

EL ÁMBITO SUBJETIVO EN LA JURIDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

César Tolosa Tribiño. Presidente TSJ Cantabria.

I) INTRODUCCIÓN

Antes de entrar a examinar algunos supuestos conflictivos en materia de constitución de la relación jurídico procesal en el proceso contencioso administrativo que han sido resueltas en fechas recientes por nuestra jurisprudencia, conviene empezar por realizar unas breves consideraciones generales sobre las partes en este tipo de litigios.

Ha de empezar por afirmarse que, el supuesto común y más frecuente en el proceso contencioso administrativo es el de un particular que pretende la anulación de un acto de una Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo (además de otras posibles pretensiones de condena) frente a la Administración Pública autora de dicha actuación, asumiendo respectivamente las posiciones procesales de demandante y demandada.

Mucho más infrecuente, por no decir que excepcional, es el supuesto en que una Administración actúa como demandante frente a un particular pretendiendo la anulación de un acto propio favorable o declarativo de derechos de este último, y que la Administración no puede revisar por procedimientos administrativos (revisión de oficio de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), a través del llamado proceso contencioso- administrativo de lesividad. Igualmente infrecuente es el supuesto de procesos entre dos Administraciones públicas.

En la mayoría de los casos, el proceso contencioso-administrativo suele ser bipolar. Así, suele contar de un lado, con la parte recurrente (particular u Administración Pública) y de otro lado, con la Administración responsable de la actuación impugnada. Sin embargo, no es infrecuente que el proceso contencioso-administrativo sea triangular ; caso en que a un lado se sitúa el recurrente y al lado opuesto, la Administración demandada y junto a ella, un tercero con el mismo interés en sostener la legalidad de la actuación (el codemandado), que bien puede ser un particular u otra Administración Pública.

La mayoría de los problemas que guardan relación con la posición de las partes en el proceso contencioso-administrativo se refieren a la parte demandada, dado que es el supuesto en el que pueden producirse supuestos de pluralidad de partes. Desde la perspectiva de la parte actora, los mayores problemas se refieren a la legitimación, dado que, en este tipo de procesos no resulta posible la incorporación sucesiva de interesados en la posición de la parte actora, esto es, no se contempla la figura del codemandante.

En el proceso contencioso, la posición de *demandado o demandada* corresponde por lo común a una Administración Pública u órgano constitucional, justamente a la autora o autor de la actividad que motiva el planteamiento del proceso (art. 2.1 a) LJCA). Esa calidad de demandada corresponde siempre a la Administración autora de la actividad o inactividad impugnada.

Siendo este el supuesto general, la LJCA se encarga de regular tres supuestos dotados de cierta peculiaridad.

En primer lugar aquellos supuestos en los que lo que se impugna es un acto de una Administración sometido a la fiscalización de otra. En estos casos, es demandada la Administración fiscalizada, si el acto de control fue aprobatorio del acto, y, por el contrario, la Administración que ejerció la fiscalización, si el acto de control no hubiera aprobado íntegramente la actuación de la Administración inferior (art. 21.2 LJCA). Un supuesto de esta naturaleza ha sido resuelto por la sentencia del Tribunal supremo de 20 de Enero de 2009, en lo referente a las cámaras de Comercio.

En segundo lugar, se prevé el supuesto introducido por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de los recursos 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 los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto.

Y, por fin, cuando el proceso consistiera en un recurso indirecto contra reglamentos y el reglamento aplicado tuviera por autor una Administración distinta de la que emanó el acto, la condición de demandada corresponderá a ambas Administraciones. Esto es, como señala actualmente la dicción literal de la LJCA “Si el demandante fundará sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida.”

Sentadas estas consideraciones generales, vamos a pasar a examinar algunas cuestiones problemáticas referidas al ámbito subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa y su resolución por los Tribunales.

II) EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR MEDIDAS CAUTELARES

Según la regulación de la LJCA, las medidas cautelares pueden solicitarse por «*los interesados*» (art. 129.1 LJCA), de lo que se sigue que está excluida la posibilidad de que el Juez o Tribunal las acuerde de oficio, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento administrativo, en que la propia Administración puede suspender de oficio la ejecución del acto recurrido (art. 111.2 LRJPAC).

Es importante destacar como, la Ley se refiere a un término bastante amplio e impreciso al mencionar a los «*interesados*», y no a los «*actores*» o «*demandantes*», indefinición que ha sido objeto de críticas y que se encuentra en la base de los problemas interpretativos que plantea.

A mi juicio es acertada la tesis defendida por Gil Ibañez cuando justifica esta mención en el hecho de que la solicitud de medidas cautelares se realice en el escrito de interposición o, incluso, en determinadas ocasiones, antes de la presentación de dicho escrito (art. 136.2 LJCA), esto es, antes de que el legitimado interesado, haya adquirido la condición de parte procesal en sentido estricto.

En todo caso, la lectura del artículo 129.1 parece clara: la legitimación para solicitar las medidas cautelares corresponde a las partes en el proceso contencioso, pues ellas resultan ser “las interesadas” en el mismo, lo que ocurre es que en la práctica la iniciativa queda limitada al demandante, que impugna la validez del acto o disposición y ello, entre otras razones, por la propia existencia de la denominada autotutela de la Administración Pública que permite a la Administración adoptar de oficio medidas cautelares en el seno del procedimiento administrativo. Este argumento de la autotutela quiebra cuando quien trata de solicitar la medida cautelar es la Administración que comparece como codemandada, dado que no siendo la autora de la actividad objeto de impugnación, no puede utilizar dicha potestad en el trámite administrativo.

En este sentido sostiene Torres Fernández que la referencia debe entenderse *«a quien se constituye como parte procesal»* y también *«a quien tiene aptitud, es decir, legitimación activa para constituirse como parte»*.

La propia lectura de los distintos preceptos que regulan las medidas cautelares en la LJCA parecen abonar dicha solución. En efecto, el art. 136, en los casos de inactividad y vías de hecho, habla de “interesados”, dado que prevé expresamente la posibilidad de solicitar la medida cautelar antes de la iniciación del proceso. El art. 129.2, en relación con las disposiciones generales, obliga a solicitar la adopción de la medida cautelar en el escrito de interposición o de demanda. El art. 131, regula el supuesto en el que la Administración no hubiera todavía comparecido.etc.

La cuestión parece más clara en la regulación del art. 721 LECivil, cuando dispone que “1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.”

Aclarado lo anterior, podríamos concluir que la legitimación para la solicitud de las medidas cautelares corresponde a la parte demandante.

Sin embargo la cuestión no ha sido pacífica, conviene destacar a este respecto la STSJ de Cantabria de 11 de febrero de 2008, entre otras, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el Auto que desestimó la adopción de la medida cautelar solicitada por el Gobierno de Cantabria en posición de codemandada, en un procedimiento en el que se impugnaba una licencia de obras concedida por un Ayuntamiento..

La postura de la Administración se fundamentaba esencialmente en dos argumentos. El primero, el tenor literal del artículo 129 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio, al atribuir legitimación para instar las medidas cautelares a los «interesados». En segundo lugar, la posibilidad de que la Administración autora de la actividad impugnada mantenga su posición de demandada y, no obstante, acuerde la suspensión cautelar vía artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Como he señalado la Sala de Cantabria, confirmando el criterio del órgano de instancia rechazó esta interpretación. La sentencia pone de manifiesto la contradicción existente

entre la solicitud de la medida cautelar y la postura procesal que como codemandada se mantiene en el pleito.

Empieza la sentencia razonando que “...se repite la peculiar situación de ser la parte codemandada en un procedimiento y, por ende, con una postura procesal limitada a oponerse a la pretensión ejercitada por la actora de nulidad de la licencia, la que insta una medida cautelar a favor de esta última pretensión, en clara contradicción con la postura procesal mantenida en el pleito principal.”

A continuación procede a rechazar el primer argumento esgrimido por la Administración señalando que “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, volatizando 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.”

Cita la sentencia, a continuación, que el argumento más contundente lo resalta el propio Tribunal Supremo, en el conocido Auto de la Sala 3ª, sec. 1ª, de 15 de enero de 2007, rec. 47/2006, al examinar con carácter general el régimen jurídico de las medidas cautelares.

Según dicho Auto :” el incidente cautelar no tiene sustantividad propia ni se desenvuelve con carácter autónomo» siendo las medidas cautelares «una garantía subordinada al desenvolvimiento del proceso principal.”, añadiendo que “«En todo caso del texto legal no se sigue una caracterización del incidente cautelar como un proceso independiente, con títulos legitimadores distintos o autónomos de los sostenidos en el proceso principal y con un objeto diferenciado de este.”

Para concluir afirmando que “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.”

III) EL FRAUDE DEL CODEMANDADO FICTICIO

En directa correlación con este problema está el que pasamos a continuación a examinar y que se refiere a la coherencia o congruencia que debe existir entre la posición procesal que se ocupa en el proceso y la postura material que puede sostenerse en el mismo.

Esta problemática se plantea esencialmente, una vez desaparecida la polémica figura del coadyudante, con la del codemandado.

El codemandado o codemandada son “la personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante”. Se trata de una parte de existencia meramente eventual: es obligatorio emplazar a estas personas, para darles la oportunidad de comparecer en el proceso en defensa de la actuación administrativa impugnada, pero su comparecencia en el proceso es meramente potestativa de las mismas.

Al analizar esta cuestión debemos empezar por referirnos al Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de Febrero del 2008 (rec. 3221/2005), cuando refiriéndose a la desaparición de la figura del coadyudante establece 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.

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.”

De esta manera queda suficientemente delimitada la figura del codemandado, porque “sus derechos o intereses legítimos son contrarios a los del demandante” y su intervención en el pleito se admite “para sostener la conformidad a Derecho de la disposición o acto recurridos.”

Como es suficientemente conocido, antes de la reforma introducida por la Ley 13/2009, era el órgano judicial y ahora será el secretario, el que, recibido el expediente, 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 el 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.

Consecuentemente, en el proceso contencioso-administrativo, la condición de codemandado, esto es la determinación de los que deben ser llamados al proceso desde la perspectiva de la legitimación pasiva, no deriva de la voluntad del recurrente-demandante, dado que este sólo viene obligado en su escrito de interposición a identificar la actividad administrativa que es objeto de impugnación, por lo que corresponde a la Administración y, de forma subsidiaria, al propio órgano jurisdiccional, la obligación de traer al proceso, mediante el correspondiente emplazamiento, a todos aquellos que puedan aparecer como interesados.

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, han dicho que la relación jurídico-procesal se constituye, como regla, entre el demandante y la Administración, por lo que, el actor cumple con dirigir la demanda contra la Administración que ha dictado el acto recurrido, porque el recurso no se interpone contra personas determinadas sino contra un acto o actividad.

Podemos sintetizar la posición del codemandado en el proceso con las siguientes afirmaciones:

- a) El codemandado es parte necesaria en el proceso contencioso, cuando resulta ser titular de derechos o intereses legítimos.(STC 46/1987).
- b) Como parte principal y necesaria, el codemandado puede realizar todos los actos procesales recogidos en la LJCA.
- c) Como consecuencia de este carácter necesario, la falta de emplazamiento provoca la nulidad de lo actuado (STS 17.11.94).
- d) La personación de los codemandados es facultativa, de forma tal que no resulta posible plantear la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

En relación con la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/86, de 17 de abril, se encargó de declarar que en materia contenciosa, al contrario de lo que ocurre en el proceso civil, no cabe la excepción de litis consorcio pasivo necesario. Argumenta dicha sentencia que en todos los procesos, como el contencioso-administrativo, en que se deciden derechos o intereses de naturaleza pública, corresponde al juzgador y no a las partes convocar al pleito a todos los que puedan resultar afectados por la sentencia. Y añade que en los procesos contencioso-administrativos, se considera parte demandada, con independencia de la voluntad del recurrente o demandante, a las partes a cuyo favor deriven derechos del acto recurrido.

- e) En lógica correspondencia no resulta admisible la alegación de falta de legitimación pasiva.

Los problemas aparecen cuando se trata de delimitar las posibilidades de actuación del codemandado en el contencioso. En relación con la posición procesal de codemandado, no resulta infrecuente que el mismo asuma una posición que lejos de instar la desestimación de la demanda, viene a plantear una posición similar a la de codemandante, esencialmente en supuestos en los que no ha procedido a impugnar, pudiendo hacerlo, la actividad administrativa que es objeto de enjuiciamiento. Nos encontramos ante un verdadero fraude procesal, o lo que con fino sentido denomina el Magistrado José Ramón Chaves el “travestido procesal”.

La STS 23 de noviembre de 2010, se ocupa de esta cuestión en un procedimiento en el que una compañía de teléfonos móviles comparece ante el TSJ en calidad de codemandada en un procedimiento en primera instancia.

Dictada sentencia, la compañía telefónica que había comparecido para mantener la postura de la Administración, procede a interponer recurso de casación, solicitando la declaración de nulidad de varios preceptos de la Ordenanza Municipal que había sido objeto de impugnación.

Señala la sentencia del Tribunal Supremo que: “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 cuando la sentencia dictada en la instancia desautorizó la actuación administrativa".

Este mismo criterio se había sostenido en la STS 21 de febrero de 2008, al afirmar que: “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.”

IV) LA POSIBILIDAD DE PERSONACIÓN COMO CODEMANDADO AL AMPARO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PÚBLICA.-

Como antes se ha señalado, el codemandado o codemandada son “la personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante”.

Un problema que se ha planteado recientemente es el relativo a la posibilidad de comparecer como codemandado, alegando como título de legitimación el ejercicio de la acción pública.

A mi juicio la respuesta debe ser negativa. En este sentido comparto los acertados razonamientos del reciente Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander de fecha 14 de marzo de 2011, cuando afirma que “La acción pública lo es para “exigir” ante la Administración la observancia de la legalidad urbanística, y, si ésta no atiende a tal exigencia, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pues bien, tanto el concepto de acción, como la idea de exigencia a la Administración, conducen a la afirmación de que la institución que regula el precepto citado comprende únicamente la facultad de acudir ante la Administración para que corrija las irregularidades urbanísticas, y, si ésta no lo hace, recurrir a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de lo que deriva que la suficiencia del interés abstracto por la legalidad solo sirve como criterio legitimador para iniciar, como parte

demandante, la acción judicial contra el acto o inactividad de la Administración en que, se manifieste la desprotección de la legalidad urbanística, según la actora.

La acción pública deja de tener sentido cuando la Administración ya ha actuado para proteger esa legalidad; por lo que no debe regir para la defensa en juicio, en la posición de parte demandada, de la actuación administrativa que manifiesta dicha protección. Recordamos que en este caso se dictó un acto administrativo (el impugnado en este proceso), que determinó la demolición de lo construido por exceder lo habilitado por la licencia de obras y por ser incompatible con el planeamiento.”

En dicho Auto se concluye que “En definitiva, en cuanto a la legitimación pasiva de terceros rige lo dispuesto en el art. 21.1.b) de la LJCA, sin que quepa excepción o matiz de este régimen en razón de la institución procesal de la acción pública urbanística.”

Por su parte Olea Godoy en su importante trabajo sobre la acción pública, comenta que “Una cuestión no resuelta por la deficitaria regulación, es si puede “ejercitarse” la “acción pública” desde la posición de parte demandada. No lo autoriza el art. 21 de la LRJC-A, que al referirse a los particulares que puedan tener esa condición de demandados hace referencia concreta a los intereses o derechos aceptados, lo que no es el caso de la “acción” popular. “

V) LA LEGITIMACIÓN PARA SER PARTE EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.-

Probablemente la mayor complejidad en cuanto a la determinación del ámbito subjetivo en el proceso contencioso, no se produce en el proceso declarativo sino en el trámite de ejecución y ello, con independencia de otras consideraciones, por la confusión terminológica que introduce la propia regulación legal.

De esta manera observamos que el Art. 91.1 LJCA al regular la ejecución provisional establece que: “Las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional.”. Por su parte el Art. 103.5 LJCA, al referirse a la posibilidad de declarar la nulidad de los actos dictados en ejecución de sentencia afirma que “El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte....”. Por fin el Art. 104. 2 LJCA al regular el supuesto normal de ejecución dice que “Transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al art. 71.1.c, cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa.”

Consecuentemente nos encontramos con tres conceptos diferentes: “parte favorecida”, “instancia de parte” y “partes y personas afectadas”, conceptos que como trataremos de demostrar no son, ni mucho menos, sinónimos.

A) LA LEGITIMACIÓN PARA SER PARTE EN EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN DEL ART 104.-

Empezaremos por el supuesto más común. En cuanto a la legitimación para el planteamiento del incidente de ejecución, ha de tenerse en cuenta que el precepto se refiere a la Administración Pública, las demás partes procesales y las partes afectadas por el fallo. Esta última mención a los “afectados” por el fallo supone una extensión de la legitimación no sólo a las partes procesales, sino también a los posibles interesados en la ejecución del fallo aunque no hayan comparecido en el proceso principal.

Consecuentemente, el problema surge al tratar de delimitar el concepto “personas afectadas”, para lo que deberemos tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En esa línea, la posición actual puede situarse, entre otras, la Sentencia de 26 de enero de 2005, que vinculaba la legitimación de los vecinos afectados con la concurrencia de dos circunstancias, la vulneración, por la edificación ilegal del derecho a un medio ambiente adecuado y la acción pública que disfrutaban todos los ciudadanos en materia urbanística.

La evolución de esta línea jurisprudencial continúa con el Auto de 23 de febrero de 2005, que circunscribió el concepto de “personas afectadas” a aquellas que tengan un interés directo en la ejecutoria de la sentencia, acotando así la legitimación que ostenta quien ejercita la acción pública.

La definitiva interpretación jurisprudencial del concepto de “personas afectadas” en el procedimiento de ejecución se plasmó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005, que trae causa de la anulación de la licencia concedida para la construcción de un centro parroquial, en cuanto la misma autorizaba una construcción que no cumplía la distancia mínima de separación entre edificaciones. Una vez firme la Sentencia, los recurrentes decidieron desistir, pero la ejecución de la Sentencia fue instada por cuatro miembros de la Comunidad de Propietarios afectada, que votaron en contra del acuerdo por el que se resolvió el desistimiento. El Tribunal Supremo determina que se ha de entender por “personas afectadas” aquellas que puedan ver menoscabados o perjudicados sus derechos o sus intereses legítimos por efecto de la ejecución o de la inexecución de la sentencia y ello con independencia de que hayan intervenido o hubieran podido hacerlo en el proceso principal, habiendo renunciado a ello.

La Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo volvió a pronunciarse a este respecto en el Auto de 22 de junio de 2005, que introduce una relevante matización. Según este Auto, la legitimación para personarse en el proceso principal depende, no sólo del concepto de persona afectada, sino también de la mayor o menor vinculación de quien pretende personarse con el objeto del litigio, de forma tal que debe apreciarse *“si quien ostenta ese interés no se ha visto, a la vez, “afectado” en su situación jurídica propia, individual, por la sentencia que resolvió dicho proceso”*.

Por último y lo que es mucho más discutible, el Auto de 22 de junio equipara la legitimación exigible para interponer el recurso contencioso-administrativo a la legitimación exigible para instar o intervenir en el trámite de ejecución, de modo que quien en su día pudo impugnar el acto administrativo objeto de recurso, con la misma legitimación puede personarse en la ejecución de la sentencia que lo anuló.

La STC 111/2009, de 11 de mayo aborda este tema y señala que “siendo la cuestión que el presente recurso plantea la relativa a la legitimación de un “tercero afectado” para intervenir en la ejecución de una Sentencia recaída en un proceso en el que no fue parte, contemplada desde la perspectiva constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), procede tener presente la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 4/1985, de 18 de enero, 229/2000, de 2 de octubre, 166/2003, de 29 de septiembre, y 153/2006, de 22 de mayo) según la cual el derecho

fundamental a la tutela judicial efectiva impide restringir la legitimación para intervenir en el proceso de ejecución de Sentencias exclusivamente a quienes tuvieran la condición procesal de parte demandante o parte demandada en el proceso principal o en el proceso de declaración concluido por la Sentencia o resolución que se trata de hacer efectiva, como, por lo demás, admiten implícitamente los preceptos legales que exigen que las resoluciones judiciales se notifiquen, no sólo a las partes procesales, sino, también, a las personas a quienes se refieran, puedan deparar perjuicio o puedan verse afectadas (arts. 270 LOPJ y 150 LEC).

En el caso enjuiciado, el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, había señalado que "teniendo en cuenta el alcance de la Sentencia de cuya ejecución se trata y, en particular, de lo expresado en su fundamento de Derecho primero, procede desestimar el recurso de súplica al no haber sido parte el recurrente en súplica en el proceso...."

Concluye la citada sentencia que "una interpretación de la norma legal como la que funda la decisión de inadmisión del Auto impugnado..... es rigorista y supone una clara desproporción entre los fines que preserva y el trascendental interés, consistente en acceder a la jurisdicción, que se sacrifica.

B) ESPECIAL REFERENCIA EN LA MATERIA DE URBANISMO:

La cuestión general de la legitimación para intervenir en el proceso de ejecución de sentencias, alcanza un tratamiento específico en el ámbito urbanístico, dado que se trata, como todos saben, de una materia en la que rige la denominada "acción pública".

Establece la STS de 23 de abril de 2010 que " Siguiendo con la línea argumental iniciada, es pública la acción para exigir la observancia de la legislación urbanística y de los planes, según dispone el artículo 304 del TR de la Ley del Suelo de 1992. La trascendencia de la protección de la legalidad urbanística que ha llevado al legislador a ampliar la legitimación que tal reconocimiento general comporta, en lo que se refiere a su acceso a órganos jurisdiccionales, pues recordemos que tal previsión se extiende no sólo a nuestro orden jurisdiccional, sino también ante los órganos administrativos, debe tener alguna consecuencia en el recurso contencioso administrativo tanto en la fase declarativa como en la ejecución de lo decidido. Y es que tal legitimación conferida para la protección urbanística ha de extenderse y proyectarse también, para ser consecuentes con las razones que avalan tal reconocimiento, a la fase de ejecución en la medida que pretenda que lo acordado en sentencia firme sea cumplido. Las mismas razones, por tanto, que permiten su presencia en el proceso para obtener una resolución judicial sobre el asunto, alcanzan a la ejecución para hacer que efectivamente se verifique lo decidido.

Pues bien, una vez que esta Sala viene reconociendo a las personas afectadas la posibilidad de personarse en la ejecución cuando no han sido parte en el recurso contencioso administrativo (*sentencia de 7 de junio de 2005 citada y dictada en el recurso de casación nº 2492/2003*), y reconocida también la acción pública en nuestro ordenamiento jurídico urbanístico para la protección de la legalidad tanto como legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo (*sentencia de 7 de febrero de 2000 dictada en el recurso de casación nº 5187/1994*), como para personarse en la ejecución (*sentencia de 26 de enero de 2005 dictada en el recurso de casación nº 6867/2001*), resulta forzoso concluir que la asociación recurrente puede personarse en la

ejecución para ejercitar las acciones tendentes únicamente al exacto cumplimiento de la sentencia.”

C) LA LEGITIMACIÓN EN EL INCIDENTE DE NULIDAD DE LOS ACTOS O DISPOSICIONES CONTRARIOS A LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LAS SENTENCIAS

Al objeto de hacer posible el control de legalidad de los actos administrativos dictados en ejecución de sentencia, se regula el incidente contemplado en el artículo 103.4 de la Ley Jurisdiccional, cuando señala que "Serán nulos de pleno derecho los actos o disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento".

Sobre la naturaleza de este incidente, señala la STS de 21 de junio de 2005 que: "el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción, en sus apartados 4 y 5...contempla, pues, un singular supuesto de desviación de poder, en el que el fin perseguido por el acto o disposición no es aquél para el que se otorgó la potestad de dictarlo, sino el de eludir el cumplimiento de la sentencia".

Y, a continuación en la STS de 2 de febrero de 2006 añade que: "Efectivamente, la nueva LRJCA de 1998, tras la regulación de lo que se ha denominado ejecución voluntaria y ejecución forzosa, contiene, en tercer lugar, los supuestos que han sido calificados como de ejecución fraudulenta; esto es, la nueva Ley regula aquellos supuestos en los que la Administración procede formalmente a la ejecución de la sentencia dictada, mediante los pronunciamientos, actos o actuaciones para ello necesarios, pero, sin embargo, el resultado obtenido no conduce justamente a la finalidad establecida por la propia Ley; como consecuencia, lo que ocurre es que con la actuación administrativa, en realidad, no se alcanza a cumplir la sentencia en la forma y términos que en esta se consignan, para conseguir llevarla a puro y debido efecto.”

La mayor dificultad en la aplicación de este precepto se encuentra por tanto, no en el fundamento de la medida, sino en la determinación y acreditación en cada caso de la voluntad administrativa de eludir la ejecución del fallo, lo que no obsta a que también plantee determinados problemas desde la perspectiva de las partes en dicho incidente.

La primera aclaración que conviene realizar es que dicho incidente no puede, en ningún caso, ser promovido de oficio por el Juez o Tribunal. En efecto señala la STS de 10 de mayo de 2007 que “El propio texto legal establece la imposibilidad de que el órgano jurisdiccional de oficio proceda a la iniciación del expresado procedimiento por cuanto en el mismo se requiere que la actuación del expresado órgano se produzca "a instancia de parte", remitiéndose en el mismo precepto a los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109 del mismo texto legal; trámites consistentes, exclusivamente, en la audiencia o traslado de solicitud formulada a las partes por un plazo común que no exceda de veinte días, para que aleguen lo que estime procedente, y la resolución por parte del Juez o Tribunal mediante auto en el plazo de diez días.”

Sentado lo anterior, se plantea el problema de delimitar el concepto utilizado por la Ley de iniciación del incidente “a instancia de parte”. En principio de la propia literalidad del precepto podría extraerse la conclusión de que se está refiriendo a “parte” en sentido

estricto, esto es, a aquellos que han ostentado tal condición en el proceso declarativo, sin embargo no es esa la postura de nuestro Tribunal Supremo.

En efecto, la referida sentencia tras establecer que no es posible su iniciación de oficio, aclara que “El hecho de que este artículo 103.5 se refiera, exclusivamente, a la "parte" para solicitar la nulidad de los actos dictados, con posterioridad a la sentencia, contrarios a los pronunciamientos de la misma, parece que no impediría que tal solicitud pudiera ser formulada por las "personas afectadas", a las que se refiere tanto el artículo 104.2 , para poder instar la ejecución forzosa de la sentencia, como el 109.1 ---al que el 103 se remite (si bien solo en sus apartados 2 y 3)--- que regula la legitimación en el procedimiento incidental por el que habría de discurrir la petición de nulidad.

El tenor literal de la norma impone que el incidente sólo puede iniciarse a “instancia de parte”. Esta expresión, tal y como se deduce del inciso final de la sentencia que acabamos de citar, no puede ser interpretada en sentido estricto, como referida a quiénes fueron partes en el proceso declarativo, sino en el más amplio de la legitimación en el proceso de ejecución, de tal manera, que el incidente podrá ser instado también por las “personas afectadas” a que se refieren los arts 104.2 y 109.1 LJCA. “

D) LA LEGITIMACIÓN PARA INSTAR LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA.

El tercer problema se plantea en el ámbito de la ejecución provisional, momento en el que, a diferencia con lo que ocurre en la ejecución definitiva, el criterio jurisprudencial en materia de legitimación es mucho más limitado.

Esta cuestión es abordada en la reciente sentencia de 14 de enero de 2010, que viene a reiterar la doctrina sentada en la STS de 18 de marzo de 2009 (casación 1104/07), con la sola diferencia de que en aquel caso la Sala de instancia había denegado la ejecución provisional de la sentencia y quien recurría en casación era la parte que había instado dicha ejecución provisional.

La referida sentencia empieza recordando que “La ejecución provisional de las sentencias comporta anteponer su ejecución a la firmeza de la misma, es decir, alterar el orden secuencial lógico que vendría dado por la firmeza de la sentencia primero y tras la misma ejecutar la decisión en sus propios términos, después. Evitando, de este modo, que pudieran producirse situaciones irreversibles que pudieran comprometer la ejecución definitiva.

En atención a la finalidad expuesta, esta alteración del orden en la ejecución -- cumpliendo el fallo de modo anticipado a su firmeza-- se sujeta a una serie de exigencias, que ponen de manifiesto las garantías y prevenciones que han de observarse en esta materia y que se relacionan en el artículo 91 de la LJCA . “

Afirma la sentencia que la ejecución provisional ha de instarse por aquellos legalmente legitimados, esto es, según el artículo 91.2 de la LJCA "las partes favorecidas por la sentencia", por lo que la cuestión, por tanto, se traslada a resolver qué debemos entender por "partes favorecidas por la sentencia".

La expresión de "partes favorecidas" hace referencia a una doble cualidad. De un lado, que forzosamente ha de tratarse de quien ha sido una "parte" en el proceso. Y de otro, que esa parte procesal ha resultado "favorecida", o beneficiada, por lo decidido en la sentencia.

Por "parte" procesal entendemos aquellos que discuten acerca de la conformidad de una pretensión con el ordenamiento jurídico, es decir, los que formulan y frente a los que se formula la pretensión objeto del proceso. Pues bien, si esto es así debemos concluir que la parte ahora recurrente no tiene la cualidad que exige nuestra Ley Jurisdiccional para instar la ejecución provisional, pues no fue parte en el proceso en el que se dicta la sentencia cuya ejecución provisional pretende.

En cuanto al segundo requisito, se señala que “ Baste con señalar que la cualidad de "favorecida", que se predica solo de quién ha sido "parte", excluye a los que han sufrido un perjuicio o menoscabo, para centrarse en los que han experimentado un beneficio o favor del que carecían antes de la sentencia. “

La sentencia analiza y justifica la inaplicación en este caso del art. 72.2 y 104 LJCA, pues su aplicación se encuentra limitada a la ejecución definitiva, pero no a los casos de ejecución provisional.

Según la sentencia, la expresión "personas afectadas" no puede ser asimilada a la de "parte favorecida". Así es, la segunda expresión contenida en el artículo 91.2 de la LJCA alude a una cualidad de la que carece la primera, pues la persona no se identifica con la "parte" que suma a aquella su posición concreta en el proceso. Además, la persona "afectada" o concernida del artículo 72.2 alude a un término neutro que comporta que los efectos de la sentencia le alcanzan, ignorándose en qué sentido le afectan, mientras que el artículo 91.2 de la LJCA es sustancialmente diferente, porque nos pone de relieve el beneficio que experimenta la parte, al indicarnos que ha sido "favorecida" por la sentencia".

VI) LA LEGITIMACIÓN Y LA CONDICIÓN DE PARTE PARA INTERPONER EL RECURSO DE CASACIÓN.-

Otro momento procesal que plantea problemas desde una perspectiva subjetiva es el de la interposición del recurso de casación.

A tenor del Art. 89.3 LJCA, “el recurso de casación podrá interponerse por quienes hayan sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia o resolución recurrida”. Ese precepto ha de completarse con lo dispuesto en el Art. 448.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (que exige que para poder interponer cualquier tipo de recursos es necesario que las resoluciones judiciales “afecten desfavorablemente” a los recurrentes.

Una primera acotación de carácter formal debe servirnos para recordar que si en el escrito preparatorio no se dice nada acerca de la legitimación del recurrente para interponerlo, ello lleva aparejada la denegación de la preparación del recurso, según reiterada doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencia de 12 de junio de 2000). Por el contrario, en el escrito de interposición ya no es necesario reiterar el fundamento de la legitimación.

Sentado lo anterior, la sentencia aborda la cuestión referente a la legitimación para la interposición del recurso en los siguientes términos: “Por tanto, en el nada infrecuente supuesto de que el proceso contencioso-administrativo de instancia se hubiese desarrollado sin haberse emplazado a los titulares de algún derecho o interés afectado por aquel, si éstos tienen conocimiento de la sentencia antes del transcurso del plazo legal para preparar el recurso de casación, podrán formular éste y en él, además, podrán obtener remedio a la indefensión sufrida a través de la invocación del motivo c) del Art. 88.1 LJ. Obviamente, en este especial supuesto, los redactores del escrito de preparación habrán de justificar cumplidamente que debieron ser parte en el proceso y que han sufrido una indefensión real y efectiva(STC 91/2001 de 2 de abril). Pero incluso si el conocimiento de la resolución judicial por los perjudicados que no tuvieron la condición de parte en la instancia se produjese cuando ya hubiese transcurrido el plazo de diez días que el Art. 81.1 LJ concede para preparar el recurso de casación, hay que reconocer a esos perjudicados la posibilidad-siempre, obviamente, que alguna de las partes hubiese impugnado la resolución judicial en casación y evitado su firmeza-de personarse ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo para que esta les conceda, bien el plazo para preparar e interponer el recurso de casación, o bien el plazo para formular oposición al recurso interpuesto, según que esos afectados que no fueron parte en la instancia tengan interés en combatir o en mantener la resolución judicial allí dictada. (STC 192/1997, de 11 de noviembre).”

VII) LOS PROBLEMAS PROCESALES DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DEL ART: 45.2.d) PARA INTERPONER RECURSO LAS PERSONAS JURÍDICAS.

El artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998 dispone que al escrito de interposición se acompañará "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".

Por tanto con la actual regulación de la LJCA, 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.

Debe distinguirse por tanto entre 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 atribuyen tal facultad

El Tribunal Supremo en una importante sentencia de 5 de noviembre de 2008, analiza diversas cuestiones que pueden plantearse en relación con el cumplimiento de este requisito, esencialmente en lo referente a la posibilidad y el momento de su subsanación.

En el caso enjuiciado, interpuesto el recurso contencioso-administrativo por el representante procesal de una sociedad anónima, alegó la Administración demandada en su escrito de contestación a la demanda que "concorre la causa de inadmisibilidad prevista por el artículo 69 b LJCA en relación con el 45.2.d de la misma Ley, toda vez que no consta en autos que la entidad recurrente haya acreditado que el órgano competente según sus propias normas estatutarias, haya adoptado la decisión de iniciar el presente proceso. Por tanto, no constando la concreta voluntad de litigar, no debe tenerse por válidamente constituida la relación procesal en tiempo y forma, por lo que el recurso debe inadmitirse". Y en congruencia con ello, solicitó en la súplica de aquel escrito que el Tribunal dictara sentencia "de inadmisión del presente recurso y subsidiariamente desestimatoria del mismo".

Pese a ello, y pese a reconocer en el escrito en que propuso los medios de prueba que le había sido dado "el oportuno traslado" de aquel escrito de contestación, lo cierto es que la parte actora guardó absoluto silencio en los trámites sucesivos del procedimiento sobre aquella causa de inadmisibilidad alegada.

La Sala de instancia, sin requerir antes a la parte actora para que subsanara aquel defecto, acogió en su sentencia la repetida causa de inadmisibilidad, interponiéndose recurso de casación alegándose, en lo fundamente, la omisión por la Sala del preceptivo requerimiento de subsanación del defecto alegado.

Según el Tribunal Supremo el artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. La primera, 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 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 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.

Se sostiene en conclusión que, en un caso como el enjuiciado, no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación, aclarando que 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 proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el enjuiciado, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente.

Esta conclusión se deduce igualmente de la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre y del Auto 16/2000, de 17 de enero, que afirma que "es reiterada doctrina de este Tribunal Constitucional que no existe lesión del derecho a la

tutela judicial efectiva cuando ésta es debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico e impericia de las partes o de los profesionales que las representan o defienden, sin que las omisiones o falta de diligencia de una de las partes pueda proyectarse, una vez terminado el proceso, en las demás partes intervinientes a quienes también alcanzan -y no solo a la actora- las garantías del art. 24 CE (STC 262/1994, FJ 4, por todas).”

Esta postura de nuestro Tribunal supremo se ve refrendada por la reciente sentencia de 11 de marzo de 2011, que en un supuesto similar, alcanza idéntica conclusión.