

**LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y EL SUPUESTO  
INTERÉS PÚBLICO: LA INADMISIBLE DESIGUALDAD DE ARMAS**

**José Luis Villar Ezcurra**

**Profesor Titular de Dº Administrativo**

**Socio Director de Ariño y Villar, Abogados**

Hace tiempo que me propuse escribir sobre esto pero, por una razón u otra, lo he ido postergando (ya no sé si por pereza o por ese temor reverencial que tiene todo abogado hacia los jueces). Ahora sí; ha llegado el momento de sacar a la luz lo que durante tanto tiempo he sentido y que supongo que comparten muchos compañeros que se dedican, como yo, al ejercicio de la abogacía en el orden contencioso administrativo. Me refiero a esa sensación de comenzar un pleito sabiendo que no sólo hay que tener razón sino muchísima razón y además de forma evidente y sencilla, porque de otro modo, la sentencia desestimatoria es lo que nos espera.

¿Por qué razón las cosas son así cuando nos enfrentamos a las Administraciones públicas? Como es sabido, lo que ahora conocemos como Jurisdicción contencioso administrativa no es sino un continuo vaivén histórico entre los sistemas de Jurisdicción retenida (sistema francés) y los de jurisdicción delegada (inspirados en el modelo anglosajón). Así discurre todo el siglo XIX hasta la Ley Santamaría de Paredes (1888) y la Ley Maura (1904) por la que se creó una nueva sala de lo contencioso administrativo en el Tribunal Supremo. Prácticamente hasta 1956, nuestro sistema contencioso administrativo continuó anclado en la vieja Ley de Santamaría de Paredes, con una serie de reformas parciales muy limitadas en su alcance. Después de la Ley Maura de 1904, las únicas innovaciones dignas de mención fueron las introducidas por el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo el 8 de marzo de 1924, creando un procedimiento especial para las Corporaciones Locales. Por otra parte, la Ley de 1888 fue suspendida en su vigencia como consecuencia de la guerra civil, por la Ley de 27 de agosto de 1938, no siendo reinstaurada hasta 1944 (Ley de 18 de marzo de 1944) aunque de forma parcial y con un excesivo incremento de las zonas de inmunidad al control judicial.

Finalmente, un Texto Refundido de toda la legislación en materia de Jurisdicción Contencioso-administrativa (de 8 de febrero de 1952) puso de manifiesto la necesidad de elaborar un nuevo sistema que quedó definitivamente implantado con la LJCA de 27 de diciembre de 1956 que fue

objeto de numerosas modificaciones posteriores, tanto directas como indirectas.

La actual LJCA es de 1998 (omito ya las múltiples modificaciones puntuales de las que ha sido objeto, entre la que se encuentra la relativa a los recursos de casación) y a los efectos que ahora nos ocupan sigue la misma línea directriz: **el juez de lo contencioso administrativo se configura como un guardián del interés público.** Y ello por cuanto, aun mediando allanamiento de la Administración, el juez o Tribunal puede ordenar continuar el proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 75.2 de la vigente LJCA:

2. Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, **salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oír por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho.**

Aquí es donde se aprecia claramente la función del juez administrativo como guardián del interés público, ya que puede dictar la “sentencia que estime ajustada a Derecho” aun cuando la Administración se haya allanado a las pretensiones del demandante. Viejo resquicio –que aún permanece- del sistema de jurisdicción retenida y que es lo que viene a justificar esa desigualdad de “armas” entre las partes en los litigios contencioso administrativos, al menos desde una perspectiva histórica y teórica. Pero el mundo de nuestros días, nuestra sociedad y nuestras Administraciones públicas son algo muy diferente a lo que eran hace tan solo unas décadas.

No nos engañemos; avanzamos hacia modelos de Estado que nada tienen que ver ni con el proteccionismo ni con la vieja equiparación del Fisco con el menor de edad (que es donde tienen su raíz todos los privilegios de la Administración).<sup>1</sup> Venimos de épocas y contextos en donde el Estado era el motor de la economía –directamente o a través de sus muchos tentáculos- motivo por el cual era necesario dotarle de una protección especial frente a los simples particulares. Y ello, porque se suponía que el Estado (léase, las Administraciones públicas) siempre perseguían finalidades de interés público, frente al interés meramente privado –sinónimo de “egoísmo”- que guiaba la

---

<sup>1</sup> Es conocido el brocardo “Fisco et minori pari passu ambulari et aequali privilegio potere” que tiene su raíz en los postglosadores y en el Derecho Eclesiástico (de donde el Derecho Administrativo toma prestadas muchas de sus categorías).

actuación de los particulares. Esto sigue siendo así en términos generales puesto que las Administraciones públicas se encuentran sometidas al principio de legalidad en todas sus actuaciones, pero de ahí no se sigue, necesariamente, que deban tener ante los Tribunales de Justicia un trato privilegiado frente al particular.

Hay casos flagrantes de injusticia manifiesta cuando, por ejemplo, los jueces de lo contencioso administrativo se enfrentan a demandas con pretensiones de cierta relevancia económica y en donde a pesar de contar con pericial judicial favorable, son desestimadas en su integridad. Una desestimación que, las más de las veces se reconduce a un simple párrafo en donde se expresa que la pericial no ha convencido al Juez (y punto final). Hay también multitud de casos en donde, frente a una argumentación consistente, el juez reconduce la cuestión hacia un mero “dubio” sabiendo que con ello la razón será para la Administración (“in dubio pro Administración”). En todos estos casos –y bastantes más- no tiene lugar una correcta defensa del interés público y lo que trasluce es el temor del juez a condenar a la Administración sin parar mientes en el grave daño que se causa a un particular (persona física o jurídica) que acude reclamando una “tutela judicial efectiva”.

Para ser claros, los administrativistas sabemos bien que la buena jurisprudencia y las construcciones doctrinales brillantes se encuentran casi siempre en sentencias relativas a demandas de escasa cuantía económica en donde el juez se siente intuitivamente más libre para juzgar con auténtica imparcialidad. Aquí si se respeta el derecho a una tutela judicial efectiva y el principio de igualdad de armas procesales, pero es porque el juez –posiblemente de forma intuitiva- se plantea la cuestión de forma completamente diferente y opuesta. Un simple particular frente a todo el aparato de la Administración con sus servicios jurídicos, que se asemeja al combate entre David y Goliat, y en donde el juez (con buen criterio) tiende a defender a la parte más débil o, al menos, a no aplicarle con rigor los privilegios procesales de los que goza la Administración.

También sabemos los administrativistas que la mejor jurisprudencia (desde un punto de vista estrictamente técnico) se encuentra en las SSTS dictadas en la década de los años ochenta y noventa en donde no existía un apabullante número de recursos y los jueces y Tribunales disponían de tiempo para meditar bien el contenido y construcción de las sentencias que dictaban. Poco que ver con la “aceleración” que se va produciendo a partir del año 2000 en asuntos

litigiosos que corre casi paralela a esa otra “aceleración” en la producción de normas cada vez más numerosas y con muy escaso rigor técnico.

Normas apresuradas parecen atraer pronunciamientos judiciales también apresurados, y por eso mismo con escasa a nula fundamentación jurídica, salvo el manido recurso de dar la razón por sistema a la Administración. Esto último se ha convertido, por desgracia en la tabla de salvación de muchos jueces y Tribunales ante la falta de tiempo para impartir justicia en aplicación de normas y especialidades muy diversas que difícilmente puede abarcar una sola persona. Esa es la otra cara de la moneda; la ausencia de medios personales y materiales de nuestra Justicia, lo cual se hace especialmente patente en la Jurisdicción contencioso administrativa.

Pero volviendo al punto de origen que motiva este artículo, en la sociedad actual (con Administraciones que cuentan con buenos servicios jurídicos) no resulta necesario dar esa ventaja de salida a la Administración, entre otros motivos porque no siempre su posición se encuentra legitimada por la consecución de un auténtico interés público. Me explico.

Lo que las normas denominan de forma genérica “interés público” es una pura entelequia cuando no una pura petición de principio, porque tiende a identificarse con cualquier fin que persiga ese sujeto especial al que denominamos “Administración pública”. Consiguientemente, sea cual sea el comportamiento real de una Administración ante una reclamación concreta de un particular, lo que haga esa Administración siempre será considerado como de “interés público”. Inadmisibles tautología porque si así fuese no haría falta nunca enjuiciar los actos o conductas de cualquier Administración, ya que todos ellos se encontrarían justificados por el “interés público”.<sup>2</sup>

Dicho lo anterior, resulta evidente que ha de darse un contenido específico al concepto y expresión de “interés público”, lo cual requiere aludir a la **finalidad específica que debe perseguir una Administración pública ante cada posible supuesto**. Eso es lo que podría ser denominado como “interés público específico o implicado” que no es otra cosa que la finalidad concreta que debe perseguir la Administración en cada tipo de actuación que realice. Así, en el ámbito de la contratación, la finalidad concreta a la que ha de atenerse su conducta no es –como así se está entendiendo- gastar lo menos posible, sino

---

<sup>2</sup> Esto último podría dar lugar a resurgimiento de los denominados “actos políticos” e incluso a la inmunidad total de la Administración, lo cual es, evidentemente, inadmisibles.

que la obra o servicio que contrate se realice de forma eficaz para los ciudadanos.

Gastar lo menos posible ni siquiera es ya una finalidad de la contratación pública en fase de licitación porque el viejo sistema de subasta no resulta primordial a estos efectos. También cuenta la solvencia técnica o económica de las empresas o, incluso con la nueva Ley, su compromiso con las políticas sociales (tema sobre el cual ya me he pronunciado en otras ocasiones).<sup>3</sup> Y desde luego, una vez adjudicado el contrato lo que cuenta como “interés público específico” es, como se ha dicho, la correcta ejecución de la obra o prestación del servicio; no el ahorro de la Administración.

Con la afirmación anterior, quisiera llevar al convencimiento de nuestros jueces algo muy sencillo como es que hacen un flaco servicio a la comunidad (o sea, al conjunto de ciudadanos) defendiendo puros intereses económicos de las Administraciones públicas, cuando esos intereses no forman parte de la finalidad específica que debe presidir su actuación concreta. Y ruego, por favor, que nadie se rasgue las vestiduras ante lo que acabo de decir porque es algo que está en la naturaleza de las cosas desde hace mucho tiempo. Me remito a una conocida cita de G. DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ:<sup>4</sup>

“Lo que se persigue con estos contratos es satisfacer de la mejor manera posible el interés público; **se trata, ante todo, de construir la obra pública que demanda el interés general, de prestar el servicio público en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está llamado a cubrir, de facilitar a la Administración las cosas muebles que ha menester.** Si para conseguir estos fines, implícitos en el contrato y connaturales al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación es obligada. La inalterabilidad del fin impone o puede imponer la alteración parcial o, mejor aún, la adaptación de objeto. El contrato es Ley entre las partes, pero junto a *lex contractu* hay otras leyes que exigen primariamente la satisfacción del interés general. La armonización necesaria de ambas leyes obliga a buscar el equilibrio contractual en un punto diferente, Ese equilibrio, esa proporcionalidad o *aequalitas* de las prestaciones respectivas de las partes, que es consustancial a la idea misma del contrato, existe también en los contratos administrativos y se mantiene siempre a lo largo de su ejecución, cualquiera que sea la incidencia que en el desarrollo de los mismos puedan tener los poderes que se reconocen en la Administración contratante. Las alteraciones o adaptaciones que el interés público exige introducir en las obras, servicio o suministro contratados tienen en todo caso su contrapartida en un deber legal de respetar la llamada “ecuación financiera” del contrato. **Mutabilidad del objeto y mantenimiento de**

<sup>3</sup> En diversos comentarios sobre post en materia de contratación he sostenido que la contratación administrativa no es el marco adecuado para la implantación de políticas sociales que tienen su encuadre en otros ámbitos de actividad de las Administraciones públicas. Mantengo aquí ese criterio lo cual no implica, en absoluto, que esté en contra de las políticas sociales sino de no confundir churras con merinas por puros motivos de oportunismo político.

<sup>4</sup> Vid. «Curso de Derecho Administrativo» Ed. Civitas. Madrid 1997, pg 721.

**la equivalencia económica de las prestaciones** son, pues, los dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa. No hay, por lo tanto, exorbitancias a ultranza, sino unas bases distintas de equilibrio contractual. Todo lo demás no son sino poderes administrativos generales, no nacidos del contrato (y tampoco derogables por él), aunque incidentes sobre el mismo”.

Por consiguiente, quede claro que la finalidad del contrato administrativo no reside en el mayor ahorro, en términos económicos, de la Administración sino en que el objeto del contrato se realice de la mejor forma posible. No tiene por qué existir finalidad de interés público específico (es un simple ejemplo) por el mero hecho de que la Administración se niegue a abonar los perjuicios dimanantes de una suspensión del contrato por causa no imputable al contratista. La negativa a abonar los perjuicios derivados de la suspensión no tienen su amparo en ninguna clase de interés público y por tanto semejante negativa debe ser enjuiciada por el juez respetando el principio de “igualdad de armas” sin tomar como presupuesto de partida que la Administración tiene razón.

Sucede, no obstante, que sobre la posición de las partes en el proceso contencioso administrativo inciden dos cuestiones que vuelven a desequilibrar la balanza en beneficio de la Administración. Se trata de la carga de la prueba que recae sobre el demandante (posición que normalmente corresponde al particular) y de la presunción de legalidad que tiene todo acto administrativo. Sobre lo primero poco cabe decir puesto que es algo común en todas las jurisdicciones pero sí deben hacerse algunas precisiones sobre lo segundo. La presunción de legalidad (actualmente reconocida en el artículo 39.1 de la Ley 309/2015) viene a significar lo mismo que la carga de la prueba en definitivas cuentas. Recae sobre el particular demandante la carga procesal de probar que lo que impugna es inválido y que tiene derecho a lo que reclama (tanto en cuanto a los conceptos como en cuanto a la cantidad si es el caso). Nada diferente, por tanto, a lo que impone como carga procesal la posición de demandante porque la única consecuencia que se sigue de la presunción (iuris tantum) que implica la presunción de legalidad es que recae sobre el particular la necesidad de destruir esa presunción.

Llegados a este punto, es donde se aprecia un sesgo “pro Administración” que entiendo incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (ex artículo 24 de la CE), porque la argumentación y la prueba que se exige al particular suele exceder, con mucho, los límites de lo razonable, y a veces, de lo posible. Es pertinente traer aquí a colación el **principio de igualdad de**

**armas** que tiene su origen en la jurisprudencia del TEDH (Cf. SSTEDH 19 de diciembre de 1990, as. Delta [TEDH 1990, 30] , 26 de abril de 1991, as. Asch [TEDH 1991, 29] , y 26 de marzo de 1996, as. Doorson [TEDH 1996, 20] entre otras muchas). Por su parte, la STC de 24/07/1995 [RTC 1995\125] afirma que la **«necesidad de que ambas partes concurren al proceso en régimen de igualdad, con igualdad de armas y medios procesales y con posibilidad de contradicción, constituye una garantía que integra el propio artículo 24 CE»**.<sup>5</sup>

Al reconducir el principio de igualdad de armas al derecho a la tutela judicial efectiva, el TC está dando un giro copernicano, a la forma en que deben ser entendidos los privilegios de la Administración en sede judicial. Unos privilegios que, en modo alguno pueden discriminar al particular en beneficio de la Administración, so capa de vulnerar ese derecho fundamental, con lo cual lo que podría resultar espurio es el mantenimiento de la posición del juez de lo contencioso administrativo como guardián de la legalidad (ex artículo 75.2 de la vigente LJCA). Entiendo que no es así y que lo que se reconoce en ese precepto es compatible con la igualdad de armas y la tutela judicial efectiva porque estas dos cuestiones no remiten tanto a las facultades que pueda tener el juez como al tratamiento que le de a las partes en el proceso. Esto es, igualdad de trámites y medios de prueba, como se pone de manifiesto, entre otras en la STS de 18 marzo 2003 [RJ 2003\3330]:

Y procede rechazar tal motivo de casación, pues no se aprecia ninguna de las infracciones que sobre el principio de igualdad de armas , de defensa y de aportación de pruebas que el recurrente aduce. Pues en respuesta a las alegaciones vertidas en los puntos 1º y 2º del apartado A), se ha de significar, que dada la naturaleza del proceso Contencioso-Administrativo, el Tribunal había de valorar, como hizo tanto las

---

<sup>5</sup> Las primeras sentencias del TEDH en las que se trae a colación el principio de "igualdad de armas" son (según mis datos), las de los casos Casos Neumeister contra Austria; Sentencia de 27 junio 1968. [TEDH 1968\2] y la del caso Delcourt contra Bélgica; Sentencia de 17 enero 1970. [TEDH 1970\1]. En la primera de estas sentencias se decía que "El Tribunal se inclina a reconocer que ese hecho se opone al principio de la " igualdad de armas" que, según ha declarado con razón la Comisión en varios informes y resoluciones, está incluido en el concepto de proceso equitativo mencionado en el artículo 6-1 [del convenio]". En la segunda que "tanto la Comisión como el Gobierno han hecho expresa y principal mención al principio denominado como de " igualdad de armas ". El Tribunal, no obstante, examinará el problema a la luz del contenido total del párrafo 1 del artículo 6. El principio de igualdad de armas no agota el contenido de dicho párrafo, no constituye sino un aspecto del concepto más amplio de un juicio justo ante un Tribunal independiente e imparcial (vid. Sentencia Neumeister de 27 junio 1968 [ TEDH 1968, 2] , apartado 22 de los fundamentos)".

alegaciones y la prueba practicada en el proceso, como los antecedentes, datos e informes del expediente administrativo, y no hay que olvidar, que en el caso de autos el recurrente solicitó el recibimiento a prueba y que el Tribunal aceptó y practicó la prueba solicitada por el recurrente, sin que por tanto se pueda aceptar que se ha vulnerado el principio de igualdad de armas , ni de defensa ni el de aportación de pruebas, pues el recurrente en el proceso, ha tenido a su disposición todos los medios de prueba que el ordenamiento permite, y si a partir de tales presupuestos el Tribunal le da prioridad a las conclusiones de la Administración por estimar que son más concretas y seguras, no se puede por ello entender que se le concede ningún privilegio, pues se le otorga la prioridad no por ser Administración y sí por la naturaleza y contenido de sus informes, y en respuesta a las alegaciones relativas al punto 3º del apartado A), que las diligencias para mejor proveer no constituyen un derecho de las partes, y el Tribunal puede acordarlas pero no está a ello obligado, sentencias de 22 de febrero de 1994 ( RJ 1994, 954) , 16 de septiembre de 1995 ( RJ 1995, 6852) , 13 de octubre de 1999 ( RJ 1999, 8850) y 18 de noviembre de 2002 ( RJ 2003, 396) , y por tanto, cuando se practicó la prueba solicitada a instancia del recurrente, la Sala de Instancia había de resolver la cuestión valorando la tesis y los informes de la Administración junto con la tesis y prueba practicada a instancia del recurrente y si esta prueba no había desvirtuado las conclusiones de la Administración podía mantener la tesis de la **Administración, como hizo, otra cosa será el que esa valoración sea o no ajustada a derecho, pero ello se ha de valorar al amparo del motivo previsto en el núm. 4 del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, y dentro de los límites que permite el ordenamiento y la jurisprudencia, ya que es el Tribunal de Instancia, el que tiene potestad para valorar la prueba, sentencias de 14 de abril de 1994, 23 de noviembre de 1999 y 16 de abril de 2002 ( RJ 2002, 7005) , y esa valoración no se puede alterar, más que cuando se alegue y acredite una vulneración de las normas que rigen la prueba, o la valoración sea arbitraria, errónea, sentencias de 12 de noviembre de 1993, 26 de enero de 2000 ( RJ 2000, 577) , 12 de noviembre de 2001 y 12 de noviembre de 2002.**

No obstante, y frente a lo dicho (respeto del principio de igualdad de armas) resulta que el porcentaje de sentencias desestimatorias en la jurisdicción contencioso administrativa es abrumador y sigue evolucionando de forma creciente en el mismo sentido. ¿Cuál es entonces el motivo real de este resultado? El problema debe ser reconducido, a mi juicio, no exclusivamente a consideraciones de índole estrictamente jurídica (como las expuestas) sino a factores de naturaleza práctica, ya mencionados anteriormente.

Y es que la ingente cantidad de normas (de contenido impreciso y deficiente las más de las veces) hacen que el juez de lo contencioso administrativo huya cada vez más de los argumentos abigarrados que se exponen en muchas demandas, así como de unas pruebas periciales tremendamente complejas. Dicho más claramente, las demandas al uso “espantan” a los jueces que



prefieren acogerse a la concreción de los escritos de los defensores de la Administración, en donde se suele apuntar preferentemente a los posibles defectos procesales o de contenido sencillo (el acto consentido es un argumento muy recurrente).

Por tanto, el abogado de nuestros días tiene que tomar conciencia muy clara de la realidad de las cosas y de que los jueces de lo contencioso administrativo –al tener una carga enorme de trabajo- no van a dedicar mucho tiempo a leer y tratar de entender largos y complejos escritos. Si el defensor de la Administración encuentra un solo motivo formal para que se desestime o inadmita la demanda se agarrará a él como tabla de salvación y así lo reflejará el juez en la sentencia.

La enseñanza que se extrae de todo esto (que salta a la vista de cualquier abogado especializado en esta jurisdicción) es que debe emplear mucho más tiempo del normal para que una vez expuestos los argumentos se simplifiquen y acorten al máximo para facilitar su lectura. Solo así (y aun así tampoco muchas veces) puede tener el abogado la esperanza de que su recurso sea estimado al menos parcialmente.

Magro consuelo ante una realidad que no va a dejar de ser tal, por mucho que sea criticada y por mucho que también tengan su tanto de culpa los propios jueces al no ser conscientes del daño que puede llegar a causar una sentencia mal razonada o una prueba indebidamente valorada. Eso sí, ruego que tengan en cuenta -por si cabía duda al respecto o temor reverencial- que ante una sentencia condenatoria para la Administración, entiendan que lejos de causar lesión alguna a los intereses públicos, se está fomentando el mejor funcionamiento de la misma y la utilización correcta de sus recursos económicos. Al contrario, dar la razón por sistema a la Administración hace que sus propios vicios de funcionamiento no sean subsanados en perjuicio del verdadero interés público que es el de todos los ciudadanos.

Pido perdón de antemano por el desorden en el que han sido expuestas unas ideas que, como dije al comienzo, me han rondado por la cabeza desde hace ya años y ya tenía enormes ganas de soltarlas, advirtiendo a los jueces que a pesar de mis críticas tengo enorme respeto por ellos y entiendo muy bien la situación en la que se encuentran. A ellos, además, van dedicadas estas reflexiones porque de ellos depende que la “igualdad de armas” y la tutela judicial sea realmente efectiva.

Tengo en cuenta que hasta el “caos” está sujeto a unas reglas y patrones como son los “atractores del caos” pero, en el caso que ahora comentamos (sentencias desestimatorias en lo contencioso administrativo), vaya usted a saber dónde se encuentra ese “atractor” (lo intuyo pero me lo guardo para mí)

**José Luis Villar Ezcurra**