin uso previo de la reclamación

Como indicaba anteriormente, la reclamación tiene carácter alternativo frente a los recursos ordinarios (y no es preceptivo su uso para acudir a una u otra vía), y su objeto debe tratar sobre la vulneración de la libertad de establecimiento o circulación. Por tanto, si la actividad que se recurre conlleva otros asuntos que no afectan a dicha libertad, estas cuestiones deberán recurrirse por el procedimiento ordinario y de forma separada, pero tras haber obtenido respuesta de la reclamación interpuesta (entendiendo que ésta ha sido negativa y la actividad administrativa sigue causando efectos), es decir, una vez que la reclamación haya sido inadmitida o desestimada, de forma sucesiva y nunca simultánea. Cabe puntualizar que a pesar de tener la opción de acudir a la vía ordinaria, si los motivos concretos de la reclamación han sido denegados, no cabrá alegarlos nuevamente en el procedimiento ordinario, aunque se dispusiera de legitimación para ello.

No obstante, si se decide acudir al sistema ordinario, la configuración de la legitimación cambia, pues no estaremos ante las amplísimas reglas de legitimación de la reclamación, sino que habrá de atender a las de los procedimientos ordinarios, las cuales implicarán tener al menos un interés legítimo al respecto.¹⁰

¹⁰ (GÓNZALEZ RIOS, 2016)

B) RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPECIAL. ARTÍCULO 27 LGUM.

1. Naturaleza

Si bien el artículo 26 trataba sobre una reclamación en sede administrativa, este artículo 27 versa sobre la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa-administrativa mediante el procedimiento especial, que viene previsto de igual manera en el artículo 127 bis, ter, quárter de la LJCA, y sin que sea necesario haber hecho uso previamente de la reclamación susodicha.

Es por tanto un recurso jurisdiccional de carácter especial, sujeto a particularidades (que en seguida expondré) y que lo diferencian del recurso contencioso ordinario.

2. Actividad impugnabile

En el mismo sentido de la reclamación del artículo 26, la actividad impugnabile es descrita en el artículo 127 bis, apartado primero: *“una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, podrá presentar el recurso contencioso-administrativo regulado en este Capítulo”*.

3. Legitimación para interponer recurso

Este recurso es canalizado por la CNMC, de oficio o a solicitud de parte. De aquí que podamos hablar de dos tipos de posibles legitimaciones, la legitimación para interponer el recurso especial, y la legitimación solicitar o pedir que se interponga dicho recurso ante el orden jurisdiccional.

Además, tras la solicitud, se estaría ante dos escenarios posibles, bien la CNMC decide no interponer recurso, dejando la posibilidad de interponer recurso contencioso ordinario y debiendo observar a quién le pertenece esta posible legitimación, o bien, la

CNMC opta por sí interponer el recurso especial, dando lugar a analizar quiénes son los legitimados para participar en el proceso.

Con todo ello, cabe precisar cómo se configuran estas legitimaciones según el momento y escenario en que nos encontremos:

- Legitimación para interponer el recurso contencioso especial para la unidad de mercado.

Por un lado, la legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo especial ante los Tribunales corresponde en exclusiva a la CNMC, como así queda reflejado en los artículos 27.1 LGUM y 127 bis. 1º; si bien la CNMC puede actuar no solo de oficio sino también a solicitud de parte (aunque para ésta no será preceptivo interponerlo si no aprecia razones suficientes).

- Legitimación para solicitar la interposición del recurso especial para la unidad de mercado.

Por otro lado, la legitimación para solicitar a la CNMC la interposición del recurso se deviene de los siguientes preceptos:

- Del artículo 27.2 LGUM, se deduce que cualquier operador pueda ejercer una solicitud directa a la CNMC sin que se requiera que sea titular de derechos o interés legítimos.
- Del artículo 27.6 LGUM y su Disposición Adicional Quinta, también expande la legitimación mediante el derecho de petición a las corporaciones, asociaciones y grupos de afectados y del mismo modo, se reconoce la acción pública.

Con todo, hay que subrayar que esta legitimación se basa en la petición, pero será la CNMC quien decida en último lugar si se interpone el recurso o no.

- Legitimación en ausencia de actuación por parte del CNMC.

Se extrae del artículo 27.5 LGUM que si la CNMC no observara razones suficientes para interponer el recurso especial, se podría optar por interponer recurso contencioso-ordinario. En efecto, al tratarse del ordinario, se repite el escenario de reglas de legitimación común, pudiendo solo proceder de aquella manera los operadores afectados, titulares de derechos o intereses legítimos.

Llegados a este punto, cabría hablar de un tercera y singular legitimación, la que se necesita para acceder a un proceso iniciado por la CNMC en el caso que hubiera decidido interponer recurso.

- Legitimación para participar en el proceso judicial iniciado por la CNMC.

Expresa el artículo 127 LJCA ter, apartado séptimo:

“7. Durante la tramitación del procedimiento, podrá solicitar su intervención, como parte recurrente, cualquier operador económico que tuviere interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y no la hubiera recurrido de forma independiente.

La solicitud del operador se resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de cinco días.

Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello.

El interviniente podrá utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales para su interés, aunque las consienta la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o las demás partes personadas”.

De la lectura del precepto, lo primero que hay que advertir en el primer párrafo es que no bastaría con haber solicitado mediante la acción pública ante la CNMC la interposición del recurso. De hecho, la regla de legitimación se convierte, en mi opinión, aún más restrictiva que las reglas comunes, pues no espera que el posible interviniente tenga un interés si quiera indirecto, sino que ha de ser un interés directo, lo que colindaría en una zona gris con la posibilidad de que sea suficiente en todo caso el interés legítimo o no. Conviene señalar también que quedan excluidos aquellos que hubieran recurrido de forma independiente.

En palabras del profesor Marcos M. Fernando, el legislador ha evitado la denominación tradicional del coadyuvante, para llamarlo parte *recurrente* y posteriormente *interviniente*.

Del segundo párrafo observamos como la CNMC no decidirá sobre la actuación del posible interviniente, sino que será el Tribunal mediante Auto.

Marca un punto de inflexión el tercer párrafo porque, si bien admite que el interviniente será considerado parte procesal a todos los efectos y podrá defender incluso sus propias pretensiones, señala que no se retrotraerán las actuaciones, por lo que, a pesar de reconocer plenas facultades procesales al interviniente, éstas quedan supeditadas a que aun exista oportunidad procesal para llevarlas a cabo.

Por tanto, el interviniente no podrá formular escrito de interposición, puesto que es una tarea que corresponde a la CNMC. Tras esto y admitida su solicitud para participar en el proceso, podrá participar de todas las actuaciones procesales que aun no se hayan llevado a cabo, perdiendo las que sí. Si se dieran las circunstancias apropiadas y la solicitud del interviniente fuera admitida antes de que se haya agotado el plazo para formular demanda, se entiende que podría incluso interponer ésta (FERNANDO PABLO, 2014).

C) EL ARTÍCULO 28 LGUM: PROCEDIMIENTO PARA INFORMAR DE LAS BARRERAS A LA UNIDAD DE MERCADO

1. Naturaleza

Es un procedimiento de carácter administrativo de información de barreras o cortapisas que se ponga a la unidad de mercado, presentado ante la Secretaría del Consejo de la Unidad de Mercado, organismo que elaborara un informe con propuestas y valoraciones. En la práctica, es un procedimiento de puesta de información e incluso de denuncia, para poner en conocimiento del Consejo de una vulneración y en búsqueda de una solución.

2. Actividad referida

Cualquier actividad administrativa de la que se sospeche que obstaculiza la unidad de mercado y que se quiera llegar a dar a conocimiento de las autoridades.

3. Legitimación

A este respecto, quedan legitimados para interponer los operadores económicos, consumidores y usuarios y organizaciones que los representen para informar a la Secretaría.

Igual que en los artículos anteriores (26 y 27 LGUM), su legitimación es muy amplia.

3. LA PERSONA JURÍDICA: Los requisitos para ser parte recurrente

3.1 PLANTEAMIENTO

Podría parecer suficiente que aquel que ostente la representación de la empresa tiene facultades para ejercer las acciones procesales cuando así se estime oportuno. Por el contrario, no es suficiente, la acreditación de la que se precisa sufre de un desdoblamiento. Así, el artículo 45.2, apartado a) y d), señala que al recurso contencioso-administrativo que se pretenda interponer por una persona jurídica, deberá acompañar por un lado, el documento que deja constancia de que la persona física que se persona en el juzgado representa a la persona jurídica, y por otro, el documento que acredite la voluntad de la persona jurídica de emprender acciones legales:

3.2 MARCO NORMATIVO

- En primer lugar, hay que señalar el artículo 45.2 LJCA:

“A este escrito se acompañará:

a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo Juzgado o Tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos.

d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.”

- En segundo lugar, la falta de entrega de documentación no impedirá, en principio, su subsanación conforme a las reglas estipuladas en el artículo 138 LJCA:

“1. Cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la presente Ley, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.

2. Cuando el Juzgado o Tribunal de oficio aprecie la existencia de algún defecto subsanable, el Secretario judicial dictará diligencia de ordenación en que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia.

3. Sólo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto.”

El primer apartado se sitúa en el caso de que el defecto sea alegado por una de las partes, y a continuación ofrece la posibilidad de que la parte contraria, la que supuestamente incurre en el defecto, pueda subsanar u oponerse en diez días.

En el segundo apartado, es el propio órgano judicial quien advierte del defecto, concediendo un plazo diez días para su subsanación.

Aplicable a estos dos apartados es el tercero, pues en caso de no haberse subsanado en el plazo citado o que el defecto sea insubsanable, el recurso será inadmitido.

- En tercer lugar, también es reseñable el artículo 69, apartado b) de la LJCA:

“La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes:

b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada.”

Se contempla en la LJCA pues, la opción de declarar la improcedencia del recurso cuando una persona jurídica no hubiera acreditado debidamente todos los requisitos que se le exige a tal efecto.

3.3 REGULACIÓN PROCESAL: La acreditación de los elementos necesarios para constituirse como parte recurrente

Una sentencia paradigmática proveniente del Tribunal Supremo, la STS 5 de noviembre de 2008, rec. 4755/2005, distingue entre la acreditación la representación y de la voluntad de litigar y de los entresijos de la subsanación según sea el defecto manifestado de parte o por el órgano judicial.

A) REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL: Los elementos a acreditar y su subsanación.

1. SENTENCIA 5 DE NOVIEMBRE DE 2008, REC. 4755/2005: Acreditación de la legitimidad, el defecto procesal y la subsanación, la pasividad y la oposición ante el defecto

La sentencia versa sobre una empresa la cual demanda a cierta Administración en instancia, y ésta alega la causa de inadmisibilidad con fundamento al artículo 69 y 45 LJCA. La Administración mantenía que la sociedad no había acreditado conforme a sus propios estatutos la voluntad de iniciar el proceso. Ante la contestación de la Administración, la empresa recurrente no se manifestó al respecto de ningún modo en los sucesivos trámites procesales. La Sala no solicitó subsanación de tal defecto, y en la sentencia declaró inadmisibile el recurso por la falta de legitimación del recurrente. Esto condujo a esta sentencia de casación, en base a que la sociedad consideraba que la Sala tendría que haberle requerido la subsanación del defecto antes de culminar en la causa de inadmisibilidad.

Dos ejes principales son los que resultan de interés de esta sentencia: el primero, qué documentación hay que aportar para obtener una correcta legitimación en el proceso; el segundo, la alegación de este defecto y su subsanación en plazo.

a. Acreditación de la legitimidad para actuar en el proceso.

Dictamina así el FJ Cuarto:

“...tras la Ley de 1998 , cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo.

Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo primero que ha de constatarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente.”

No se trata, sin embargo, de un poder general para pleitos, que es un otorgamiento de facultades representativas, sino de una cuestión mucho más concreta y específica, que respete los estatutos de la empresa, **es una referencia que manifieste de manera unívoca que el órgano establecido legalmente, bajo sus propias normas, ha tomado la decisión de interponer el recurso contencioso-administrativo** en cuestión, y actúa con esta concreta legitimación.

En definitiva, han de presentarse ambos documentos, que acrediten la representación de la persona jurídica y la voluntad de ésta de emprender el proceso bajo decisión del órgano legitimado a tal efecto; y estos documentos pueden presentarse juntos o de forma independiente, subsanándose bajo determinada regla, como veremos a continuación, hasta un plazo límite¹¹.

¹¹ (TOLOSA TRIBIÑO, s.f.)

b. El defecto procesal: advertencia de oficio, alegación de parte, subsanación y pasividad.

En el FJ Séptimo, el Tribunal razona y resuelve de la siguiente manera:

“Son así las normas de ese artículo 138 , más la del artículo 24.1 de la Constitución en el particular en que proscribe toda situación de indefensión, las que rigen la cuestión que finalmente hemos de decidir, cual es si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad que en efecto concurría...

... Aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2 , consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo.

Pero no es sólo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona nuestra respuesta de que en un caso como el de autos no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación. Si éste hubiera de hacerse también en la situación descrita en el número 1 de aquel artículo, la norma en él contenida sobraría en realidad, pues sin necesidad de construir un precepto cuya estructura es la de separar en números sucesivos situaciones distintas, le habría bastado al legislador con disponer en uno solo que apreciada la existencia de algún defecto subsanable, bien de oficio, bien tras la alegación de parte, se actuara en el modo que dice el número 2 del repetido artículo 138.

Además y por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscribida en el artículo 24.1 de la Constitución...”

Es decir, la Sala del Tribunal Supremo ofrece mediante una razonada explicación, cómo se configura la subsanación en función de quién plantea el defecto y la actitud del recurrente que pudiera incurrir en él:

De oficio: en virtud del artículo 138.2 LJCA, si es el órgano judicial quién aprecia el defecto de oficio, deberá comunicarlo y otorgar diez días de plazo para la posible subsanación.

A instancia de parte: conforme al artículo 138.1 LJCA, si es la parte quién alega el defecto, caben tres posibilidades para el recurrente:

- Que subsane el defecto.
- Que se muestre con absoluta pasividad, en cuyo caso, el órgano judicial podrá dar por inadmisibile el recurso sin que tenga que requerir nuevamente de subsanación al recurrente ni concederle ningún periodo extra más allá de los diez días a contar desde que la parte alegó oportunamente el defecto de falta de legitimación, salvo causa de indefensión.
- Que el recurrente manifieste su oposición a la alegación de falta de legitimación.

Estas son las opciones posibles ante la hipotética aparición tal incidencia, con todo ello, hay que puntualizar dos aspectos:

c. La pasividad del recurrente:

Si el recurrente, ante la alegación de la parte o, incluso por requerimiento judicial, no subsana en el plazo de diez días y mantiene una actitud totalmente pasiva, su inadmisión no concurrirá en causa de indefensión, y así se manifiesta en la **ATC 16/2000 de 17 de enero**; y en especial, la **STC 262/1994**, en su FJ4 que expresa:

“Es reiterada doctrina de este Tribunal que no existe lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando ésta es debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o de los profesionales que las representan o defienden (SSTC 112/1993, 364/1993, 158/1994), sin que las omisiones o falta de diligencia de una de las partes pueda proyectarse, una vez terminado el proceso, en las demás partes en él intervinientes a quienes también alcanzan -y no sólo a la actora- las garantías del art. 24 de la Constitución.”

También insiste en esta misma dirección la **STS 11 de marzo de 2011**.

d. La oposición a la alegación de parte puede conllevar un nuevo requerimiento de subsanación:

Se produce una especialidad si el recurrente opta por oponerse. Si la oposición consigue defender su adecuada legitimación, se daría por legitimado. Sin embargo, conforme a lo se ha visto y en especial, al artículo 138.3 LJCA, si la oposición no consigue justificar la legitimación, cabría el riesgo de que su recurso fuera inadmitido sin que se haga ningún requerimiento extra al recurrente, lo cual podría conducir a la indefensión, resultado que quedaría proscrita. Es por esto por lo que la jurisprudencia, años más tarde, ha perfilado esta cuestión. Así pues, las **STS 5 de febrero de 2015** y la **STS 27 de enero de 2015**, han concluido en que si se produce oposición donde el recurrente entregue nueva documentación y esta resulte insuficiente, tendrá que requerirle nuevamente para que subsane, es decir, otorgándole esta vez un plazo extra, o de lo contrario, habría que retrotraer actuaciones, evitando así la indefensión.

2. OTRAS SENTENCIAS RESIDUALES QUE MOLDEAN LA SUBSANACIÓN PARA LA CORRECTA LEGITIMACIÓN

A continuación expongo una pequeña relación de sentencias que consiguen dar más forma y solidez a la técnica de la subsanación cuando se trata de acreditar que la representación de persona jurídica y su voluntad por iniciarse en un proceso contra la Administración. El profesor y abogado, sr. Gómez se ha encargado de seleccionar esta relación de jurisprudencia¹² :

a. STS 1 de junio de 2018, rec. 1056/2016:

Insiste el Tribunal en que la acreditación del acuerdo para ejercer las acciones legales ante el órgano judicial no necesariamente ha de aportarse antes o conjuntamente con la demanda:

“no es exigible que la autorización para litigar debe adoptarse con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo”.

¹² (GÓMEZ FÉRNANDEZ, 2018)

b. STC 12/2017 de 30 de enero:

Si bien antes hablé de la opción de que la parte alegue el defecto, debería ser también coherente que si dicho defecto es apreciado por el órgano judicial, también deba conceder diez días para subsanación su inadecuada acreditación de legitimación:

"si el órgano judicial no considera suficiente lo aportado o alegado razonadamente en el trámite del art. 138.1 LJCA para dar por satisfecho el requisito procesal, lo deberá poner de manifiesto a la parte, de oficio, otorgándole la posibilidad de subsanar en los términos en los que el propio juez o tribunal considere indispensables. Otra actuación, y, en particular, la producida en este caso, no puede ser reputada acorde con la doctrina constitucional antes expuesta."

c. STS 19 de mayo de 2015, rec. 347/2013:

La jurisprudencia ha aceptado incluso la subsanación pasados los 10 días, siempre y cuando el recurrente no adopte una postura totalmente pasiva:

"3. Como ha quedado expuesto la efectiva subsanación del defecto procesal se produjo, si bien que una vez expirado el plazo de 10 días al que alude el artículo 138 de la Ley Jurisdiccional que, sin embargo, no tiene, como hemos visto, la naturaleza esencial que le atribuye la Sala de instancia.

4. El acuerdo adoptado en este sentido puede ser, en su caso, posterior incluso a la interposición del recurso, según conocida jurisprudencia."

d. STS 12 de junio de 2018, rec. 2661/2017:

A mayor abundamiento, esta sentencia más actual que nuevamente recuerda la penalización del recurrente pasivo a la hora de justificar su legitimación conforme al artículo 45 LJCA.

"...han de confirmarse los pronunciamientos realizados en la sentencia recurrida, que se ajustan y responden a una recta aplicación del ordenamiento jurídico, habiéndose justificado ampliamente la concurrencia de la causa de inadmisibilidad en cuestión, ausencia del dictamen previsto en el art. 54.3 TRRL, lo que ni siquiera se cuestiona por la parte, así como una aplicación de la misma proporcionada y conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional, atendiendo a la actitud procesal de la parte, que teniendo pleno conocimiento de la alegación del defecto procesal en al menos 25 escritos de contestación a las demandas, alegación clara y precisa, en ninguno de los múltiples escritos posteriores efectuó alegación alguna en contrario ni planteó la subsanación de la falta, de manera que tampoco concurre ninguno de los supuestos señalados por la jurisprudencia, que condicionan la apreciación de la causa de inadmisibilidad a la apertura de trámite de subsanación. Subsanción que, como se recoge en la jurisprudencia antes reproducida, no cabe efectuar en casación".

B) CONCLUSIÓN

1. Acreditación de la legitimación:

La persona jurídica que quiera recurrir la actividad administrativa deberá ser presentada por la representación de la empresa, lo que supone un poder general para pleitos. También deberá, del mismo modo, acreditar la decisión de interponer recurso frente a la Administración, acuerdo que ha debido de ser tomado por el órgano legitimado para ello según sus propios estatutos. Se trata pues de demostrar el acuerdo societario.

2. Posibilidad de subsanación.

El acuerdo societario puede acreditarse junto con el escrito de interposición, pero no es indispensable. Es posible la opción de presentarlo en un momento posterior. Sin embargo, si la persona jurídica no quiere arriesgarse a perder el litigio por este asunto, será de vital importancia que a más tardar, lo haga en los diez días posteriores a que el órgano judicial lo requiera, o así lo manifieste como motivo de oposición la Administración, los codemandados o aquellas partes que tenga en contraposición. Incluso no haciéndolo en los diez días pertinentes, aun se tendría opciones de subsanar este defecto, como así se ha visto en jurisprudencia expuesta.

3. Pasividad en la subsanación por parte del recurrente.

Es crucial no tener una actitud pasiva ante la solicitud de subsanación del defecto, pues conducirá inevitablemente a la derrota procesal sin que el órgano judicial tenga que dar posteriores avisos ni requerimientos.

4. Desestimación de la oposición y nuevo plazo de subsanación.

A pesar de ello, situación distinta será aquella en la que en lugar de hacer uso la subsanación, se promueva una oposición. En tal circunstancia, si resulta la oposición

incompleta, el órgano judicial si tendrá que requerir nuevamente al recurrente, para evitar que se produzca la indefensión que proscribe la doctrina del Tribunal Constitucional.

4. LOS PACTOS TRIBUTARIOS: La legitimación para recurrir los tributos estatales y locales

4.1 PLANTEAMIENTO

Las relaciones jurídicas tributarias se configuran de manera que no se permita la alteración de la legitimación pasiva. Esta cuestión se ha planteado ante los tribunales y queda constancia de la intencionalidad del Legislador, que no es otra sino la de proteger esta relación que fija al sujeto pasivo y asegurar el pago, independientemente de los pactos privados que pudieran determinar a otro pagador en virtud de la voluntad de las partes y conforme al artículo 1255 CC y que sólo produciría efectos en las relaciones jurídico-privadas.

Sin embargo, esta postura legislativa ha sido sensiblemente modificada por la reciente STS 30 de octubre de 2019. Ésta y la STS de 13 de mayo de 2010 ilustran de buena manera cómo afectan los contratos privados en la legitimación dentro del procedimiento administrativo y consecutivamente el proceso contencioso-administrativo, en lo que a los tributos estatales y locales se refiere, con una más que significativa diferencia.

4.2 MARCO NORMATIVO Y RECURSOS QUE SE DESPRENDEN

A) MARCO NORMATIVO

Los principales artículos a los que se hace necesario acudir son los siguientes:

- Artículo 19.1.a) LJCA: No es necesario incidir mucho más en este artículo, basta con recordar que se trata de legitimación por ser titular de derecho subjetivo o interés legítimo.

- Artículo 17.5 LGT: *“Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”*.
- Artículo 232 LGT, en su apartado primero, segundo y tercero:

1. *Estarán legitimados para promover las reclamaciones económico-administrativas:*

- a) *Los obligados tributarios y los sujetos infractores.*
- b) *Cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto o la actuación tributaria.*

2. *No estarán legitimados:*

- a) *Los funcionarios y empleados públicos, salvo en los casos en que inmediata y directamente se vulnere un derecho que en particular les esté reconocido o resulten afectados sus intereses legítimos.*
- b) *Los particulares, cuando obren por delegación de la Administración o como agentes o mandatarios de ella.*
- c) *Los denunciantes.*
- d) *Los que asuman obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato.*
- e) *Los organismos u órganos que hayan dictado el acto impugnado, así como cualquier otra entidad por el mero hecho de ser destinataria de los fondos gestionados mediante dicho acto.*

3. *En el procedimiento económico-administrativo ya iniciado podrán comparecer todos los que sean titulares de derechos o intereses legítimos que puedan resultar afectados por la resolución que hubiera de dictarse, sin que la tramitación haya de retrotraerse en ningún caso.*

Si durante la tramitación del procedimiento se advierte la existencia de otros titulares de derechos o intereses legítimos que no hayan comparecido en el mismo, se les notificará la existencia de la reclamación para que formulen alegaciones, y será de aplicación lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 239 de esta ley.

- Artículo 12 TRLHL:

“1. La gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales se realizará de acuerdo con lo prevenido en la Ley General Tributaria y en las demás leyes del Estado reguladoras de la materia, así como en las disposiciones dictadas para su desarrollo.

2. A través de sus ordenanzas fiscales las entidades locales podrán adaptar la normativa a que se refiere el apartado anterior al régimen de organización y funcionamiento interno propio de cada una de ellas, sin que tal adaptación pueda contravenir el contenido material de dicha normativa”.

- Artículo 14 TRLHL, en su apartado primero y apartado segundo, letra a), b) y d):

“1. Respecto de los procedimientos especiales de revisión de los actos dictados en materia de gestión tributaria, se estará a lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y en los párrafos siguientes:

a) La devolución de ingresos indebidos y la rectificación de errores materiales en el ámbito de los tributos locales se ajustarán a lo dispuesto en los artículos 32 y 220 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

b) No serán en ningún caso revisables los actos administrativos confirmados por sentencia judicial firme.

Los actos dictados en materia de gestión de los restantes ingresos de derecho público de las entidades locales, también estarán sometidos a los procedimientos especiales de revisión conforme a lo previsto en este apartado.

2. Contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de derecho público de las entidades locales, sólo podrá interponerse el recurso de reposición que a continuación se regula:

a) Objeto y naturaleza.-Son impugnables, mediante el presente recurso de reposición, todos los actos dictados por las entidades locales en vía de gestión de sus tributos propios y de sus restantes ingresos de derecho público. Lo anterior se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la ley prevé la posibilidad de formular reclamaciones económico-administrativas contra actos dictados en vía de gestión de los tributos locales ; en tales casos, cuando los actos hayan sido dictados por una entidad local, el presente recurso de reposición será previo a la reclamación económico-administrativa.

b) Competencia para resolver.-Será competente para conocer y resolver el recurso de reposición el órgano de la entidad local que haya dictado el acto administrativo impugnado.

d) Legitimación.-Podrán interponer el recurso de reposición:

1.º Los sujetos pasivos y, en su caso, los responsables de los tributos, así como los obligados a efectuar el ingreso de derecho público de que se trate.

2.º Cualquiera otra persona cuyos intereses legítimos y directos resulten afectados por el acto administrativo de gestión.”

De la lectura de los mencionados artículos, en primer lugar y según la LJCA, todos aquellos con interés legítimo podrían estar legitimados para accionar los mecanismos oportunos procesales (art. 19). No obstante, la LGT parece ofrecer una resistencia al negar la posibilidad de que los pactos privados puedan producir ningún efecto sobre las relaciones tributarias y frente a la Administración (art. 17.5).

Por otro lado, de dichos artículos referidos a la regulación local, se podría extraer a simple vista que por un lado se ofrece desarrollo normativo a las entidades locales para que regulen la cuestión de los tributos de la manera que se crea oportuno, siempre que no contravenga la LGT (art. 12 TRLHL). No obstante, se añade que no solo los sujetos

pasivos podrían interponer el recurso de reposición, sino todos aquellos que tengan intereses legítimos afectados (art. 14 TRLHL).

En definitiva, el análisis en su conjunto de este marco normativo puede plantear serías dudas sobre si existe legitimación para acceder a la vía de recurso de aquellos que hayan firmado pactos privados para el pago de los tributos, pues si bien la LGT parece negarlo, el TRLHL parece si contemplar esta opción, o al menos, no prohibirla.

Sobre la forma de recurrirlo, en el artículo 232 LGT y 14 TRLHL se hace mención a sistemas de recursos en vía administrativa. Para mejorar la comprensión sobre el asunto, dejo las oportunas notas al respecto en el siguiente punto.

B) RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA DE LA GESTIÓN DE TRIBUTOS

No es la finalidad de este trabajo hacer un estudio concreto y extenso de toda la práctica de recursos, pero sí es indispensable aclarar algunas características relevantes visto desde el prisma de la legitimación.

Se trata de un sistema de recursos especiales en vía administrativa que ha sido regulado desde tres ámbitos distintos: estatal, autonómico y local. A lo que este epígrafe respecta, se hace de interés el método para recurrir la gestión de tributos conforme a la Ley General Tributaria y a la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Este sistema de recurso comienza su regulación en la Ley 39/2015, concretamente en su artículo 112, apartado cuarto, que remite a que el desarrollo de las reclamaciones económica-administrativas se hará conforme a las legislaciones específicas.

1. Tributos regulados por la LGT

En el ámbito estatal, está regulado por los artículos que van del 213 y del 226 al 244, y el 249 de la LGT. El deber o no de pagar, la determinación de la cantidad y la liquidación son cuestiones que se ventilan, en principio, conforme a las reglas de impugnación de actos económico-administrativos, supuestos contemplados en los artículos 226 y 227

LGT. En estos casos, se puede interponer **recurso potestativo de reposición** (223 LGT), pero si se pretende acceder a la vía judicial, es necesario interponer en todo caso una **reclamación económica-administrativa**, independientemente de que se haya interpuesto o no recurso de reposición.

Se plantea entonces una excepcionalidad en relación con el agotamiento de la vía administrativa para acceder a la vía contenciosa-administrativa:

De forma ordinaria, el recurso de reposición es potestativo y supone que, si bien ya estaba agotada la vía administrativa por carecer el órgano emisor del acto administrativo de superior, aunque cabe la posibilidad de interponer dicho recurso, que culmina toda opción de recurso en vía administrativa.

El artículo 46 de la LJCA exige el agotamiento previo de la vía administrativa antes de poder poner recurso contencioso. A la luz de la LGT, el artículo 223, apartado segundo, especifica que el recurso de reposición ha de interponerse, en su caso, con carácter previo a la reclamación económica administrativa. Pues bien, de este precepto se deduce que en los casos donde sea posible interponer la reclamación, el recurso de reposición no agotará la vía administrativa, requisito indispensable para acceder a la vía contenciosa, ya que posteriormente podría interponerse la reclamación. A mayor abundamiento, el artículo 249 LGT prescribe que serán las resoluciones económico-administrativas que pongan fin a la vía económico-administrativa, las que podrán ser recurridas en sede judicial. Por ello precisamente, los supuestos del artículo 226 y 227 LGT se tratan de procedimientos económico-administrativos, siendo la reclamación económica-administrativa la última posibilidad de recurrir en sede administrativa.

Esta necesidad de interponer la reclamación económico-administrativa implica que hay que estar a las reglas específicas de legitimación de ésta, ya vistas en el artículo 232 LGT, y no pudiendo aplicarse las reglas más amplias que conciernen al recurso potestativo de reposición (donde bastaría con alegar interés legítimo).

2. Tributos regulados por la Ley Reguladora de Haciendas Locales

En el ámbito local, viene regulado por el artículo 14 TRLHL. Ante los actos provenientes de la gestión tributaria, solo se podrá interponer un recurso de reposición conforme a las reglas especiales y escritas en este mismo artículo (a excepción de aquellos supuestos concretos donde la ley pueda prever la necesidad de una interposición de reclamación económica-administrativa). Es decir, no es un recurso potestativo de reposición genérico y ordinario, sino que se convierte en único, con reglas específicas y obligatorio si se busca acudir a la vía judicial agotando previamente la vía administrativa. La legitimación regulada en este caso es distinta, pues no se prohíbe la participación de aquellos que sean parte en virtud de contratos privados, más añade que ostentaran legitimación para ello los que posean un interés legítimo.

En definitiva, en el ámbito estatal, el recurso de reposición no agota la vía administrativa en los supuestos del 226 y 227 LGT, sino que lo hará la reclamación económico-administrativa. En cambio, en el ámbito local, en principio el recurso de reposición si agotará la vía administrativa, sin embargo, éste recurso atenderá las especiales reglas del artículo 14 TRLHL, y no siendo necesario interponer reclamación económico-administrativa, salvo que una ley para supuestos determinados así lo exija.

4.3. REGULACIÓN PROCESAL: Diferencia de requisitos para ser recurrente según el impuesto.

A) ÚLTIMA REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL: STS 10 de mayo de 2013 frente a la STS 30 de octubre de 2019

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 10 DE MAYO DE 2013, REC. 296/2005

Los hechos originarios de esta sentencia tienen como uno de los ejes principales un contrato que se suscitó entre particulares, en relación con la liquidación de un tributo estatal. Un tercero, que no era sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria, se comprometió mediante pacto privado, a pagar dicho tributo. Posteriormente, el tercero obligado al pago mediante acuerdo pretendió recurrir en sede administrativa y judicial y

se le denegó la legitimación para presentar la reclamación económico-administrativa, siendo ésta la única vía para acudir posteriormente a un posible juicio contencioso-administrativo.

Esta sentencia aborda y define, entre otras cuestiones, si puede llegar a producirse indefensión, habida cuenta de la restrictiva regla de legitimación que posee la interposición de la reclamación económica-administrativa, en el ámbito de la Ley General Tributaria:

“...cabe hacer el examen sobre la legitimación, examinando si se ha realizado una interpretación razonable de la legalidad en atención a la normativa que regula la concreta modalidad, y en base a las concretas circunstancias es cuando cabe apreciar o no la vulneración del art. 24.1 CE . El límite legal impuesto de negar la legitimación para interponer reclamaciones económico administrativa, lo que con el juego del sistema de recurso y la configuración del proceso contencioso administrativo, supone a la postre negar el acceso jurisdiccional, en sede contenciosa administrativa, a los que asuman la carga tributaria por pacto o convenio, responde a la especial configuración de la relación jurídica tributaria, que viene definida legalmente y cerrada a posibles modificaciones extrañas a la estricta configuración legal de sus elementos y alcance; impone a los sujetos de la relación los deberes y obligaciones y los correlativos derechos y garantías que surgen de la relación jurídica tributaria prefigurada legalmente. Relación jurídica tributaria definida y cerrada legalmente, como se desprende de lo dispuesto en el artº 36 de la LGT , 17.4 de la actual, que responde al principio de indisponibilidad de las posiciones tributarias; que debe relacionarse con el artº 1255 del CC , que recoge el principio de autonomía de la voluntad, la libertad civil de pactos, de suerte que los pactos y convenios que los particulares hayan tenido a bien estipular, dentro de los límites fijados en el citado artículo, incluidos, claro esta, las consecuencias fiscales de los contratos o negocios que hayan realizado, serán válidos y producirán los efectos que le son propios, pero sólo entre las partes contratantes, no respecto de terceros, en este caso la Administración Tributaria, sin que la relación jurídica tributaria sufra lo más mínimo por dichos pactos, la posición jurídica del obligado tributario resulta ajena al pacto, sólo el obligado tributario es el obligado a cumplir las obligaciones materiales y formales definidas legalmente y, evidentemente, el tercero, sean cuales sean los términos de lo pactado, en ningún caso puede sustituir al obligado tributario en la relación jurídica tributaria ni en ninguno de sus aspectos -ello sin perjuicio de su interés presente, desde luego, en la relación civil subyacente-. Limitación legal, que en atención de la finalidad impuesta, preservar la relación jurídica tributaria de inmisiones ajenas a su ámbito definido legalmente, en principio, se muestra adecuada y proporcionada en función de dicha finalidad, sin que además se quebrante el interés legítimo del tercero, que en atención a la libertad de pacto podrá convenir con el obligado tributario y dentro del ámbito natural en el que se desarrolla dicho pacto, todo aquello que preserve sus derechos e intereses, y, en su caso, ventilar los conflictos que surjan a través de la jurisdicción civil”.

La Sala aborda la compatibilidad entre el artículo 24.1 CE y su convivencia con la regulación de en la LGT de la reclamación económico-administrativa, la cual impide que ostenten legitimación los terceros involucrados por contratos privados.

El Tribunal razona que el Derecho de defensa no es absoluto, y que implica que se canalice a través de los cauces legales, los cuales deben adaptarse a las peculiaridades de la materia. En este caso, el Derecho tributario implica una modalidad muy concreta que requiere de unos procedimientos más estrictos, y la finalidad no es otra que la de evitar “modificaciones extrañas” para asegurar los derechos, deberes y garantías de las obligaciones tributarias.

Va más allá la sentencia en su razonamiento y admite que negar la legitimación en la reclamación es, en realidad, negar el acceso a la jurisdicción. Sin embargo, la Sala salva esta indefensión, pues arguye que, a pesar de ello, el tercero involucrado siempre tiene la opción de acudir a la jurisdicción civil, pues el pacto que ha convenido con el obligado tributario dará acceso con plena legitimación en el ámbito del Derecho civil.

Entiende la Sala, en definitiva, que son adecuadas las reglas de legitimación que se proponen para acudir a la jurisdicción contenciosa-administrativa a través de la reclamación económico-administrativo y en el ámbito de los tributos estatales. Dichas reglas atienden a un modelo concreto de legalidad que precisa de rígidas especialidades que impidan evitar la obstrucción del cobro de tributos, pero que en ningún caso se produce indefensión, pues si la jurisdicción contenciosa no abre la puerta a determinados conflictos, si lo hará la jurisdicción civil.

2. SENTENCIA 30 DE OCTUBRE DE 2019, REC. 3738/2018

Esta sentencia es el resultado de un conflicto que surgió cuando una entidad de Derecho público (un consorcio), transmite un bien inmueble a una empresa mercantil. El acuerdo entre ellos incluye el compromiso de que sea la mercantil quien haga frente al pago del correspondiente tributo local por la transmisión, aunque el sujeto pasivo es el consorcio.

El consorcio presentó una solicitud de rectificación al Ayuntamiento que fue desestimada. Llegaron entonces a la vía judicial, y la empresa quiso participar en el proceso pues había adquirido el inmueble y además, había firmado el pacto para realizar

la liquidación del tributo. El Juzgado de lo Contencioso denegó el acceso al proceso por carecer legitimación activa, mediante auto, y dicho auto fue recurrido en apelación al Tribunal Superior de Justicia. Dicha actuación judicial fue objeto de recurso en casación por el Ayuntamiento.

Se plantea entonces la tarea de determinar si la empresa, es decir, el tercero ajeno a la relación tributaria tiene legitimación para recurrir la autoliquidación del tributo cuando se ha comprometido al pago mediante pacto privado.

La sentencia, en su fundamento jurídico cuarto, comienza haciendo una valoración del marco normativo citados en el apartado A) de este epígrafe, y junto con ellos, trata la STS 13 de mayo de 2010, anterior apartado C) del trabajo, y dice así:

«En dicha sentencia de 13 de mayo de 2010, cit. hemos declarado que esta " [...] [l]imitación legal, [...] en atención de la finalidad impuesta, preservar la relación jurídica tributaria de inmisiones ajenas a su ámbito definido legalmente, en principio, se muestra adecuada y proporcionada en función de dicha finalidad, sin que además se quebrante el interés legítimo del tercero, que en atención a la libertad de pacto podrá convenir con el obligado tributario y dentro del ámbito natural en el que se desarrolla dicho pacto, todo aquello que preserve sus derechos e intereses, y, en su caso, ventilar los conflictos que surjan a través de la jurisdicción civil"»

La sentencia corrobora la jurisprudencia anterior al respecto de las relaciones tributarias en el ámbito estatal, a pesar de ello, comienza a realzar un contraste cuando se trata de tributos locales:

«Ahora bien, el mandato de interpretación de las disposiciones legales en términos favorables a la plenitud de acceso a la jurisdicción que se sigue de la doctrina del Tribunal Constitucional, debe llevar a otra conclusión en el ámbito específico de las Haciendas Locales. En efecto, las diferencias que informan la Ley de Haciendas Locales, en el particular ámbito de la legitimación para impugnar en vía de recurso de reposición preceptivo los actos de gestión de tributos locales dictados por órganos administrativos de los entes locales, son determinantes de la ampliación del ámbito de legitimación a quienes, estando legitimados para la interposición del recurso de reposición preceptivo en el ámbito tributario, no pueden verse despojados de la condición de interesados legítimos que la propia Ley de Haciendas Locales les reconoce para acceder a un medio de impugnación administrativa que resulta preceptivo y obligado para el posterior acceso a la jurisdicción contenciosoadministrativa. Los términos del art. 14.2.d.2.º TRLHL son inequívocos cuando permiten que interponga el recurso de reposición, " [...] Cualquiera otra persona cuyos intereses legítimos y directos resulten afectados por el acto administrativo de gestión" y, desde luego, desde esta perspectiva, el tercero que se compromete y paga una carga tributaria que no le corresponde legalmente, difícilmente se le puede negar que posea un interés directo, propio, cualificado y específico, en definitiva un interés legítimo, como exige el art. 14.2.d.2.º TRLHL"»

En esta parte, la Sala valora que, unido al mandato constitucional de ofrecer la posibilidad de defensa del artículo 24 CE, la Ley Reguladora de las Haciendas Locales reconoce legitimación a aquellos que tengan un interés legítimo, y a diferencia de lo que sucede en la Ley Tributaria, no prohíbe la participación de aquellos de que se vean vinculados al proceso por pacto privado.

Concluye este razonamiento de la siguiente forma:

«Estas conclusiones, ceñidas exclusivamente al ámbito de los actos de gestión tributaria local sometidos al preceptivo recurso de reposición, no altera en absoluto, en el ámbito específico de la Ley General Tributaria en que se produjo, la doctrina sentada en nuestra jurisprudencia ya citada, por todas en nuestra STS de 13 de mayo de 2010, cit. (ES:TS:2010:2783).»

Con este cierre del fundamento jurídico cuarto, el Tribunal dictamina que en el orden tributario estatal, las reglas seguirán tal como se estipulaba en la STS 13 de mayo de 2010, sin que el tercero que hubiera firmado pacto, tenga legitimación para plantear la reclamación económica que le abriría el paso a la vía judicial. No obstante, en el ámbito local, quedará determinada la configuración de estas reglas, sin alterar el ámbito de la LGT, de la forma en que se expone en el fundamento jurídico quinto:

«La doctrina que hemos de fijar respecto a la cuestión de interés casacional delimitada en el presente recurso de casación es que se debe reconocer legitimación para recurrir en la vía contencioso-administrativa por ostentar un interés legítimo a quienes, sin ser los sujetos pasivos, asuman en virtud de pacto o contrato la obligación tributaria principal de pago de un tributo local -como el impuesto sobre incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana-, al estar legitimados para interponer el recurso de reposición tributario local en aquellos casos, como el presente, en que dicho recurso agota la vía administrativa local.»

Si es de carácter local, el tercero tendrá legitimación para interponer el recurso de reposición regulado en la Ley Reguladora de Haciendas Locales y que le permitirá tener legitimación en este sentido no sólo en la vía administrativa sino también en la vía contenciosa.

B) CONCLUSIÓN

Con la llegada de la nueva jurisprudencia, queda manifiesta un sistema dual de impugnación, según estemos en el ámbito estatal o local.

Así, el tercero ajeno a la relación tributaria pero que hubiera firmado pacto para hacer frente a la liquidación, se encontrará en dos situaciones distintas en función de si se tratase de un tributo de carácter estatal o local:

Si el impuesto es de carácter estatal, deberá interponer una reclamación económica administrativa previamente, y para ello, deberá no solo ostentar al menos un interés legítimo, sino que no se podrá estar bajo un supuesto de pacto privado, proscrito así en el artículo 232.2.c) LGT. Por tanto, al haber contraído la obligación del pago del tributo bajo acuerdo privado, sus auténticas posibilidades de defensa se reducen a la vía jurisdiccional civil, por los efectos que pueda producir entre las partes del trato realizado.

Si por el contrario, se trata de un impuesto local, al no ser necesaria dicha reclamación para agotar la vía administrativa (salvo que así venga previsto en alguna ley), basta con interponer un recurso de reposición para lo cual viene de forma explícita en el artículo 14 TRLHL que estarán legitimados aquellos obligados a efectuar el ingreso, así como los que tengan intereses legítimos.

El profesor Cháves opina que la ratio decidendi del Tribunal descansa “sobre una base argumental débil pero admirable desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva”.¹³

¹³ (CHAVES J. R., 2019)

5. LA ACCIÓN PÚBLICA: La ausencia de interés legítimo para ser recurrente

5.1 PLANTEAMIENTO

La acción pública es un mecanismo por el que cualquier ciudadano puede presentar un recurso para que la Administración vele por el cumplimiento del elenco normativo urbanístico. Su particularidad yace en que no es necesario ningún requisito de conexión material para interponer dicho recurso, no hay obligación de verse de modo directo o indirecto afectado por algún plan urbanístico, y esto, en no pocas ocasiones, puede revolver la buena fe procesal y la función institucional de los procesos contenciosos en materia urbanística.

Tomás Ramón Fernández tiene su propia opinión de este trámite de información pública, y no se muestra nada conforme con respecto a él. En la Revista de Administración Pública, dicho autor comenta como la posibilidad de que la Administración no conteste a alguna alegación puede desembocar en la anulación completa de un Plan Urbanístico, incluso después de que se haya comenzado e incluso acabado, y todo ello sin entrar a valorar si tiene verdaderamente algún fundamento dicha alegación. Además, para este autor, el ejercicio de acción pública solo hace proliferar a entidades que actúan desde la mala fe, con intereses distintos a los de la observancia de la legalidad urbanística, pues aquellas personas de buena fe que no están afectadas por un Plan, no entrarán a este tedioso procedimiento, y aquellos que verdaderamente sí son afectados, tienen una amplia legitimación (titular de derechos o intereses legítimos) para recurrir con mayores garantías el Plan urbanístico, actuando desde la auténtica posición procesal de un demandante conforme al artículo 19 LJCA¹⁴.

¹⁴ (FÉRNANDEZ)

5.2 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

A) MARCO NORMATIVO

El artículo 19.1.h) trata de que este ejercicio popular podrá ser ejercida según los casos previstos por la Ley, y dicha regulación se encuentra en la ya antigua Ley de Suelo de 1956, la cual ha sido reformada mediante Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. En tal Real Decreto, se recoge en su artículo 5, apartado f) que a todo ciudadano le corresponde el ejercicio de la *“acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.”*

Varios artículos más adelante, concretamente en el 62 del mismo RD 7/2015, se prescribe:

“1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.”

Queda constatada la total amplitud de este tipo de recurso, que podrá ejercitarse en primer lugar en sede administrativa y, si quien ejercitarse el recurso lo considere necesario, posteriormente en sede judicial.

B) MARCO JURISPRUDENCIAL

La amplitud legitimadora queda también ordenada jurisprudencialmente, por ejemplo, en la STS de 16 de julio de 2016 rec. Casación núm. 3702/2014:

“...es preciso recordar que hay materias en nuestro Ordenamiento Jurídico en que se reconoce por excepción la "acción pública" a los particulares, mediante la cual y amparada en el mero interés por el cumplimiento de la legalidad y la salvaguarda de los intereses generales, -que es definitiva la finalidad perseguida por la recurrente, a la vista de las alegaciones y motivos de impugnación articulados en su demanda- se permite a los administrados la posibilidad de impugnar cualquier actuación administrativa sin tener alguna conexión directa que les ataña, esto es ni derecho subjetivo que defender ni tampoco

interés legítimo. Ello sucede en materias de urbanismo, medio ambiente y patrimonio público”.

La extensa posibilidad de ejercicio a cualquier ciudadano viene motivada por una finalidad concreta, que también ha sido indicada por el Tribunal Supremo, de modo que el criterio que utiliza es al que hay que atender para regirse e interponer dicha acción: STS de 21 de enero de 2002, rec. Casación núm. 8961/1997:

“la finalidad prevalente y fundamental del artículo 304 de la Ley del Suelo de 1992 (artículo 235 de la Ley del Suelo de 1976) es la de perseguir y conseguir, por encima de cualquier otra consideración, la observancia en todo caso de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico, por lo que la naturaleza de las causas que hayan inducido al que ejercita tal acción, aun cuando estas sean consideradas como represalia de actuaciones anteriores, tal como sostiene el recurrente, son irrelevantes frente a los fines prevalentes de protección y observancia del ordenamiento urbanístico, en su concreta aplicación”.

De igual manera, este mismo enfoque se puede ver en otras sentencias, como es el caso de la STS de 10 de noviembre de 2004, rec. Casación núm. 2537/2002.

5.3 REGULACIÓN PROCESAL: EL Ejerciente de la acción pública

A) REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL: Uso fraudulento de la acción pública para actuar como auténtico demandante.

Si bien nada impide hacer uso de la acción pública aun siendo afectado, la postura que se utiliza a veces es, por medio de la acción pública, el reconocimiento único de situaciones jurídicas individualizadas, sin que tenga conexión con la auténtica finalidad de la acción pública, que es la de salvaguardar y proteger los intereses generales.

Así por ejemplo es el caso de la STS 9 de marzo de 2009, rec. Casación 9766/2004:

“Por lo pronto, parece contradictorio invocar la acción pública cuando al mismo tiempo se está alegando la condición de interesado y aun la de directamente afectado por la actuación municipal que se pretende combatir; y, sobre todo, cuando se están formulando argumentos de impugnación y pretensiones que, más allá de la defensa de la legalidad urbanística, están directa e inequívocamente dirigidos a la defensa de los intereses particulares de la recurrente y al reconocimiento de una situación jurídica individualizada (exclusión de su parcela del ámbito del Programa de Actuación Integrada, o, subsidiariamente, devolución de los terrenos cedidos con anterioridad al Ayuntamiento, y reconocimiento del derecho a indemnización).”

Esta sentencia demuestra que, cuando las únicas pretensiones son las más privadas, sin interés ni defensa de los intereses generales, la acción pública no es el mecanismo adecuado y, por ello, es fraudulento iniciar un proceso mediante el ejercicio de acción popular pretendiendo que esto derive en un proceso de interés particular saltándose los requisitos establecidos al respecto.

No quiere decir esto que, si se está en calidad de afectado, no puedan ser compatibles ambos recursos. La STS de 24 de enero de 2001, rec. Casación núm. 9481/1995, expresa la posibilidad de ambas cualidades legitimadoras:

“En las sentencias de esta Sala de 5 de julio de 1999 y de 21 de febrero de 2000 hemos declarado que es compatible la legitimación por acción pública reconocida en el artículo 304 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992, equivalente al antiguo artículo 235 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976, con la posesión en quien la ejercita de un interés que le legitime por interés directo y legítimo, conforme al artículo 28.1 a) de la LJCA.

El citado artículo 304 contiene una norma que se refiere única y exclusivamente a la legitimación, reconociendo a cualquier persona acción pública para exigir la observancia del ordenamiento urbanístico, sin necesidad de ser titular de ningún derecho subjetivo ni de interés alguno, que no sea el interés de la mera defensa de la legalidad.

Esta legitimación, calificada en algunos sectores doctrinales clásicos como anómala en cuanto el concepto se equipara prácticamente con el de capacidad procesal, es típica de nuestro ordenamiento urbanístico y se concede al margen de toda condición subjetiva, permitiendo a cualquiera («quivis de populo») traer a conocimiento de un órgano jurisdiccional la existencia de una vulneración del ordenamiento jurídico adornado por el mero interés de la legalidad; es decir, el interés de que el juez restablezca el orden jurídico vulnerado. Es obvio que también la posee «a fortiori», quien ostenta una posición de interés cualificado en forma subjetiva respecto de la pretensión procesal que se ejercita. La crítica que se formula queda así enervada en forma esencial, al ser correcta la doctrina de la sentencia recurrida”.

B) CONCLUSIÓN

Será fraudulento el comportamiento del que ejerce la acción pública si pretende con ello proteger intereses particulares, pero nada le impediría usar este recurso para defender la legalidad urbanística al tiempo que, si posee algún interés legitimador, iniciar simultáneamente un recurso contencioso en calidad de interesado, conforme a las reglas procesales al respecto en la LJCA.

➤ **PUNTOS CONTROVERTIDOS EN LA LEGITIMACIÓN PASIVA: Las partes adhesivas y las congruentes pretensiones de los codemandados para las que se está legitimado**

1. La petición de medidas cautelares.
2. El recurso en exámenes de acceso a la función pública.
3. El mecanismo de acción pública.
4. El recurso de casación.

1. LA PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

1.1 PLANTEAMIENTO

Las medidas cautelares son aquellas llevadas a cabo para evitar que no se pueda realizar el objeto del proceso ante una posible sentencia estimatoria de las pretensiones del recurrente. La pieza separada de medidas cautelares es un proceso que se resuelve de forma separada al procedimiento principal.

Surgen distintos puntos controvertidos, quién está legitimado para solicitar las medidas, y, en especial, qué ocurre cuando es el codemandado quién solicita dichas medidas, cuál sería el sentido y finalidad de éstas, es decir, si pueden instarse para suspender un acto administrativo. Es preciso entonces definir cuáles son los roles procesales y las posturas materiales de cada parte en proceso, hacia donde apuntan o deberían apuntar las pretensiones de los codemandados en función de su legitimación.

1.2 ARTÍCULO DE REFERENCIA

Prescribe el artículo 129 LJCA:

*“1. Los **interesados** podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.*

2. Si se impugnan una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda”.

1.3 REGULACIÓN PROCESAL: Quién puede instar a las medidas cautelares y qué coherencia procesal debe tener.

A) ORDENACIÓN JURISPRUDENCIAL: Posibilidad de que el codemandado solicite medidas cautelares y sus límites.

La problemática cuestión acerca de la facultad del codemandado para solicitar las medidas cautelares se ha materializado, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Santander de 11 de febrero de 2008, rec. 211/2007.

En la STJ de Cantabria de 11 de febrero de 2008, el Gobierno de Cantabria, en calidad de Administración codemandada, solicita como medida cautelar la suspensión del acto emitido por la Administración demandada (una licencia de obras dada a una constructora), el cual es denegado mediante Auto, así pues, se recurre ante el TSJ de Cantabria que resuelve, en apelación, el recurso planteado contra dicho Auto.

A partir de aquí cabe plantearse cuál debe ser el sentido de las pretensiones del codemandado que devienen de la legitimación que ostenta, respecto a la solicitud de la medida cautelar.

La sentencia de Santander esgrime, en primer lugar, si las pretensiones del codemandado en esta pieza separada de medidas cautelares están también sometidas al sentido de las pretensiones de la Administración demandada como lo es en el proceso principal, y para ello se remite a la doctrina del Tribunal Supremo, concretamente a su ATS de 15 de enero de 2007, rec. 47/2006 que indica cual debe ser la postura de esta parte en el incidente cautelar que se resuelve de forma separada al proceso principal:

“Por eso el incidente cautelar no tiene sustantividad propia ni se desenvuelve con carácter autónomo, sino que se introduce en el proceso principal a instancia de la parte interesada en la adopción de la medida provisional y resulta útil en función de que la decisión cautelar adoptada sirva para que la sentencia que en el futuro se dicte pueda ser eficazmente ejecutada. No es el incidente cautelar más que una garantía subordinada al desenvolvimiento del proceso principal, de la que las partes pueden hacer uso si les interesa a fin de procurar el eventual éxito real de su pretensión.”

Queda evidenciado que la postura procesal del codemandado en la pieza separada de medidas cautelares debe ser la misma que en el proceso principal, es decir, de apoyo a la actividad de la administración autora, ya que es un proceso totalmente dependiente, sin que quepa la posibilidad de que el codemandado ataque el acto administrativo o actúe de forma que lo contrarié.

Advierte además el Tribunal:

“Si la parte actora, que ha solicitado la adopción de la medida cautelar, pide su levantamiento posterior, hay que pensar que está utilizando el proceso con fines espurios”.

Poniendo el foco sobre este razonamiento del Tribunal Supremo, en él se explica que lo congruente en la parte actora es que esté interesada en el mantenimiento de la medida cautelar y, de no ser así, se dejaría ver cierta actitud fraudulenta; por tanto, se hace el mismo razonamiento en sentido inverso, es decir, se puede dar por asentado que la conveniencia de la parte demandada es que el órgano judicial no estime la medida cautelar y, del mismo modo parecería fraudulento o incoherente que la parte demandada o codemandada soliciten una pretensión que favorece a la parte actora.

En la STSJ de Cantabria, la parte codemandada (el Gobierno de Cantabria) solicita las medidas cautelares en base a dos argumentos, el primero, que el artículo 129 LJCA habla de “interesados”, dejando abierta la posibilidad a considerarse ellos mismos como tales. El segundo, que en virtud del artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, la Administración debe poder de oficio suspender los actos administrativos y aun sin perder su condición de demandada.

En el Fundamento Jurídico 4º, la Sala del TSJ razona de la siguiente manera:

“No obstante y a efectos dialécticos, han de rechazarse nuevamente los dos motivos esgrimidos por la recurrente. Ciertamente que la Ley procesal de 1998 utiliza, en una terminología un tanto confusa, la palabra interesado (art. 129.1 LJCA) para designar a aquellos que pueden solicitar la adopción de la medida cautelar. Sin embargo, dicha denominación ha sido considerada por diversos autores como inadecuada por la confusión a la que incita. De un lado, la habilitación para solicitar dichas medidas solo puede corresponder a quien tenga la condición de parte (art. 19 LJCA) y, asimismo, a los causahabientes en aquellos casos en que la legitimación de ésta derivase de alguna relación jurídica transmisible (art. 22 LJCA). De otro, la lectura del apartado segundo de dicho artículo aclara, en el caso de disposiciones generales, que la medida sólo podrá ser solicitada en el escrito de interposición o en la demanda lo que obliga, lógicamente,

a la necesaria legitimación como parte actora. Un caso específico vendría dado en los supuestos de inactividad o vía de hecho donde la Ley vuelve a utilizar la denominación de interesado (art. 135 LJCA) y en que la solicitud de la medida se puede realizar de forma previa a la constitución de la relación procesal, exigiendo luego la interposición del recurso, volatilizand así cualquier otra interpretación. De ahí que en el proyecto de 1995 de la LJCA, la facultad de pedir la suspensión fuera referida al «recurrente» en el artículo 128.2 de entonces, mientras que en el artículo 135.1, al regular las restantes medidas cautelares en supuestos de inactividad o vía de hecho, lo hiciera al más amplio de interesado.

En cuanto al segundo motivo, en el proceso contencioso-administrativo y a diferencia del administrativo, se excluye la adopción de oficio de las medidas cautelares, vía artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Máxime cuando quien apela a este precepto no es la Administración autora (que siempre podrá suspender el acto en vía administrativa) y no una tercera Administración, cual procesalmente se opone a la nulidad de la licencia”.

En el siguiente fundamento quinto, la Sala hace referencia al citado ya Auto del Tribunal Supremo 15 de enero de 2007, el cual ya ha sido explicado en este sentido y, con él, esgrima la conclusión directa de la debida congruencia entre la posición procesal que se ocupa y las peticiones realizadas al Tribunal:

“En este caso, el interés y pretensión del Gobierno de Cantabria en el procedimiento, como codemandado y por tanto oponiéndose a la nulidad de la licencia objeto de recurso, no concuerda con la medida cautelar que se interesa, de apoyo a la postura de la parte actora quien, pese al carácter rogado de la tutela cautelar, nada dice sobre su adopción en esta apelación. De ahí que no quepa sino desestimar en su integridad el recurso de apelación seguido en esta segunda instancia”.

Desestimando así el TSJ Cantabria la solicitud de medida cautelar por parte del codemandado.

B) CONCLUSIÓN

1. Respecto a la imposición de oficio del órgano judicial y órgano administrativo

Conviene analizar si es posible si el órgano judicial, puede imponer las medidas imponer las medidas cautelares de oficio. La conclusión a la que se puede llegar es que las medidas cautelares no pueden ser promovidas de oficio, pues solo corresponden a los “interesados” a tenor literal del art. 129.1. Si bien conviene destacar de que, en este caso, hablamos de un proceso en vía contenciosa.

Sin embargo, en el seno del procedimiento administrativo, la Administración ejerciendo su potestad de autotutela sí puede suspender de oficio el acto impugnado, en

virtud del artículo 111.2 LJPAC. Ahondando más aun más en el procedimiento administrativo, quién no podría suspender de oficio el acto sería la Administración que participase en el procedimiento pero que no fuera autora de la actividad. Del mismo modo, se descarta que la Administración pueda efectuar de oficio las medidas ya en el seno del procedimiento judicial.

2. La solicitud de medidas por los interesados

Respecto a las partes, el artículo 129.2 LJCA se refiere al concepto de “interesados”, que deja abiertas distintas posibilidades. La solicitud de medida cautelar puede interponerse incluso previa a la demanda (art. 136.2 LJCA), momento procesal en el que aún no se han constituido las partes, por lo que no podría hablarse de “demandantes”. Tal vez por ello, la Ley se ha redactado en este sentido, idea que sostiene Gil Ibañez, para dar mayor cobertura a la futura parte procesal que sufre un riesgo de no suspenderse el acto antes si quiera de haber comenzado el proceso.

3. Legitimación del recurrente

En el artículo 129.2 se recoge que la petición deberá efectuarse en el “escrito de demanda” y en el artículo 136 se expresa que ante la inactividad o vía de hecho de la Administración, será posible solicitar la medida cautelar por el interesado. Es decir, extrayendo la consecuencia lógica, si es la actividad o inactividad de la Administración la que se demanda (y obviamente la Administración no se demanda a sí misma, salvo lesividad), entonces el concepto de “interesados” en la LJCA debe referirse al recurrente. Y esto cobra mayor sentido si se observa como la Administración podría haber suspendido, si lo hubiese estimado oportuno, el acto en sede administrativa, por lo que no sería coherente que fuera interesada en suspender su propia actividad en sede contenciosa.

Si atendemos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 721 se menciona únicamente al actor quien puede que podrá solicitar al Tribunal la medida cautelar. Nuevamente, no se observa un ápice de intención en hacer referencia al demandado como parte legitimada para solicitar la medida cautelar. Cesar Tolosa, haciendo un repaso por todos los puntos anteriores, concluye en que la legitimación para solicitar las medidas cautelares corresponde a la parte actora o demandante. En este sentido, también debo

asimilar mi postura, pues con toda coherencia, la parte actora es aquella que no está conforme por el cómo están las cosas, y entiende la existencia de un riesgo, mientras que la parte demandada no tiene o no debería tener una intención de modificar la situación jurídica que le acontezca, pues en caso contrario debería haber obrado como parte recurrente. Por tanto, **la parte recurrente es la única legitimada para solicitar las medidas cautelares, no pudiendo instar las medidas la Administración ni los codemandados.**

4. Legitimación del demandado

En caso de que la Administración vea sus pretensiones desestimadas ante el órgano judicial, la Administración podrá atacar la sentencia en vía de recurso. En tal caso, queda legitimada para solicitar al Juez o Tribunal las medidas cautelares que estime oportuna para sostener la validez y eficacia del acto administrativo.

5. Legitimación del codemandado

Si se opta por recurrir la sentencia que ha invalidado el acto administrativo y que afecte desfavorablemente al codemandado, éste, como nuevo recurrente, podrá solicitar las medidas cautelares. Sin embargo, en este supuesto concreto, el codemandado se encuentra constreñido al sentido procesal y material que debe tener su solicitud de estas medidas, no siendo válida cualquier postura. El codemandado podrá solicitar las medidas cautelares siempre que no vayan contra el sentido de las pretensiones de la Administración, procurando la validez y eficacia de la actuación administrativa.

2. EL RECURSO EN EXÁMENES DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

2.1 PLANTEAMIENTO

El acceso a la función pública hoy día es una opción muy deseada por los ciudadanos españoles, debido a sus garantías laborales, en especial, la seguridad y estabilidad que ofrece el Estado en el empleo. Sin embargo, el control de la legalidad de la realización de las pruebas queda en última instancia bajo la revisión de los tribunales de lo contencioso, y no es infrecuente los problemas jurídicos que se suscitan.

Cabe consecutivamente examinar el asunto relativo a los exámenes de acceso a la función pública, donde si bien el fraude procesal puede producirse cuando el codemandado se convierte en recurrente o atacante, este enfoque ha sufrido una ligera variación en una reciente sentencia del Tribunal Supremo.

2.2 CUESTIÓN PREVIA: El codemandado sigue actuando fraudulentamente si recurre el acto administrativo.

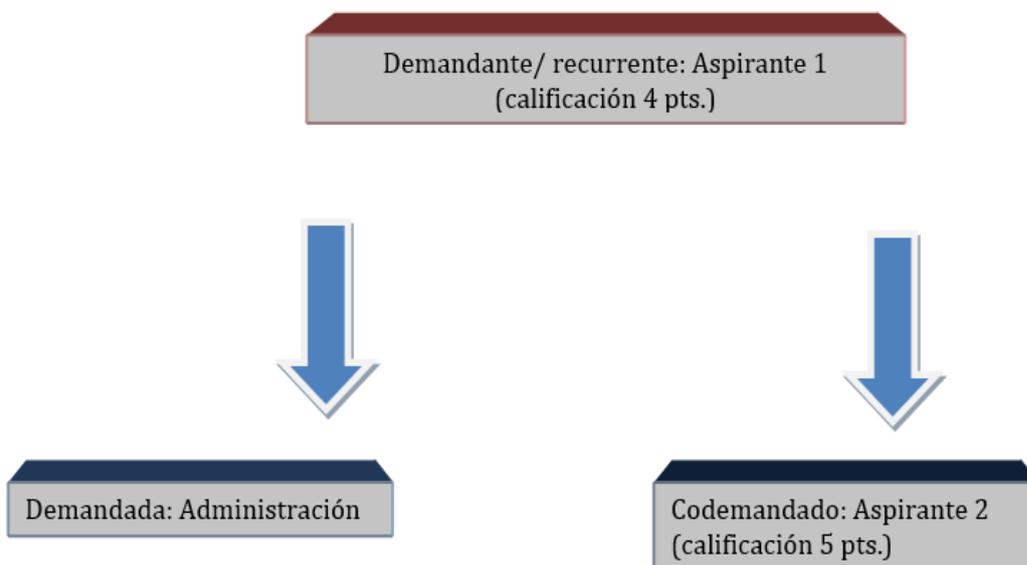
A modo ejemplificativo, imaginemos que la Administración convoca dos plazas para un determinado puesto de trabajo para la que se presentan tres aspirantes. En las bases de la convocatoria se explica que, quien saque cuatro puntos o menos en el examen, será descalificado, quien obtenga cinco o seis puntos en el examen, obtendrá un puesto de trabajo con un salario de 15600 euros brutos anuales, y quien llegue a la calificación de siete puntos o más, obtendrá una plaza para la cual el trabajo tendrá las condiciones laborales más ventajosas, entre ellas, un salario de 21600 euros brutos anuales.

Pensemos ahora que realizado el examen, el Aspirante 1 obtiene la calificación de cuatro puntos; el Aspirante 2, obtiene cinco puntos de nota; y por último, el Aspirante 3 alcanza los siete puntos. El Aspirante 1 no está de acuerdo con su calificación, pensando que merece no cuatro puntos sino los cinco, y que es el Aspirante 2 quien debe tener menor calificación. Por tanto, Aspirante 1 impugna el acto administrativo por el que se otorga la calificación al Aspirante 1 y 2, y por ello, Aspirante 2 se persona como codemandada, quedando al margen, en principio, el Aspirante 3.

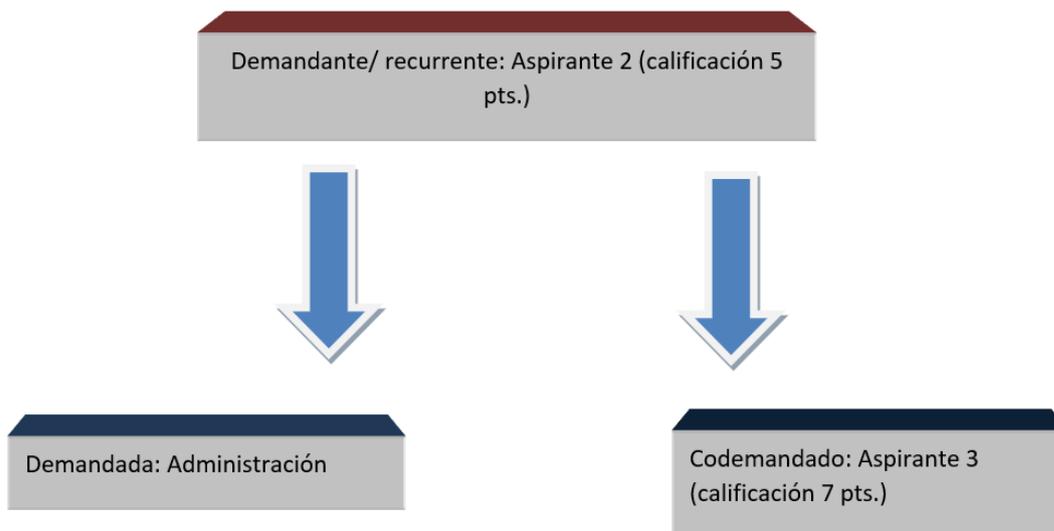
Durante el proceso, el Aspirante 2 no añade ningún argumento en defensa de su nota, teniendo una actitud totalmente pasiva. No obstante, la Administración consigue defender bien su posición, y obtiene una sentencia favorable para ella, es decir, se conservan las calificaciones en el mismo estado.

Habida cuenta de la sentencia, el Aspirante 2 recurre la sentencia, pues entiende que ésta ha versado en su totalidad sobre su propia calificación y por tanto, defiende que tiene plena legitimación para ello en su escrito de preparación. Además, argumenta que el recurso se debe a que no está de acuerdo con su calificación, alegando que merece ocho puntos y obteniendo la plaza que en principio corresponde al Aspirante 3, haciendo que este último se persone ahora como codemandado.

Por tanto, en un primer momento, cuando el Aspirante 1 recurre, quedaría el esquema tal que así:



Tras la sentencia favorable a la Administración que mantiene la vigencia de las notas, el Aspirante 2 recurre, y si no se advirtiera del fraude que supone, las posiciones se invertirían tal que así:



Como se puede observar, el Aspirante 2, que en un principio era codemandado, interesado en apoyar la validez del acto administrativo (esto es, interesado en que se conservara su calificación de cinco puntos), ahora pasaría a ser un atacante, una parte que recurre el acto administrativo por el que se le evalúa con cinco puntos, pretendiendo que se le estime una puntuación superior al del Aspirante 3 y consiguiendo así su plaza e invirtiendo los roles procesales.

Sin embargo, ya hemos visto en el epígrafe anterior como la jurisprudencia ha entendido que esta actitud es fraudulenta, y que el codemandado solo puede luchar por mantener la validez del acto administrativo, es decir, mantener una actitud defensiva. En definitiva, la actuación del Aspirante 2 no es correcta.

A pesar de todo lo expuesto, se ha producido una excepción que anunciada anteriormente, proveniente de una nueva jurisprudencia que concede la posibilidad de que el codemandado, en este tipo de exámenes, pueda ser atacante o recurrente en una forma determinada, como expongo a continuación.

2.3 REGULACIÓN PROCESAL DE LAS PARTES

A) ÚLTIMA REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL: Hasta dónde puede llegar el codemandado en su actuación

Si bien todo lo anteriormente visto apunta a que el codemandado solo puede defender, la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2019 (rec. 197/2017), viene a hacer una importante excepción en el fundamento jurídico sexto, apartado tercero:

“En primer lugar, es menester aclarar que vamos a examinar las pretensiones de sentido contrario de las partes, incluyendo entre ellas las de la Sra. Adriana de que se minore la puntuación asignada al recurrente por dos conceptos pues, ciertamente, tiene derecho a defenderse discutiendo la valoración que se hizo de los méritos del actor ya que, de otro modo, se le causaría indefensión.

En efecto, como bien dice, no podía impugnar la resolución del concurso, pues le fue favorable y si ahora no pudiera cuestionar la calificación que se le dio al Sr. Luis María se le causaría perjuicio ya que está en discusión la adjudicación que se hizo en su favor de la plaza convocada. La Sala, en supuestos semejantes a este, ha considerado ya que la posición del recurrido cuando se enjuicia un procedimiento de concurrencia competitiva no puede limitarse a la defensa de la actuación de la Administración, sino que su derecho a la tutela judicial efectiva comprende la revisión de aspectos no cuestionados por la demanda pero que inciden directamente en la decisión del litigio de manera que, de no llevarla a cabo, le dejarían indefenso.”

En ambos párrafos de la sentencia se deja claro que para una eficaz tutela judicial, el codemandado si puede cuestionar la calificación del recurrente, pues estamos ante un procedimiento de concurrencia competitiva, donde uno ha de ser necesariamente mejor que otro, por ello, el aspirante aprobado con mayor puntuación no le basta con defender su buen ejercicio, sino que para asegurar una defensa efectiva, tiene que comparar e incluso refutar y arremeter contra el examen del recurrente, para así conseguir apoyar y sostener la validez del acto administrativo.

Y no es este el único motivo por el que el codemandado en este caso puede y debe incluso cuestionar la prueba del adversario, existe una razón más: la Administración no lo hará por él. Y es este un detalle que podría pasar desapercibido y que, por el contrario, es utilidad esclarecerlo: la Administración no puede atacar la nota del recurrente porque se le ha dado mediante su propio acto administrativo, y como ya se sabe, la Administración no puede ir contra sus propios actos. El papel que juega en este asunto la

Administración es puramente defensivo, lo único que puede hacer es luchar por mantener la validez las calificaciones de los aspirantes, es decir, de los actos administrativos que atañen a los aspirantes respectivamente¹⁵. Por ello:

B) CONCLUSIÓN

1. La legitimación del recurrente

Le habilita para recurrir los actos administrativos que califican su examen y también los del resto de aspirantes que considere oportuno.

2. La legitimación de la Administración

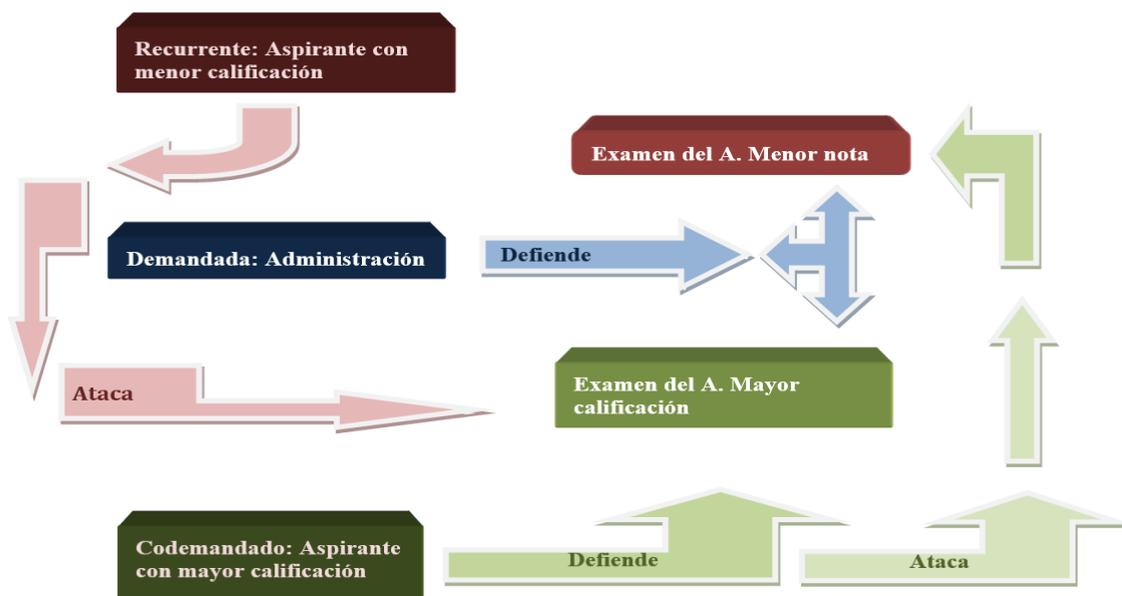
La Administración sólo estaría legitimada para defender la validez de sus actos mediante los cuales califica a los aspirantes. En ningún caso podrá la Administración atacar la nota del aspirante recurrente, pues estaría yendo contra su propio acto.

3. La legitimación del codemandado

Por un lado, queda legitimado para defender la validez de su calificación, no pudiendo atacarla ni recurrirla. Por otro lado, también queda legitimado para atacar la calificación del examen realizado por el recurrente originario.

Dejo a continuación un esquema, para mayor claridad, donde puede verse como a la Administración, parte demandada y que queda de color azul, le corresponde defender sus actos, es decir, las calificaciones atribuidas a los exámenes de los aspirantes, mientras que el recurrente, de color rojo y con menor calificación, ataca el examen del codemandado, siendo éste último de color verde, y que lo que se espera de él es que, mientras defiende la calificación atribuida a su examen (con mayor calificación), ataca a al examen del recurrente. Este, en definitiva, es el esquema procesal, lícito y congruente que le correspondería a las partes según la jurisprudencia vista:

¹⁵ (CHAVES J. , Blog de la Justicia, s.f.)



3. LA ACCIÓN PÚBLICA POR EL CODEMANDADO

3.1 PLANTEAMIENTO

En el epígrafe relativo a la parte actora, se analizó como el uso de este mecanismo no legitima por sí sólo como sí se tratase de un auténtico afectado, y encontrará los límites derivados del interés único por el cumplimiento de la legalidad, sin que pueda instrumentalizar un proceso para individualizar su situación jurídica particular.

En este otro caso, el ejercitante de la acción pública alega ser codemandado una vez ha procurado impedir la actividad administrativa mediante el ejercicio de la acción pública.

A fin de ilustrar mejor esta problemática, imaginemos este supuesto: un ciudadano cualquiera que hubiera ejercido la acción pública, reclamando (o debiendo reclamar al menos) la finalidad última de la observancia de la legalidad, ante la Administración. En este momento, desde la perspectiva de este ciudadano, la Administración tiene tres

posibles alternativas en su modo de contestarle y proceder: atender al cumplimiento y satisfacer al ciudadano, no atenderlo o atenderlo parcialmente, dejando en las dos últimas opciones al ciudadano insatisfecho. En este caso, aquel que ha ejercido la acción pública y que no ha encontrado amparo en la Administración, puede optar por ir a los tribunales de lo contencioso en calidad de codemandado, argumentando que su título de legitimación es precisamente el ejercicio de la acción pública.

3.2 REGULACIÓN PROCESAL: La falta de legitimación pasiva del “codemandado” que ejerció la acción pública

A) REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL: Condición de codemandado por haber ejercido la acción popular frente a la Administración

Esta cuestión controversial se ha dado recientemente y el Magistrado César Tolosa se ha encargado de razonar, citando entre otros el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander de 14 de marzo de 2011 (TOLOSA TRIBIÑO, s.f.).

En la línea del Sr. César, el razonamiento al supuesto expuesto conduce a que el ciudadano acude a los tribunales porque considera que la Administración no se comporta adecuadamente, le reclama un comportamiento debido respecto a la legalidad urbanística, no obstante, se presenta como codemandado, y como ya hemos visto, el codemandado es aquel que apoya a la Administración, y concretamente a su adecuada actuación. Por tanto, resulta incongruente que el título de “compañerismo” con la Administración provenga de una reclamación por no estar conforme con su actividad. Además, si es codemandado, significaría que la validación o invalidación del acto administrativo le afectaría, pero precisamente este trámite de acción popular está previsto especialmente para aquellos que no resultan directa ni indirectamente afectados por planes urbanísticos, porque de lo contrario tendrían otras herramientas procesales más eficaces.

Es ilustrativa a este respecto la sentencia de nuestro Alto Tribunal y de índole urbanística, la STSJ Canarias 10 de febrero de 2014, rec. 873/2001, donde D. Gervasio se presenta como codemandado a pesar de que sus pretensiones no son las debidas de alguien en su posición procesal, y donde queda claro que es incluido en el ámbito

urbanístico, los codemandados también deben tener la intención de defender la validez de la actuación administrativa y no la del demandante:

“b) En relación con la posición procesal y pretensiones del codemandado D. Gervasio .- Cuando el artículo 21 de la Ley jurisdiccional establece que se consideraran partes demandadas, "b Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante", está implícita y explícitamente imponiendo que tal condición de parte demandada se anude a la defensa del acto de la Administración cuya nulidad pretende la parte demandante. Como recoge la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª de 12-2-2014, rec. 1119/2011 , Pte: Campos SánchezBordona, Manuel, : "La posición procesal de codemandado impedía a la parte que desde el principio la ostentaba -y que con este carácter había sido admitida al proceso-formular pretensiones impugnatorias del acto, como así ocurría en este caso. Es irrelevante a estos efectos que sus argumentos en defensa de la nulidad de aquel acto coincidiesen plena o sólo parcialmente con los del verdadero actor, pues era sólo éste quien ostentaba la titularidad activa de la relación procesal. Constituía un fraude procesal aprovechar la condición de codemandado para impetrar -sin las exigencias de plazo, por ejemplo, exigibles al actor- la anulación de un acto que otra persona jurídica había impugnado, constituyéndose de este modo en "correcurrente" del mismo. Sólo los recurrentes que hayan iniciado el proceso pueden, en la dicción del artículo 31 de la Ley Jurisdiccional , pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación".

No puede en consecuencia, -- como sucede en el presente caso con el codemandado Sr. Gervasio --, personarse en condición de parte codemandada para pretender que se estime la pretensión del demandante. Ello es simplemente una perversión de la relación procesal. Consecuentemente revocamos la admisión de dicha parte como demandada y tendremos por no formuladas las alegaciones y pretensiones por dicha parte efectuadas.”

Como puede observarse, en el último párrafo se refiere a este comportamiento como una perversión procesal, e inadmite su recurso por falta de legitimación pasiva.

B) CONCLUSIÓN

No es posible actuar en calidad de codemandado ante la desestimación de las pretensiones en vía administrativa, utilizando el mecanismo de la acción pública.

4. EL RECURSO DE CASACIÓN

4.1 PLANTEAMIENTO

Ha sido una cuestión objeto de análisis por la jurisprudencia la posición del codemandado ante el recurso de casación. Es posible que un codemandado quiera personarse ante tal procedimiento, sin embargo, cabe plantearse si requiere algún tipo de interés especial casacional, si pudiera personarse aunque no hubiera sido parte en el proceso previo o si no fue emplazado y por suerte, consigue tener conocimiento de este recurso y se persona ya tardíamente.

4.2 CUESTIONES PREVIAS

Es relevante hacer dos precisiones:

A) **LA LJCA ANTES DE LA REFORMA DE 2015: La no participación en el proceso previo.**

Antes de la reforma LO 7/2105, la regulación del artículo 89.3 LJCA decía lo siguiente: “*el recurso de casación podrá interponerse por quienes hayan sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia o resolución recurrida*”. De esta redacción se daba la posible conclusión de que aquellos que no hubieran participado en los procesos precedentes al recurso de casación, no podrían participar en éste. Este problema se veía incrementado si se tiene en cuenta que no es infrecuente la falta de debidos emplazamientos a los afectados. Es por ello por lo que podía llegarse a una situación de indefensión, pues aquellos que no fueron emplazados, o aun siéndolo no se personaron voluntariamente en primera instancia o en apelación en su caso, corrían el riesgo de no ser parte en el proceso judicial de casación.

B) EL DEBER DE EMPLAZAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

La Sentencia del Tribunal Constitucional 1992/1997 ya advierte de este problema procurando aportar una solución, manifestando que el deber de emplazar a los interesados existirá siempre que se conocen o son lo suficientemente identificable, o así constan en los expedientes administrativos o judiciales. Si éste no fuera el caso, no significaría que estas partes carecieran de legitimación, pudiendo personarse por iniciativa propia si llegan a tener conocimiento de la causa y debiéndole el Tribunal concederle la oportuna legitimación. Incluso puede darse la situación que cuando se abrió la causa, los interesados aun no tengan esta condición, sino que provenga de un hecho sobrevenido durante el transcurso del proceso. En esta situación y de igual manera, tendrían derecho a personarse a tal efecto, siempre que, en cualquier caso, puedan optar a algún tipo de ventaja o utilidad jurídica propia:

“Este Tribunal ha venido sosteniendo, desde sus primeras Sentencias, que el art. 24.1 C.E. contiene un mandato implícito al legislador -y al intérprete- dirigido a promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción, lo que conduce a establecer el emplazamiento personal de los que puedan comparecer como demandados siempre que ello sea factible (SSTC 9/1981, 4/1984 y 97 y 129/1991). Lo que obliga a los Jueces y Tribunales a emplazar personalmente a quienes pueden comparecer como demandados siempre que resulten conocidos e identificados a partir de datos que consten en las actuaciones judiciales o en el expediente administrativo previo (SSTC 58/1990, 97/1991 y 90/1996). Según esta doctrina, han de ser emplazados, personal y directamente, además de la Administración actora del acto que se impugna, el codemandado o la persona a cuyo favor deriven derechos del propio acto. Quedan al margen de este tipo de comunicación procesal los terceros que, siendo titulares de intereses legítimos que no les son específicos y propios, tienen derecho a personarse en el proceso y a constituirse como parte del mismo, si así lo solicitan, pero que no ostentan, sólo por ello, el derecho a ser emplazados personal y directamente. A este respecto, hemos declarado, en nuestro ATC 377/1990, que los interesados en un proceso, aun cuando puedan tener derecho a tomar parte en él, no ostentan sólo por ello el derecho a ser emplazados personalmente, sino que se hace preciso que puedan verse afectados por los ulteriores efectos materiales de la cosa juzgada. Hemos considerado que la expresión «interés legítimo» resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (ATC 356/1989) y que ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico (SSTC 257/1988 y 264/1994), que puede afectar a la esfera patrimonial o profesional del afectado (STC 97/1991)”.

Pues bien, tras la reforma operada por la LO 7/2015, la LJCA queda de la siguiente manera: “1. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido”. Queda fijado de manera explícita que la legitimación no la ostentan

aquellos que hubieran hecho uso de sus posibilidades procesales, sino también quienes podrían haber hecho uso de las mismas.

4.3 REGULACIÓN PROCESAL: Las reglas de legitimación de los codemandados en casación

A) REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL: En los requisitos de legitimación y personación tardía.

1. Acerca de los requisitos de legitimación

-ATS 31 de enero de 2018, rec. 1193/2017:

“no existe en nuestra ley procesal una noción de legitimación casacional, sea activa o pasiva, distinta o autónoma de la legitimación que se regula en los artículos 19 y siguientes de la Ley de esta jurisdicción para la relación jurídico-procesal de instancia. Quiere ello decir que, por lo común, es tal relación trabada en el proceso la que define y condiciona, a tenor del sentido del fallo, quién puede intervenir como parte en el recurso de casación y en qué calidad”.

Este auto dictamina que la legitimación en este asunto **no proviene de reglas especiales, sino las comunes** habidas en los artículos 19 y siguientes, es decir, tener al menos un interés real en el proceso (interés que se ha explicado pormenorizadamente a lo largo de este trabajo).

-ATS 16/7/2018, rec. 191/2018:

“Constituye jurisprudencia reiterada de esta Sala, como recuerda el auto impugnado, que en el recurso de casación es objeto de impugnación el fallo de la resolución que se recurre, no su fundamentación, esto es, el recurso de casación ha de pretender la revocación de la parte dispositiva y no solo de sus argumentos, pues, en otro caso, el proceso quedaría convertido en un mecanismo de resolución de consultas o de rectificación de declaraciones meramente teóricas, y no de resolución de pretensiones.

Por tales razones, esta Sala en autos de 24 de febrero de 2011 (recursos 3501/2010 y 3507/2010), 5 de mayo de 2011 (recurso 29/2011) y 26 de febrero de 2012 (recurso 3515/2010), afirma que “puede decirse que la parte que ha ganado un pleito, carece de legitimación para impugnar la sentencia, por eso el artículo 448.1 de la LECivil establece que el derecho a recurrir solo lo tienen “los afectados desfavorablemente” por las resoluciones judiciales, en el bien entendido de que el perjuicio solo lo ocasiona la parte dispositiva y no los meros razonamientos de las resoluciones.”

En realidad, **no es suficiente con ser titular de un derecho subjetivo o interés legítimo**, sino que también se hace necesario, para tener legitimación y recurrir en casación, que la sentencia precedente le **afecte desfavorablemente** al recurrente o los recurrentes.

2. Sobre la personación tardía:

-ATS 25 de mayo de 2017, rec. 264/2017:

“Pues bien, vigente dicho precepto, la jurisprudencia se planteó el problema de la legitimación para recurrir en casación de aquellos se hubieran personado tardíamente en el proceso, una vez dictada la sentencia (bien por no haber sido emplazados o bien por no haber comparecido en su momento a pesar de haber sido debidamente emplazados para hacerlo), y manifestaran su intención de recurrir dicha sentencia en casación.

La respuesta de la jurisprudencia a este interrogante fue favorable al reconocimiento de la legitimación para promover el recurso de casación por mucho que no se hubiera litigado activamente en la instancia, eso sí, con dos límites: que se preparara el recurso dentro del plazo conferido a tal efecto a las partes personadas, y que no podrían articularse “cuestiones nuevas” [...] Pues bien, en el reciente auto de 29 de marzo de 2017 supra cit. hemos señalado que esta doctrina jurisprudencial que acabamos de resumir resulta extensible al nuevo artículo 89.1 LJCA”.

Se trata pues de que, aunque no se hubiera participado en los procesos judiciales precedentes, **el interesado podrá optar a personarse tardíamente**, incluso en el recurso de casación. No obstante, la personación en el recurso de casación del interesado encontrará **dos límites**: uno, no se podrá plantear nuevas cuestiones a resolver, y dos, un límite temporal que será el mismo que para aquellas personas que estuvieran personadas.

-ATS 29 de marzo de 2017, rec. 142/2017:

“La jurisprudencia de esta Sala en relación con el artículo 89.3 de la LJCA, perfectamente trasladable a la interpretación del actual artículo 89.1 que mantiene redacción similar, sostiene que están habilitados para preparar el recurso de casación quienes hubiesen sido parte o podido serlo en el recurso contencioso-administrativo en que se dictó la resolución objeto de recurso, lo que no supone la exigencia absoluta de haberse personado en él antes de la sentencia, pero sí, desde luego, dentro del plazo legalmente establecido para la preparación del recurso de casación (Auto de 15 de enero de 2009 -recurso 1201/2008-). Es decir, basta con que aquella personación, aún posterior a la sentencia, se haya verificado antes de que ésta gane firmeza (AATS de 20 de noviembre de 2008 -recurso 1/2007-; 15 de enero de 2009 -recurso 1201/2008-, y 13 de diciembre de 2012 recurso 112/2012- entre otros)”.

En este auto, se determina que para personarse en el recurso de casación aun teniendo derecho subjetivo o interés legítimo, se hace necesario que **la sentencia que le precede no hubiera ganado firmeza** porque se hubiera recurrido, y además, nuevamente se puede observar como el plazo de interposición del recurso sería el mismo que para el resto de los recurrentes que ya hubieran estado personados cuando se presentó el escrito de preparación.

B) CONCLUSIÓN

En una sentencia de apelación existen dos posibles y grandes resultados: la estimación o desestimación de las pretensiones del recurrente (sin perjuicio de la estimación parcial):

La Administración y codemandados como recurrentes y su plazo para personarse e interponer recurso:

Si la sentencia de apelación anula el acto administrativo, los que podrían acudir en casación son la Administración y los codemandados, los cuales ahora se convertirían en **recurrentes** de la sentencia. Por tanto, el periodo de plazo que les correspondería a los codemandados para personarse tardíamente en casación sería el propio del plazo fijado para el escrito de interposición.

Aunque ya ha quedado resuelta cuestión, se debe señalar que estas reglas sobre la personación tardía no serían aplicables a aquellos que revistiesen la forma de codemandantes, por estar proscritos tal como se ha explicado a lo largo de este trabajo.

La Administración y codemandados como parte pasiva y su plazo para personarse y contestar:

Si la sentencia no estimara las pretensiones del recurrente, dicha parte podría llegar recurrir en casación, conservando así su rol de recurrente y la Administración y codemandados aquellos roles que les son propios respectivamente. En este caso, los

codemandados podrían personarse tardíamente para oponerse al recurso planteado, siendo su periodo de tiempo máximo para hacer este trámite el de contestación al recurso¹⁶.

Son igualmente aplicables las reglas expuestas en los puntos anteriores sobre la inadmisión del falso codemandado.

RECAPITULACIÓN DE TODOS LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1.1 De la parte recurrente:

1. El denunciante no perjudicado:

Puede solicitar que se realicen actividades investigadoras e incluso probatorias, especialmente si de ellas pudiera surgir un elemento que lo vinculara y legitimara en calidad de afectado, es decir, sin con dichas actividades se pudiera demostrar un interés legítimo, pero salvo que surgiera este resultado, no puede entrar a solicitud o cuestionamiento de la calificación de la infracción y su sanción.

2. Recursos en la protección de la unidad de mercado:

En sede administrativa, se puede optar por utilizar el recurso ordinario administrativo, que conlleva las reglas típicas de legitimación. También puede usarse, en virtud del artículo 26 LGUM, una reclamación especialmente diseñada contra la actividad de la administración que perturbe la unidad de mercado y que, al igual que la acción popular, podrá servirse cualquier sujeto aun sin ningún interés concreto.

En sede judicial se conserva también la opción del recurso contencioso ordinario, si bien se podrá hacer uso del artículo 27 LGUM y solicitar la interposición del recurso contencioso-administrativo a la CNMC. No se necesita interés legítimo para hacer tal solicitud, no obstante, solo la CNMC podrá interponer el recurso.

¹⁶ (TOLOSA TRIBIÑO, s.f.)

Existe un procedimiento residual de puesta en conocimiento a las autoridades de actividades administrativas que afecten a la unidad de mercado. Es un sistema en la práctica de denuncia, y para el que no se necesita ningún interés legítimo, conforme al artículo 28 LGUM.

3. La persona jurídica:

Para ser recurrente es necesario acreditar el poder general para pleitos más el acuerdo societario por el que se manifiesta la voluntad de demandar a la Administración.

La falta de acreditación del acuerdo societario es un defecto subsanable, y se dispondrá de al menos diez días para subsanarlo, a contar desde que es requerido de oficio o desde que lo manifieste la parte demandada. La pasividad para la subsanación de este defecto se penalizará con la inadmisión de la demanda.

También es posible la oposición a los motivos por los que se deducen la falta de acreditación del acuerdo societario. En caso de ser desestimada la oposición, comenzará un nuevo plazo de al menos diez días para subsanar.

4. Tributos locales:

Los tributos estatales podrán ser recurridos, previa reclamación económica, por los obligados tributarios, los sujetos infractores y aquellas personas con intereses legítimos. Sin embargo, quedan excluidos, entre otros, los obligados por la firma de pacto privado.

En cambio, en el ámbito local tendrán legitimación para impugnar los tributos aquellos terceros obligados por contrato con el sujeto pasivo de la obligación tributaria.

5. La acción pública:

El recurrente puede pretender la defensa de la legalidad urbanística, pero no puede instrumentalizar este procedimiento para su propio beneficio, usándolo para defender posiciones jurídicas que le son propias y particulares.

1.2. De las partes adhesivas: los codemandados

1. Solicitud de medidas cautelares por los codemandados:

La solicitud solo podría ser instada por un codemandado si se está recurriendo una sentencia que haya desestimado las pretensiones de la Administración.

Dicha solicitud no puede pretender suspender los actos de la Administración.

2. El codemandado en el acceso a la función pública:

No tiene legitimación para recurrir la calificación de su propio examen.

En cambio, si podrá atacar la calificación del recurrente que recurra el acto administrativo por el que el codemandado ha sido calificado.

3. El codemandado en la acción pública:

La desestimación de los alegatos esgrimidos por el ejercicio de la acción pública no son condición suficiente para considerarse afectado, ni con posesión de interés legítimo.

No se puede pretender ser codemandado por haber ejercido la acción pública, menos aún realizar actuaciones procesales que, en calidad de codemandado, afecten negativamente a las pretensiones de la Administración.

4. El codemandado en casación:

Las instituciones públicas (administrativas o judiciales) tienen el deber de emplazar a todos los interesados que sean suficientemente conocidos. Que no los emplacen no significa que no tengan legitimación, o que pierdan ésta.

Tendrán legitimación para acudir a casación aquellos que ostenten un interés conforme a los artículos 19 y siguientes de la LJCA, es decir, un derecho subjetivo o interés legítimo y que del juicio se pueda deducir, según la jurisprudencia, una ventaja o utilidad pública.

Podrán personarse incluso tardíamente, sin haber participado en los procesos judiciales precedentes, todos aquellos que ostenten la condición de codemandado conforme a los criterios anteriores, siempre y cuando lo hagan en el plazo máximo concedido para interponer el recurso de casación o, en su caso, contestar a dicho recurso.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

La tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución hace posible que limitar el poder del control público no sea una tarea imposible, requiriendo solo un punto de conexión material con la actividad administrativa para poder llevar a la Administración frente al juez o tribunal que corresponda, como regla general. A pesar de ello, como se ha visto, la casuística puede ser de lo más variopinta, necesitando regular determinados aspectos en ámbitos concretos los cuales han sido objeto de estudio en este trabajo.

He optado, pues, por esta línea de estudio porque considero que, a menudo, estas cuestiones son pasadas por alto en muchos libros enfocados al estudio de universitario. En mi experiencia académica, los contenidos de Derecho administrativo a aprender apenas han dedicado unas líneas al tratamiento de las profundidades de la regulación procesal de las partes. No deja de ser esto comprensible, pues la carrera de Derecho se desarrolla más como un “curso intensivo general”, sin que parezca en ningún caso que pretende hacer especialista a ningún alumno.

Sin embargo, desde la perspectiva de un futuro abogado, son de suma importancia estas líneas de conocimiento, pues pueden suponer la culminación de un litigio apenas se comienza y sin entrar a valorar el fondo del asunto, tan solo evaluando la legitimación del recurrente o del demandado y codemandado. Es por esta razón por la que, a raíz de la realización de mis prácticas en un despacho enfocado a la rama jurídica del Derecho administrativo, y dirigidas por don Juan Francisco Mestre, pude ver como surgían estas controversias en los litigios y del carácter tan relevante que podían adquirir, y por las que decidí realizar esta investigación para mi trabajo de final de máster.

Los puntos controversiales escogidos han sido, a mi parecer, algunos de los más interesantes para cualquier estudiante o profesional que se dedique a litigio contencioso. Por ello, quiero añadir algunas consideraciones desde mi punto de vista acerca de la regulación procesal que, con la ley y la jurisprudencia, se han articulado y desarrollado a lo largo de este trabajo:

En el caso del **denunciante-perjudicado**, éste se verá desprovisto de una auténtica legitimación en el proceso, si con la sanción impuesta al infractor no puede aspirar a más que una satisfacción moral. A mi juicio, esa satisfacción moral en el caso

del perjudicado debería ser suficiente para legitimarlo en la valoración de la calificación de la sanción, es decir, para considerarla justa o injusta y que tal cuestionamiento tenga efectos sobre el órgano decisor de la sanción a imponer. El denunciante no sería juez y parte, no habría tal riesgo, pues la decisión en todo caso correspondería a un tercero independiente, por ello, no veo inconveniente alguno en considerar al perjudicado como un sujeto legitimado en el proceso aunque no pueda optar a otro tipo de ventaja que no sea la paz espiritual que obtendría por “hacerse justicia”.

En lo que respecta a la **protección de la unidad de mercado**, su libertad de circulación y establecimiento se ha analizado la amplitud de la que gozan sus mecanismos para que cualquier sujeto pueda reclamar, recurrir o denunciar aquellas actividades que puedan obstaculizar las actividades económicas. Sin embargo, contrasta esta amplitud con la gran mayoría del resto de casos en los que el recurso al orden administrativo o contencioso-administrativo suele venir de la mano de requisitos legitimadores en absoluto fáciles de sortear. No es extraño que esta diferencia tan puntual se de justamente en los casos que inciden plenamente en la economía de los estados, quizá la cuestión que más interesa realmente a los poderes públicos.

Sobre los requisitos en **la persona jurídica** para que pueda constituirse como recurrente, se han visto distintos aspectos que se han de cuidar. No obstante, considero que la jurisprudencia es bastante generosa concediendo oportunidades para subsanar los posibles defectos alegados, en ocasiones incluso superando los diez días al efecto.

En una posición más disconforme me encuentro con respecto a la jurisprudencia que aborda el tratamiento procesal de la **impugnación de los tributos**. No veo justificación alguna para que en el ámbito estatal no estén plenamente legitimados los obligados por pacto al pago. Me parece mucho más garantista la nueva sentencia del Tribunal Supremo, que da mayores posibilidades de defensa en el ámbito local a aquellos que verdaderamente tienen un interés, por haber suscrito un contrato de obligación al pago.

En la **acción pública urbanística**, parafraseando a Tomás Ramón Fernández, no veo necesaria esta oportunidad procesal, pues nadie a quién no le afecte un plan urbanístico va a introducirse en estas tediosas cuestiones legales. Quién haga uso de este mecanismo es porque aun careciendo de un interés legítimo, sí que puede tener un interés “ilegítimo”, unos intereses económicos “oscuros” que se ocultan tras la aparente

inocencia que supone la defensa de la legalidad urbanística y que solo pretenden tumbar el plan de urbanización.

Acerca de los **codemandados**, es totalmente lógico que la jurisprudencia haya sido tan tajante eliminando de los procedimientos a los falsos codemandados, pues solo pretenden traspasar el filtro de legitimación para actuar con mala fe procesal. No obstante, cabe destacar algunas apreciaciones:

En particular, referente al caso de exámenes de **acceso a la función pública**, parece muy acertada la nueva sentencia que habilita al codemandado a atacar al recurrente, con mayor razón cuando la Administración ha de permanecer anclada en la defensa de la calificación del recurrente y sin poder reexaminarla de nuevo (y con todo el sentido) y considero que no solo debería quedarse en este ámbito, como ya advierte el profesor Chaves, es posible que esta opción procesal se extienda a otras cuestiones, como contratos públicos, concesiones, etc. En mi opinión, esta debería ser siempre la opción cuando se trate de procesos de concurrencia competitiva, pues se producen mayores garantías si se da un trámite contradictorio entre empresas que pretenden alcanzar la concesión de un servicio público, y es una forma más de evitar la concesión “a dedo”. Y esto es igualmente aplicable a otros procedimientos de similar naturaleza, como la concesión de becas o de alguna ventaja o ayuda por parte de la Administración.

De forma general, el fraude procesal del codemandado ficticio nace de la necesidad de recurrir la actividad administrativa. Ante tal profusión de casos en los que se intenta esta estrategia, es posible preguntarse una vez más si las reglas que validarían la actuación de un recurrente son suficientes para garantizar las posibilidades de defensa de quien de verdad puede necesitarlo. Tal como lo veo, las reglas de legitimación son lo suficientemente amplias como para permitir que todos los afectados puedan defenderse, por lo que no creo que esta sea una opción. Así las cosas, quizá el problema provenga del plazo para recurrir la actividad administrativa en vía judicial que, aunque no sea breve (dos meses con carácter general), tampoco es un plazo generoso. Para más inri, no sólo se debe tener en cuenta este plazo, sino que previamente se ha de haber agotado la vía administrativa, en donde en la mayoría de los casos se dispondrá de un mes para interponer el recurso que proceda, es decir, un plazo aun más corto que el de acceso a la vía jurisdiccional. Si a esta cuestión se le añade que un ciudadano promedio no está especialmente informado de los plazos para la interposición de recursos y el procedimiento a seguir en vía administrativa y consecuentemente, contencioso-

administrativo, en suma, el resultado posible es que tal vez no sea suficiente la regulación procesal en todas sus vertientes para recurrir la actividad administrativa de forma efectiva, y surgiendo así la multitud de casos de falsos codemandados que no pretenden otra cosa que traspasar las fronteras legitimadoras para que un juez analice el posible comportamiento inadecuado de la Administración Pública.

A la vista de la evolución de las sentencias y el modo de proceder de los órganos jurisdiccionales ante los conflictos surgidos entre Administración y particulares y desde la constitucionalización de nuestro Derecho, la doctrina jurisprudencial avanza en una dirección muy positiva, dando cada vez mayor relevancia a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y al cumplimiento del principio de legalidad, al tiempo que la Administración paulatinamente tiene más definida cual es el alcance de su potestad discrecional allá donde los jueces no pueden hacer más que un control externo, produciéndose un perfeccionamiento progresivo de este equilibrio de poder entre Poder Judicial y Administración, velando por las garantías de sujetos privados y públicos.

Bibliografía

- CHAVES, J. (s.f.). *Blog de la Justicia*. Obtenido de Cuando la mejor defensa del codemandado es atacar al recurrente: <https://delajusticia.com/2019/05/22/cuando-la-mejor-defensa-del-codemandado-es-atacar-al-recurrente/>
- CHAVES, J. (s.f.). *Del coadyuvante del demandante pillado en fraude procesal*. Obtenido de Blog de la Justicia: <https://delajusticia.com/2010/12/14/del-coadyuvante-del-demandante-pillado-en-fraude-procesal/>
- CHAVES, J. R. (2019). *De la Justicia*. Obtenido de El Supremo admite la legitimación derivada de los pactos sobre tributos locales: <https://delajusticia.com/2019/11/13/el-supremo-admite-la-legitimacion-derivada-de-los-pactos-sobre-tributos-locales/>
- ESTEVE, J. E. (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, C., & PEREDA MIQUEL, A. (2012). *www.cuatrecasas.com*. Obtenido de Las intervenciones adhesivas en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal General: https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/las_intervenciones_adhesivas_en_los_procedimientos_ante_el_tribunal_de_justicia_de_la_union_europea_y_el_tribunal_general_procedimientos_administrativos_y_judiciales_de_la_union_europea,_2012.html
- FÉRNANDEZ, T. R. (s.f.). El contencioso urbanístico y su necesaria reforma . *Revista de Administración ública* .
- FERNANDO PABLO, M. M. (2014). *www.mineco.gob.es*. Obtenido de El Contencioso Administrativo de la Unidad de Mercado ¿Objetivización de la Jurisdicción Contenciosa?: http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/008_jurisdiccioncontenciosa-pablo.pdf
- GAMERO CASADO, E., & FÉRNANDEZ RAMOS, S. (2016). *Manual de Derecho Administrativo*. Tecnos.
- GAMERO CASADO, E., & FÉRNANDEZ RAMOS, S. (2016). *Manual de Derecho Administrativo*. Tecnos.
- GÓMEZ FÉRNANDEZ, D. (2018). *derechoadministrativoyurbanismo.es*. Obtenido de Acuerdo societario o interposición de recurso contencioso: ¿Qué es primero el huevo o la gallina?: <https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/single-post/2018/11/10/Acuerdo-societario-o-interposici%C3%B3n-de-recurso-contencioso-%C2%BFQu%C3%A9-es-primero-el-huevo-o-la-gallina>
- GÓNZALEZ RIOS, I. (2016). *www.contratodeobras.com*. Obtenido de Las vías alternativas de recurso en el ámbito de la unidad de mercado: https://contratodeobras.com/images/Vias-alternativas_-Isabel-Gonz%C3%A1lez.pdf
- NAVARRO SANCHÍS, F. J. (2012). *www.elderecho.com*. Obtenido de Carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa: algunas precisiones: <https://elderecho.com/caracter-revisor-de-la-jurisdiccion-contencioso-administrativa-algunas-precisiones>

ROSSI, R. R. (s.f.). *www.contenciosos.com*. Obtenido de <https://www.contenciosos.com/procesal/limites-a-la-legitimacion-del-denunciante-en-la-jurisdiccion-contenciosa-sts-28-de-enero-de-2019/>

SANTAMARÍA, J. A. (2010). *Comentario a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa*. Iustel Gomez Acebo & Pombo.

TOLOSA TRIBIÑO, C. (s.f.). *Legal Today, Las partes en el proceso*. Obtenido de <http://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/las-partes-en-el-proceso.pdf>