

LA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA APORTACION DE NUEVOS MOTIVOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Por

A. HUERGO LORA
Doctor en Derecho
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Introducción. La aportación de nuevos motivos.—2. La aportación de nuevos motivos en la jurisprudencia.—3. Problemas relacionados con la aportación de nuevos motivos: el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos y la reformatio in pejus.—4. La irrelevancia de la falta de motivación y la consiguiente lesión de un interés del particular tutelado por el legislador.—5. Posibles soluciones y una propuesta: la condena en costas a la Administración, a pesar de la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

1. INTRODUCCIÓN. LA APORTACIÓN DE NUEVOS MOTIVOS

Como es sabido, la Administración tiene el deber de motivar algunos de sus actos, es decir, debe indicar, además de su parte dispositiva (o contenido del acto en sentido estricto), una «sucinta referencia» de sus fundamentos fácticos y jurídicos (art. 54 LAP). En los demás casos, las resoluciones contendrán únicamente la decisión adoptada (art. 89.3 LAP). Cuando la motivación sea obligada y se omita o sea excesivamente genérica, el acto estará afectado por un vicio formal que, si se dan los requisitos del artículo 63.2 LAP, producirá su anulabilidad. Este es el conflicto más frecuente a que da lugar la motivación: el recurrente alega que el acto no está motivado, y lo que se discute es si el acto debía estarlo, si la motivación es suficiente y, en su caso, si el vicio tiene eficacia invalidante. Las alegaciones relativas a la motivación, en cuanto elemento formal, se examinan con carácter previo al fondo del asunto.

La paradoja que se analiza en este trabajo (que no ha sido objeto de un estudio específico en nuestro Derecho, aunque ha llamado la atención de la doctrina de diversos países) es la que se da cuando un acto está motivado y además su contenido es conforme a Derecho, pero sus auténticos fundamentos, es decir, aquellos a partir de los cuales se puede llegar a la conclusión de que es un acto materialmente correcto, no son los indicados en la motivación, sino que o bien han sido aportados por la Administración o por un codemanda-

do o coadyuvante en el escrito de contestación a la demanda (o, irregularmente, en la fase de conclusiones), o bien los ha suscitado el Tribunal haciendo uso de la facultad que le conceden los artículos 43.2 y 79.2 LJ. En este caso se plantean dos alternativas igualmente problemáticas: o desestimar el recurso y dejar sin sanción un error en la motivación del acto, o bien anular un acto cuyo contenido se sabe que es legal, y otorgar así una victoria pírrica al demandante, puesto que la Administración puede (y, en determinados casos, debe) volver a dictar el acto, con el mismo contenido, una vez subsanado el vicio formal.

El problema planteado es de gran interés práctico, puesto que de su solución depende la eficacia de la motivación, a la que se reconoce una importante función de garantía y tutela de los particulares. La jurisprudencia no ha dado hasta ahora una respuesta clara, y sus soluciones son escasamente predecibles. Parece claro que si para cumplir el mandato legal de motivación de un acto administrativo bastase con indicar cualquier fundamento del mismo, aunque sea erróneo y la legalidad o ilegalidad dependa de otra razón, la motivación quedaría convertida en una formalidad inútil.

Por otro lado, la relevancia teórica del problema no es menor, pues está en relación directa con dos instituciones centrales del Derecho administrativo. En primer lugar, permite poner a prueba la teoría de la eficacia invalidante de los vicios de forma, que intenta siempre dar solución al conflicto planteado entre asegurar la eficacia de los requisitos formales de los actos (sancionando su incumplimiento) y evitar la anulación por motivos formales de actos materialmente correctos.

En segundo lugar, la admisión o no de la aportación de nuevos motivos depende de la concepción del contencioso-administrativo, de su objeto y de las pretensiones admisibles, que esté vigente en un ordenamiento determinado. Si la finalidad del contencioso es la revisión del acto impugnado, es decir, llevar a cabo un «proceso» a ese acto, los vicios formales tendrán gran importancia y podrán dar lugar a su anulación. El hecho de que la Administración pueda volver a dictar un acto idéntico al anulado, siempre que no vuelva a cometer el mismo vicio formal, o bien aparecerá como una simple consecuencia no deseada de la aplicación del sistema, o se intentará atajar mediante la introducción de normas específicas, de origen legal (art. 63.2 LAP) o jurisprudencial (la doctrina francesa de los motivos inoperantes o de la sustitución de motivos, que se estudiarán más adelante). En cambio, si el objeto del contencioso son las pretensiones materiales formuladas por las partes, de modo que el acto impugnado es sólo un presupuesto de la apertura del proceso, entonces la

anulación de ese acto tendrá una importancia exclusivamente instrumental, ya que la finalidad a que debe tender el proceso va más allá, y consiste en determinar si las pretensiones formuladas por las partes están fundadas. Desde este punto de vista, una sentencia que anule el acto, como consecuencia de la motivación o de otro vicio de forma, sin plantearse si su contenido se ajusta a Derecho, es una sentencia insatisfactoria, puesto que el demandante tendrá que esperar a que la Administración dicte un segundo (o tercer) acto, libre de vicios formales, para que los Tribunales examinen su contenido y, a través de éste, si está fundada su pretensión a que la Administración dicte un determinado acto o le conceda una prestación concreta (1).

2. LA APORTACIÓN DE NUEVOS MOTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA

Para conocer la solución que da la jurisprudencia a los supuestos en los que los motivos relevantes de un acto administrativo (es decir, los motivos por los que el acto es, al menos en cuanto a su contenido, conforme a Derecho) no son los que aparecen en su motivación, sino otros alegados por las partes a lo largo del proceso, no basta con atender a las sentencias que resuelven procesos en que se haya dado esa situación, sino que también hay que tener en cuenta algunas afirmaciones generales sobre la motivación de los actos administrativos.

La jurisprudencia viene sosteniendo reiteradamente que la falta de motivación produce indefensión en la medida en que impugnar un acto sin conocer sus fundamentos es recurrir «a ciegas», es decir, tener que argumentar contra motivos hipotéticos, en la suposición de que la Administración se haya querido apoyar en ellos al dictar el acto (2). Es importante destacar que esa tesis se afirma tanto en el caso de actos discrecionales como de actos reglados (3). En el caso

(1) Vid. WOEHRLING, «Vers la fin du recours pour excès de pouvoir?», en *L'Etat de Droit. Mélanges Braibant*, Dalloz, París, 1995, págs. 777 y ss. y 786.

(2) Como dice la sentencia de 6 de octubre de 1996 (Ar. 7393), ante una sanción cuyo importe no había sido motivado, «se ha impedido al administrado la posibilidad de argumentar oponiéndose a los criterios seguidos para tal valoración, sumiéndole en la más completa indefensión al ignorar las bases estimativas que han podido imperar en la apreciación del valor en venta y del beneficio económico obtenido». La misma doctrina aparece en sentencias como las de 4 de marzo de 1983 (Ar. 1238), 28 de enero de 1985 (Ar. 884), 18 de abril de 1990 (Ar. 3600), 13 de febrero de 1992 (Ar. 2828).

(3) Un ejemplo de estos últimos aparece en la sentencia de 7 de febrero de 1996 (Ar. 900), que anuló la denegación de una licencia porque su única motivación era la referencia a un artículo de las normas urbanísticas. Aunque todas las posibles causas de la denegación (contenidas en ese artículo) eran regladas, y por tanto el particular y el Tribunal podían discutir su concurrencia a pesar de la falta de motivación, el Tribunal anuló el acto porque, al no indicarse una causa concreta, se obligaba al particular a refutar todas y cada una de ellas, dificultando el control judicial.

de los actos discrecionales, es obvio que la falta de motivación hace imposible el control judicial del contenido del acto, pues dada la naturaleza discrecional de los juicios en que se apoya el acto, lo único que puede hacer el Tribunal es revisar su coherencia y racionalidad, lo que requiere que estén expresados (en la motivación). Pero lo relevante es que la jurisprudencia considera que la falta de motivación o una motivación excesivamente genérica dificultan el control del acto de forma inadmisibles, incluso si éste sólo contiene elementos reglados y tanto el recurrente como el Tribunal podrían, aplicando las normas correspondientes, verificar si se dan todos los presupuestos necesarios para que pueda ser dictado. Si el incumplimiento del deber legal de motivación constituye un obstáculo inadmisibles al control judicial del acto, ha de entenderse que una motivación errónea o inadecuada produce el mismo efecto. La falta de motivación priva al recurrente del apoyo que supone conocer los motivos del acto y saber, en consecuencia, dónde hay que centrar el ataque al mismo. La motivación inadecuada es aún más perjudicial, puesto que desorienta al destinatario del acto, haciéndole creer que el acto tiene unos fundamentos determinados y condicionando de este modo su decisión de impugnarlo o aquietarse, mientras que luego, una vez iniciado el proceso, se ponen de manifiesto otros motivos.

Por otra parte, hay casos en que el Tribunal Supremo afirma que la motivación del acto impugnado es correcta *porque indica los auténticos fundamentos del acto*, es decir, aquellos argumentos sobre los que va a versar el debate procesal sobre su validez (4). Podría deducirse *a contrario* que una motivación que no indicase los verdaderos fundamentos del acto, sino otros erróneos, no sería una motivación correcta y constituiría una vulneración del artículo 54 LAP.

En cuanto a las sentencias en las que se plantea expresamente el problema de si es posible tener en cuenta, para decidir si el acto impugnado es conforme a Derecho, argumentos no incluidos en la motivación (dando por supuesto, claro está, que se trata de actos que la Administración está obligada a motivar), se trata de una jurisprudencia indecisa. No sólo la conclusión alcanzada varía de unos casos a otros (a veces se tienen en cuenta esos nuevos motivos y a veces

(4) Es el caso de las sentencias de 25 de abril de 1996 (Ar. 3305), 27 de octubre de 1995 (Ar. 7360) y dos de 18 de enero de 1996 (Ar. 330 y 332), todas ellas referidas a denegaciones de inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas: «la corrección o incorrección de la motivación de los actos administrativos no está en relación con su volumen o con el tamaño de los argumentos empleados, sino en relación con la adecuación de los argumentos utilizados y de los hechos discutidos». La motivación de los actos impugnados se refiere a lo que «es en esencia el fondo del pleito y debe considerarse como motivación suficiente del acto administrativo». Menos claras, aunque en la misma línea, las de 31 de octubre de 1995 (Ar. 8545) y 23 de enero de 1995 (Ar. 551).

no), sino que también lo hacen los argumentos utilizados. Así, la sentencia de 2 de febrero de 1995 (Ar. 1090) rechaza la invocación de nuevos motivos, ya que los argumentos alegados por el Abogado del Estado, «en todo caso, para ser tenidos en consideración, deberían haber sido recogidos por la Administración en la resolución objeto de recurso» (5).

En muchas otras ocasiones, sin embargo, el Tribunal Supremo acepta examinar determinados argumentos en defensa de la validez del acto, a pesar de no haber sido indicados en la motivación. A veces (como ocurre en la sentencia de 25 de abril de 1989, Ar. 3231), el pretexto que permite al Tribunal tener en cuenta los nuevos argumentos sin desdecirse de la jurisprudencia que sostiene que el desconocimiento de los motivos del acto impugnado ocasiona indefensión al recurrente es el hecho de que los nuevos argumentos, aun no figurando en la motivación, ya le eran conocidos al demandante, al haber sido utilizados en el procedimiento administrativo.

En otros casos, la jurisprudencia prescinde de esta posible justificación y simplemente pasa a examinar si el contenido del acto es conforme a Derecho o no, desestimando la petición del demandante de que no se tengan en cuenta los argumentos no incluidos en la motivación del acto impugnado (6). Las sentencias invocan normalmente el principio de economía procesal y, por tanto, de prioridad de los pronunciamientos sobre el fondo frente a la anulación por motivos formales.

Aunque pueda parecer que esta doctrina opera siempre *contra civem*, al dejar sin sanción el incumplimiento del deber de motivar y frustrar las expectativas del recurrente de obtener la anulación de un acto cuya motivación se apoya sólo en argumentos insuficientes o

(5) En el mismo sentido se manifestó ya la sentencia de 2 de noviembre de 1983 (Ar. 5401): «CDO.: Que la decisión de la sentencia apelada de anular los actos administrativos denegatorios de la colegiación del demandante viene justificada en una correcta valoración de los hechos no desvirtuada por las alegaciones formuladas en esta segunda instancia, pues en autos aparece acreditado de manera clara e incuestionable que dicho demandante cumple el requisito de vinculación con la profesión en los términos en que viene exigido por el artículo 32 del D. 271/75, de 13 de febrero, cuya carencia constituye el fundamento sustantivo único de la denegación recurrida y ello hace que quiebre por su base la motivación de la misma, sin que ésta pueda tratar de rehabilitarse trayendo al proceso argumentos nuevos extraídos del Reglamento de 4 de diciembre de 1969, pues el tema delimitado por el contenido del acto administrativo se redujo a determinar si el demandante reunía o no las condiciones de colegiación señaladas en el Decreto anteriormente citado.»

(6) Son muy claras en este sentido las sentencias de 25 de junio de 1976 (Ar. 2758), 3 de abril de 1990 (Ar. 3576), 21 de noviembre de 1990 (Ar. 9280), 14 de marzo de 1991 (Ar. 2390), 18 de julio de 1992 (Ar. 5686), así como la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de enero de 1993 (publicada en la colección «Tribunales de Asturias», editada por el Colegio de Abogados de Oviedo, vol. II, núm. 284).

erróneos, lo cierto es que, en muchas ocasiones, la admisión de nuevos argumentos favorece al particular. Ello sucede cuando los nuevos argumentos son tan insuficientes o erróneos como los indicados en la motivación, y el Tribunal anula el acto tras rechazar todos los argumentos presentados por la Administración (y los eventuales codemandados o coadyuvantes). Si el Tribunal se negase a examinar los nuevos argumentos, y anulara el acto ante la insuficiencia de los fundamentos indicados en la motivación, dejaría abierta la vía a la Administración para que dictase de nuevo el acto, apoyado en los motivos no examinados por el Tribunal, lo que obligaría al particular, si quiere obtener la anulación del acto, a iniciar un nuevo proceso. En cambio, la anulación del acto tras examinar todos sus posibles motivos impide que vuelva a ser dictado, en aplicación del principio de cosa juzgada (7).

El principio de economía procesal es, pues, una de las justificaciones que los Tribunales invocan para tener en cuenta, al examinar la validez del acto impugnado, argumentos no incluidos en la motivación. En otras ocasiones, o el Tribunal no se plantea en absoluto que esa admisión perjudica al recurrente (y por tanto no cree necesario justificarla) (8), o bien se limita a recordar que, si el recurrente conoce los motivos del acto, aunque sea en la contestación a la demanda, puede oponerse a ellos y por tanto se desvanece cualquier

(7) De hecho, cuando los Tribunales admiten el examen de nuevos argumentos no incluidos en la motivación, lo hacen con frecuencia en beneficio del recurrente, es decir, en aquellos casos en que también los nuevos motivos son erróneos y el contenido del acto es ilegal a pesar de ellos. Así sucede, v. gr., en las sentencias de 21 de noviembre de 1990 (Ar. 9280), 11 de marzo de 1991 (Ar. 2383), 14 de marzo de 1991 (Ar. 2390) o en la ya citada del TSJ de Asturias de 11 de enero de 1993. Sin embargo, los argumentos utilizados justificarían también la admisión de nuevos motivos en perjuicio del recurrente, es decir, la admisión que lleva a declarar la validez del acto a pesar de su motivación errónea. Tampoco cabe detectar una «política jurisprudencial» que lleve a los Tribunales a reservar estos argumentos para los supuestos en que los nuevos argumentos también son insuficientes y, por tanto, su admisión opera en beneficio del recurrente. Los Tribunales también aplican la admisión de nuevos motivos en beneficio de la Administración demandada, de lo que son muestra las sentencias de 25 de junio de 1979 (Ar. 2758), 25 de abril de 1989 (Ar. 3231), 3 de abril de 1990 (Ar. 3576) y 18 de julio de 1992 (Ar. 5686).

(8) Un buen ejemplo de esta inhibición de los Tribunales lo constituye la sentencia de 18 de julio de 1992 (Ar. 5686), que desestimó un recurso de revisión interpuesto contra una sentencia del TSJ de Castilla y León, al amparo del antiguo artículo 102.1.g) LJ (incongruencia). En el pleito inicial se había impugnado una resolución administrativa por la que se declaraba excedente a un funcionario en un puesto de trabajo, por ocupar simultáneamente otro con el que resultaba incompatible. La resolución se limitaba a remitir, por toda motivación, a la legislación de incompatibilidades. El funcionario afectado recurrió la resolución administrativa por considerar que los dos puestos eran compatibles entre sí. La Administración indicó en la contestación (pero no en la motivación del acto) que el funcionario debía haber solicitado la declaración de compatibilidad de ambos puestos. La sentencia del TSJ desestimó el recurso del particular, aceptando los nuevos motivos, y el Supremo concluyó simplemente que la sentencia no era incongruente por pronunciarse sobre esos motivos, al haber sido introducidos por una de las partes. Otro ejemplo en la sentencia de 11 de marzo de 1991 (Ar. 2383).

posible indefensión ocasionada por lo erróneo o insuficiente de la motivación (9).

Más interés tienen las sentencias que se apoyan, para justificar la admisión de nuevos motivos, en la delimitación del objeto del proceso contencioso-administrativo, viniendo a sostener que, si la pretensión formulada es la anulación de un acto administrativo determinado, es pertinente el examen de cualquier argumento que pueda justificar la producción de dicho acto, sin que pueda omitirse el examen de ningún argumento por el hecho de no estar incluido en la motivación (10). El argumento es especialmente interesante porque las sentencias que excluyen el examen de nuevos motivos alegados en sede judicial por los representantes de la Administración, lo hacen también aludiendo al objeto del proceso y a su carácter revisor, es decir, a que viene delimitado por el acto impugnado, tal como fue dictado por la Administración.

(9) Como argumenta con toda claridad la sentencia de 25 de junio de 1979 (Ar. 2758).

(10) Destaca, en este sentido, la sentencia del TSJ de Asturias de 11 de enero de 1993, ya citada. La Administración había denegado la concesión de una beca por no concurrir en el solicitante los requisitos económicos. El representante de la Administración se dio cuenta de que esta motivación era incorrecta, ya que el solicitante sí cumplía los requisitos económicos, y basó la contestación a la demanda en la falta de los requisitos académicos. El Tribunal acepta tener en cuenta esta alegación (en lugar de anular el acto por no ser cierto el fundamento indicado en la motivación), ya que «los nuevos argumentos esgrimidos para fundamentar la desestimación *no desbordan la naturaleza revisora* de esta jurisdicción, pues esos nuevos razonamientos traídos por la Administración a esta vía jurisdiccional *están dentro del marco de la misma pretensión final denegatoria básica*, y supone un criterio argumental paralelo, y como razona la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991 no está vedado a las partes invocar nuevos motivos o alegaciones para fundamentar el recurso o la oposición, que el Tribunal puede a su vez, introducir en la discusión y luego considerar en la sentencia pues el carácter revisor de la jurisdicción exige simplemente la existencia previa de un acto administrativo y no impide, por lo tanto, que la demanda y la contestación se apoyen en argumentos no alegados en el procedimiento administrativo, en cuanto los preceptos citados (68 y 43.1 de la LJCA) permiten proponer cuantos motivos procedan, aunque no se hubieran expuesto en la vía previa, *siempre que la pretensión final y básica no se altere en su última esencia y tenga por objeto el acto impugnado*, y si como razona el Abogado del Estado no se produce indefensión al tener la recurrente oportunidad de combatir, como lo hizo en la presente litis, tales argumentos, se ha de concluir en la posibilidad de analizar tales argumentos que ahora se concretan en si la actora cumple o no los requisitos de naturaleza académica exigidos legalmente». Conviene observar que la sentencia justifica expresamente la admisión a examen de argumentos no alegados por la Administración en vía administrativa, pero no se detiene a verificar si su razonamiento es igualmente válido respecto a actos que deban ser obligatoriamente motivados. Podría suceder que, en estos casos, para que no se produzca indefensión no basta que el recurrente conozca los motivos del acto en algún momento (aunque sea a través de la contestación a la demanda y no antes), sino que el legislador ha impuesto que los motivos se conozcan antes, precisamente en la motivación del acto.

3. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA APORTACIÓN DE NUEVOS MOTIVOS: EL PRINCIPIO DE IRREVOCABILIDAD DE LOS ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS Y LA *REFORMATIO IN PEJUS*

En los supuestos analizados en el epígrafe anterior, la Administración deniega una solicitud por falta de uno de los requisitos legalmente previstos, y no se pronuncia sobre los demás requisitos. Es en vía judicial cuando su representante procesal alega que el requisito indicado en la motivación probablemente se cumple (por lo que la motivación es errónea), pero que al solicitante (y recurrente) le falta alguno de los demás requisitos, y por ello el acto denegatorio es materialmente correcto y, por tanto, válido a pesar del vicio formal en la motivación (11). Pero, en ocasiones, cuando la Administración motiva el acto denegatorio alegando la falta de uno de los requisitos de lo solicitado por el particular, está afirmando, expresa o tácitamente, que sí concurren los demás requisitos (12). Si después, en vía judicial, la Administración demandada quisiese invocar un nuevo motivo para defender la denegación (tal vez al constatar que el fundamento alegado en la motivación es insuficiente o erróneo), estaría revisando una declaración favorable al particular contenida en un acto administrativo (la declaración de que los demás requisitos de lo solicitado por el particular, los requisitos distintos del indicado en la motivación, sí se cumplen), y la revisión de actos declarativos de derechos sólo puede llevarse a cabo a través de los cauces previstos en la LAP (revisión de oficio o recurso contencioso-administrativo previa declaración de lesividad), entre los que no se encuentra la contestación a un recurso contencioso-administrativo dirigido por un particular contra ese acto.

Este supuesto se ha planteado recientemente en la sentencia de la

(11) Aunque el caso más claro es el de la denegación de solicitudes, el funcionamiento es el mismo cuando la Administración dirige a un particular un acto de gravamen (acto que se puede apoyar en una pluralidad de fundamentos), indica uno de ellos en la motivación y, después, al contestar a la demanda formulada por el destinatario del acto, alega que el verdadero motivo del acto es otro de sus posibles fundamentos.

(12) Así sucede, v. gr., cuando se publica la lista definitiva de las puntuaciones obtenidas por los distintos aspirantes al ingreso en un cuerpo de funcionarios o a ocupar un puesto de trabajo. El contenido de la resolución no es simplemente el «sí» o el «no» que recibe cada aspirante (junto con el orden en que quedan colocados, en su caso, los distintos aspirantes que logran el ingreso). También forman parte del contenido de la resolución los distintos sumandos o valoraciones parciales (de los méritos académicos, de las pruebas realizadas, de la eventual entrevista, etc.), cuya suma da lugar a la resolución final. Cuando la Administración coloca a un aspirante entre los excluidos, en virtud, v. gr., de una baja valoración de sus méritos académicos, está reconociéndole también una determinada puntuación (la que aparece en esa lista definitiva) en los demás méritos, pruebas practicadas, entrevista, etc.

Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 1997. Impugnada por uno de los aspirantes al ingreso en un cuerpo de funcionarios la lista definitiva de puntuaciones, con base en la incorrecta valoración que en dicha lista se hacía de uno de sus méritos, la Administración admitió ese error pero pretendió que el mismo no invalidaba el resultado denegatorio, ya que la lista contenía también otro error, esta vez de signo contrario, en la valoración de otro de los méritos del demandante (la «experiencia docente previa»). A lo que la sentencia responde que:

«En relación con los tres actos recurridos, (...) en ninguno de ellos se hizo referencia a la improcedencia de la puntuación otorgada por “experiencia docente previa”, sino que, al contrario, en la baremación hecha por la correspondiente Comisión consta su valoración con 1,5, al igual que en la lista definitiva de puntuaciones obtenidas, por tanto, en sede jurisdiccional, sin perjuicio de las posibilidades de revisión de sus actos que tiene la Administración (arts. 102 y siguientes de la Ley 30/1992), no cabe cuestionar dicha puntuación de la que no disiente la recurrente, pues, de admitir lo contrario equivaldría, sin duda, no sólo a la aceptación de una *reformatio in peius* contra la actora, pues este Tribunal modificaría una puntuación otorgada por la Administración y no cuestionada en este proceso, sino que, además, extendería su competencia revisora a extremos distintos de los delimitados por la pretensión en clara incongruencia, por exceso, con la misma, sin que la Administración hubiera rectificado, previamente, la puntuación de que se trata en los términos y por los procedimientos establecidos en la Ley y, además, con los efectos y consecuencias derivables de la correspondiente revisión del acto administrativo. Así, pues, procede estimar el recurso, sin perjuicio que, de estimarse viable y procedente, pueda revisarse por la Administración, en el adecuado procedimiento, la puntuación de la recurrente correspondiente al apartado 1.1 del baremo aplicable [que es el relativo a la “experiencia docente previa”]» (13).

(13) Conviene señalar que la sentencia no concede a la demandante una simple «anulación por vicios formales», sino que le reconoce «el derecho a su inclusión en la lista definitiva de aspirantes que superaron las pruebas selectivas y a ser nombrada funcionaria de carrera con la correspondiente antigüedad y demás efectos implícitos a dicho nombramiento».

Con independencia de las valoraciones o comentarios que puedan suscitar algunos de los razonamientos que se hacen en la sentencia (en particular en lo que se refiere a la pretensión procesal o al carácter revisor) (14), lo cierto es que delimita con toda claridad un tipo de asuntos que, aunque se parecen a la aportación de nuevos

miento», derecho que será efectivo mientras la Administración no proceda a la revisión de oficio de la puntuación otorgada.

(14) Si examinamos la sentencia desde el punto de vista de las pretensiones procesales y del objeto del contencioso-administrativo (lo que excede del ámbito de este comentario), comprobamos que la misma pone de manifiesto los inconvenientes que resultan de mezclar principios tan incompatibles como el carácter revisor del contencioso, la delimitación de su objeto por referencia a las pretensiones formuladas por el recurrente y la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos. Así, por un lado, se parte de una noción subjetiva del contencioso-administrativo para delimitar el objeto del proceso, es decir, para justificar que el proceso no abarca todo el acto impugnado (como sucedería si el contencioso fuese un proceso al acto), sino que se limita a aquellos aspectos del acto a los que se refiere la pretensión formulada por el demandante, que sólo impugna el acto en cuanto concede poca puntuación a algunos de sus méritos. Sin embargo, a la hora de determinar cuál es la función del juez, se vuelve al sistema objetivo («este Tribunal [...] extendería su competencia revisora...»), ya que el Tribunal se limita a verificar si el contenido del acto es conforme a Derecho (más concretamente, aquella parte del acto que es objeto de revisión judicial), y no entra a determinar si el demandante tiene realmente derecho a ingresar en un cuerpo de funcionarios, que sería el centro del proceso en un contencioso verdaderamente subjetivo. Si el Tribunal no se plantease revisar la legalidad del acto impugnado, sino verificar si el demandante tiene el derecho subjetivo que invoca, sólo podría reconocer ese derecho si se dieran todos sus elementos, y por lo tanto tendría que admitir también la excepción opuesta por la Administración (la falta de uno de los requisitos, incorrectamente valorado en la resolución administrativa). Las dudas y vacilaciones que se producen sobre el carácter objetivo (revisor) o subjetivo de nuestro sistema de justicia administrativa operan normalmente en perjuicio de los recurrentes, pero en este caso ocurre lo contrario. Parece ilógico utilizar el principio subjetivo para delimitar el objeto del proceso y, a renglón seguido, volver al carácter revisor para utilizar como un escudo el acto impugnado y eludir un debate sobre derechos, es decir, sobre si el demandante reúne todos los requisitos que le permiten adquirir el derecho subjetivo a ingresar en un cuerpo de funcionarios.

Lo anterior pone de manifiesto las incoherencias que resultan cuando la concepción subjetiva del contencioso-administrativo comienza a ser aplicada sistemáticamente a un régimen que, como el nuestro, fue concebido partiendo de la concepción objetiva o revisora. Así, como el sistema parte de que el objeto del proceso es el acto impugnado (aunque, nominalmente, el objeto sean las pretensiones deducidas en relación con los actos recurridos), en el momento en que, por el juego de las pretensiones formuladas, el objeto no se corresponde con la totalidad de dicho acto, como sucede en este caso, comienzan a producirse resultados chocantes o imprevistos. Mientras que el demandante (y los codemandados) puede introducir pretensiones y delimitar el objeto del proceso de una u otra forma alrededor del acto impugnado, la Administración demandada no puede hacerlo. Paradójicamente, el proceso contencioso pasa de ser incapaz de tutelar los intereses privados (como sucedía en su etapa puramente revisora) a servir sólo para tutelar esos intereses, como sucede si la Administración no puede introducir pretensiones propias, al impedirle el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos o la interdicción de la *reformatio in pejus*. Si el proceso sirve para la tutela de pretensiones subjetivas, ¿no es razonable que las puedan formular ambas partes, como en el proceso civil, y que la Administración demandada pueda reconvenir, al menos dentro de los límites del acto impugnado? Por otra parte, si el principio de irrevocabilidad debía actuar como límite de la potestad de revisión de oficio, por las menores garantías de ésta frente a la alternativa del control judicial de los actos administrativos, ¿no es ilógico que este principio actúe para impedir que los Tribunales conozcan de pretensiones de la Administración contra sus propios actos, y sirva para forzar a la Administración a ejercer su potestad de revisión de oficio, lo que desembocará al final, normalmente, en un nuevo proceso?

motivos durante el proceso contencioso-administrativo, plantean otros problemas, derivados de que la Administración, al motivar el acto impugnado, ha afirmado la concurrencia de algunos de los requisitos de lo solicitado por el particular, y no puede después desdeñarse de esta afirmación, para mantener su resolución denegatoria cuando se da cuenta de que los motivos inicialmente alegados eran erróneos. Como se ha dicho al principio, la resolución impugnada no consiste simplemente en un «no» a la solicitud del particular, sino que contiene determinadas declaraciones favorables a éste (valoraciones positivas de sus méritos o constataciones de que cumple ciertos requisitos), que se basan en valoraciones directas de la realidad y, por tanto, no están condicionadas lógicamente al mantenimiento de las declaraciones o valoraciones negativas que también se contienen en la resolución (las que justifican, según la motivación, la denegación de lo solicitado por el particular). Por tanto, la eventual refutación en sede judicial de los argumentos invocados por la Administración para denegar la petición del particular, no permite a la Administración poner en discusión de nuevo todas las cuestiones debatidas en el procedimiento, sino que dará lugar a un nuevo acto administrativo, cuyo contenido, en aquellos aspectos que no hayan sido recurridos por el particular y la Administración no haya revisado a través de los mecanismos previstos en los artículos 102 y siguientes de la LAP, será necesariamente el del acto impugnado.

Lo que ya no resultará tan fácil determinar, y habrá que resolver caso por caso, es cuándo la Administración, al dictar un acto y apoyarlo en determinados motivos, está afirmando también que, si no fuera por esos motivos concretos, tendría que resolver de acuerdo con lo solicitado por el particular, porque se dan los demás requisitos necesarios para que sea estimada su petición. Cuando la resolución impugnada se basa en una valoración expresa de todos los elementos determinantes de la resolución final, como sucedía en el supuesto resuelto por la sentencia del TSJ de Valencia, la respuesta es claramente afirmativa, pero también debe serlo en otros casos en los que la Administración simplemente indica ciertos fundamentos en la motivación, pero hay que deducir de la naturaleza del procedimiento o de otras circunstancias que dicha alegación tiene efecto preclusivo e impide invocar nuevos motivos en fases posteriores (15).

(15) Para decidir esta cuestión habrá que tener en cuenta la regulación de cada procedimiento. Se trata de ver si dicha regulación permitía a la Administración desechar el examen de una solicitud, una vez constatado el incumplimiento de un requisito, o bien era obligatorio el examen de todos los requisitos. Sólo en el primer caso la refutación en sede judicial del argumento utilizado por la Administración para justificar su denegación dará paso al examen de nuevos argumentos o a la anulación del acto y a la apertura de un nue-

4. LA IRRELEVANCIA DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN Y LA CONSIGUIENTE LESIÓN DE UN INTERÉS DEL PARTICULAR TUTELADO POR EL LEGISLADOR

Cuando la jurisprudencia, de acuerdo con el criterio dominante, acepta tener en cuenta, a la hora de verificar la legalidad material del acto impugnado, argumentos no incluidos en la motivación, está dejando sin sanción el incumplimiento del artículo 54 LAP. Lo decisivo para determinar la invalidez de un acto es que éste tenga fundamentos fácticos y jurídicos suficientes. Si un acto está adecuadamente justificado, no será anulado, aunque la Administración estuviera obligada a motivarlo y, sin embargo, lo haya hecho incorrectamente, aportando los verdaderos motivos del acto durante el proceso contencioso-administrativo (16). Ello no debería sorprender, ya que es la

vo procedimiento. En los demás, seguirán vigentes los demás elementos de la resolución impugnada, y puede que los mismos sean suficientes (como en el caso resuelto por la sentencia del TSJ de Valencia) para reconocer al demandante el derecho a que sea estimada su solicitud.

(16) En este sentido, la sentencia de 2 de noviembre de 1990 (Ar. 8682): «el cumplimiento insuficiente o el incumplimiento, en el plano formal, del deber de motivar la discrepancia con el precedente que impone el artículo 43.1.c) LPA puede constituir una mera irregularidad no invalidante, mientras que la existencia de dicha motivación formal no es, por sí misma, suficiente para determinar la legitimidad del cambio de criterio operado. El Tribunal contencioso-administrativo debe examinar materialmente la justificación del cambio de criterio, extrayendo los supuestos que puedan integrar esta justificación no sólo de la motivación del acto impugnado, sino también de los elementos que resulten del expediente administrativo o de la prueba practicada».

Se cumple así la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1995 (7.ª ed.), vol. I, pág. 622, quienes afirman que «como regla general, el vicio de forma no es sino una presunción de ilegalidad del acto a que afecta, presunción que sólo puede prevalecer cuando no sea posible probar la corrección sustancial del acto». PARADA defiende la misma tesis: «La trascendencia de la falta de motivación no debe ser la invalidez del acto. La falta de motivación es un vicio de forma, y como tal, sólo debe provocar aquélla cuando su ausencia encubra realmente la propia falta de causa del acto correspondiente o la concurrencia de otra causa ilegítima no desvelada» (*Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 234).

Esta es cabalmente la concepción dominante en Italia sobre la motivación, derivada de su inclusión entre las llamadas «figuras sintomáticas del exceso de poder» (entendido éste, como es sabido, como vicio del acto y no como un tipo de recurso, como ocurre en Francia). Vid. AZZENA, «Validità ed invalidità degli atti amministrativi», in MAZZAROLLI y otros (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 1993, vol. II, págs. 1247-1267, en particular págs. 1258 y 1263-1265. La postura inicial de la jurisprudencia consistía en verificar la legalidad del acto impugnado sobre la base *exclusivamente* de los fundamentos incluidos en la motivación del acto. De ahí que, con toda normalidad, se anulasen por falta o insuficiencia de motivación actos materialmente correctos, con la consecuencia de que la Administración los volvía a dictar, correctamente motivados. Así se refleja en el comentario jurisprudencial de NIGRO, *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione*, «Foro italiano», vol. LXXXI (1958), parte III, cols. 38 y ss. En la voz «Motivazione dell'atto amministrativo» de la *Enciclopedia del diritto* [vol. XXVII (1977), págs. 257 y ss.], a cargo de GIANNINI, ya se da cuenta de una nueva postura de la jurisprudencia (págs. 265-266), atenta a la fundamentación del acto, es decir, a que esté adecuadamente fundado desde el punto de vista jurídico, con independencia de si

propia Ley que establece el deber de motivación, la LAP, la que, en su artículo 63.2, prevé que los vicios de forma, es decir, los incumplimientos de las normas que establecen los requisitos formales de los actos, queden sin sanción o, al menos, no den lugar a la anulación del acto (17).

Sin embargo, lo característico de los vicios formales de los actos administrativos es que sólo dejan de tener eficacia invalidante cuando, a pesar del vicio, se haya cumplido la función del trámite formal de que se trate. El ejemplo típico es el del trámite de audiencia, cuya omisión no produce la anulación del acto (salvo, tal vez, en ciertos procedimientos como el sancionador) cuando, a pesar de esa omisión, se haya cumplido la función del trámite, al haber tenido el particular distintas ocasiones de manifestar a la Administración su punto de vista sobre el acto que se estaba tramitando. De ahí que se haya sostenido que, cuando el vicio de forma no impide al Tribunal comprobar que el contenido del acto es conforme con el ordenamiento

esos fundamentos aparecen indicados o no en la motivación. La misma idea aparece confirmada por la reciente decisión del Tribunal Administrativo de Sicilia de 20 de abril de 1993, comentada, bajo el título *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, por ZITO, en «Diritto processuale amministrativo», XII (1994), págs. 577 y ss. El autor de este comentario pone de relieve el cambio que puede suponer para esta línea jurisprudencial (no consolidada) el hecho de que la nueva Ley de Procedimiento (la Ley 241/1990, de 7 de agosto) haya impuesto a la Administración el deber de motivar la práctica totalidad de sus actos (art. 3).

(17) La aplicación a la motivación del régimen de los requisitos formales de los actos administrativos, y de sus correspondientes vicios, es constante en la jurisprudencia. FERNANDO PABLO, en su monografía *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, reacciona en múltiples ocasiones contra la tendencia doctrinal y jurisprudencial a ver en la motivación un *simple* elemento formal del acto administrativo. Esa concepción sería un obstáculo para que la motivación cumpla todas las funciones que la Ley y la Constitución (arts. 9.3 y 24) le asignan. Sin embargo, su argumentación no me parece motivo suficiente para abandonar la tesis que configura la motivación como un elemento formal, puesto que esa argumentación supone, básicamente, llamar motivación a la «fundamentación» del acto, reduciendo lo que conocemos como motivación a una sola de las posibles vertientes de la motivación en sentido amplio. Así se pone de manifiesto en la pág. 187, al decirse que «en la medida en que la Administración está obligada a justificar expresamente el ejercicio del poder público que traduce el acto, estará obligada a acompañar un discurso justificativo de la decisión (esto es, de la adopción de la misma y de su contenido) siempre que, sin él, la decisión aparezca como arbitraria. Por tanto, siempre que la decisión y el contenido no resulten especificados totalmente por el ordenamiento (pues en tal caso será el propio ordenamiento el que justifique la decisión), la Administración debe presentar sus decisiones *ad extra* acompañadas de la expresión del criterio racional de la decisión que explica su contenido. Tal discurso justificativo puede estar más o menos próximo a uno u otro polo estructural del acto administrativo como acto jurídico, sin que pueda negarse que, en ocasiones, la motivación *forme parte de la declaración misma*, transformándose en un elemento *de fondo* de determinados actos administrativos, o que resulte exigible que la declaración se acompañe de aquella justificación expresa, constituyendo entonces un requisito *de forma sustancial* del acto. Pero es posible, también, que tal justificación ofrecida por el autor quede relegada bien a una cuestión *de simple forma*, es decir, de expresión de datos justificadores del procedimiento previo, bien a *simple* objeto de un derecho de información *a posteriori* sobre los fundamentos de una decisión».

jurídico, no debe dar lugar tampoco a la anulación del acto (18). Pues bien: este cumplimiento de la finalidad del trámite formal, que convierte al vicio de forma en irregularidad no invalidante, no se produce nunca en el caso de la motivación. Y ello porque una de las finalidades principales del deber legal de motivar los actos administrativos es asegurar que el particular conozca, al recibir la notificación del acto, los fundamentos del mismo, de modo que, al decidir aquietarse o interponer un recurso, lo haga con pleno conocimiento de los obstáculos que debe superar para lograr la anulación del acto, es decir, de los motivos que debe refutar para lograr ese objetivo (19).

(18) Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, cit., vol. I, pág. 619, «el procedimiento administrativo y la vía de recurso ofrecen al particular oportunidades continuas de defenderse y de hacer valer sus puntos de vista, lo cual contribuye a reducir progresivamente la inicial trascendencia de un vicio de forma o de una infracción procedimental». Por tanto (pág. 620), «el vicio de forma puede ser objeto (...) de una reducción progresiva. La indefensión que, según la Ley, determina su trascendencia invalidante puede serlo también, hasta el punto de llegar a desaparecer en muchos casos».

(19) Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 109-110, la motivación tiene la «finalidad puramente instrumental de indicar al destinatario de la decisión las razones en que ésta se apoya a los efectos de que pueda adoptar ante ella la postura que entienda más conveniente y, en su caso, impugnarla si la considera contraria a Derecho». Vid. también FERNANDO PABLO, *La motivación*, cit., pág. 38, que habla de recurso «a ciegas», cuando se impugna un acto presunto desestimatorio que, por su contenido, hubiera debido ser motivado. En la pág. 123 (nota 153), insistiendo de nuevo sobre la falta de motivación de los actos presuntos (siempre que se trate de actos incluidos en alguna de las categorías del art. 54 LAP), dice que «deja en muy poca cosa, por ejemplo, garantías como la presunción de inocencia». La explicación es clara: cuando una resolución sancionadora no es motivada, su destinatario debe probar, para impugnarla, que no puede encontrar apoyo jurídico alguno, es decir, debe probar su inocencia, mientras que, ante una resolución motivada, se limitará a refutar las acusaciones formuladas por la Administración. Sin pretender ser exhaustivo, conviene remitir también a la pág. 160 del libro, donde se sostiene: «La motivación expresa de la resolución administrativa se presenta, para esta jurisprudencia [se refiere a la interpretación del TC y del TJCE del derecho a la tutela judicial], como una de las condiciones de efectividad del derecho a la protección jurisdiccional, con fundamento en la necesidad de que el interesado, con pleno conocimiento de causa, decida sobre aquietarse o recurrir jurisdiccionalmente un acto que afecta a sus derechos.» Es muy claro, también, GARCÍA-TREVIJANO FOS al decir, a propósito de la motivación *facultativa* (si bien lo que dice se puede aplicar también a la motivación obligatoria, sin otra variación que la de que su relevancia se deriva de la Ley y no de la voluntad de la Administración), lo siguiente: «A mi juicio, la motivación facultativa, de existir, tiene el trascendental papel de ampliar el margen de control del acto: una desviación de la motivación lo transformaría en ilegal por la razón de que la Administración habría fabricado su propio modelo de actuación y lo habría infringido» (*Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 148).

Esta misma idea es subrayada también por autores alemanes, como SCHENKE, en *Das Nachschieben von Gründen im Rahmen der Anfechtungsklage*, «Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht», 7 (1988), págs. 1 y ss. y 6: «Si bien se mira, la alegación tardía de los motivos [*Nachschieben von Gründen*] comporta siempre una restricción del derecho de defensa del recurrente. Por un lado, el interesado pierde la posibilidad de conocer, ya en una fase inicial del procedimiento, los motivos que justifican realmente la resolución de la Administración. (...) Los derechos de defensa del interesado sufren una restricción también por lo que se refiere al procedimiento judicial. No le es posible conocer de antemano el fundamento con el que la Administración va a intentar sostener el acto. En este sentido, la impugnación del acto [*Anfechtungsklage*] pierde eficacia, ya que el recurrente debe contar

Que ésa es una de las finalidades más importantes de la motivación ha sido reconocido en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia. La STC 53/1986, de 5 de mayo, relativa a la impugnación de una resolución administrativa por la que se establecían los servicios mínimos ante una convocatoria de huelga, afirma, respecto a la alegación de los motivos del acto durante el proceso contencioso:

«La eventual justificación *ex post* no libera a la autoridad competente de su obligación de motivar adecuadamente el acto *desde el momento en que éste se realiza*, lo que requiere que en esa motivación figuren los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos, y en qué nivel se fijan, de forma tal que se cumpla el fin esencial de facilitar a los interesados el conocimiento de las razones por las que se limita su derecho, y permitir, asimismo, la posterior fiscalización, en su caso, de la legitimidad del acto mismo por los Tribunales de Justicia» (20).

Ello obedece, tal vez, a que, para garantizar la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, se compensa la especial dificultad que, en determinados supuestos, alcanza la impugnación de los actos administrativos, alterando la carga de la prueba en dicha

con que, en ciertos casos, se va a encontrar con motivos nuevos durante el proceso judicial, motivos que (al contrario que los alegados durante el procedimiento administrativo) sí pueden justificar jurídicamente el acto. De ese modo, se hace considerablemente más difícil evaluar las posibilidades y riesgos de la impugnación antes de decidir su interposición.» En el mismo sentido, RUPP, *Nachschieben von Gründen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, C. F. Müller, Heidelberg, 1987, págs. 55-57.

(20) En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es clara la sentencia de 31 de octubre de 1995 (Ar. 8545), para la cual deben considerarse «suficientemente motivados, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, aquellos actos apoyados en razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la toma de decisión, es decir, la *ratio decidendi* determinante del acto, sirviendo así adecuadamente de instrumento necesario para acreditar su conformidad al ordenamiento jurídico-administrativo aplicable y para facilitar a las partes la propia convicción sobre su corrección o incorrección jurídica, a efectos de los posibles recursos tanto administrativos como jurisdiccionales». La sentencia de 2 de diciembre de 1983 (Ar. 6331) sostiene que «como la sentencia de 23 de junio de 1983 (Ar. 3641) explica, la motivación del acto constituye la garantía establecida por la Ley de Procedimiento Administrativo para que los interesados puedan conocer, valorar y contradecir, en su caso, con plenitud de conocimiento y del respaldo jurídico que lo fundamenta el acuerdo que de algún modo le[s] resulte adverso». En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 1992 («La Ley», 1992-4, pág. 767, ref. 14925-R): «La motivación de un acto administrativo cumple un triple fin: es un deber de cortesía y seriedad —en un Estado de Derecho los poderes públicos deben dar razón de por qué actúan de una forma y no de otra—, facilita el control jurisdiccional y, por último, permite atacar el acto por las bases en las que se funda.»

impugnación. Esa especial dificultad es muy clara en algunas ocasiones, en las que se dictan actos administrativos capaces de encontrar apoyo en múltiples fundamentos jurídicos, cada uno de los cuales puede asegurar la validez del acto. Ello ocurre, o bien cuando las normas establecen un conjunto de causas de modo que la concurrencia de una cualquiera de ellas justifique el dictado del acto (así en los casos de resolución de un contrato, revocación de una subvención, denegación de una beca o de su renovación, etc.), o bien cuando el acto se dicta en ejercicio de una potestad de contenido amplio, de modo que, siempre que se dé una causa cuya concurrencia queda determinada al juicio discrecional de la Administración, ésta puede dictar actos de contenido muy variado. En todos estos casos, sería imposible o muy difícil al particular afectado por el acto probar que dicho acto *no puede* ser válido por no concurrir ninguno de sus posibles fundamentos. Además, con frecuencia esos fundamentos o causas posibles del acto son heterogéneos, habiendo en ellos requisitos formales de fácil prueba, requisitos materiales claramente reglados, conceptos jurídicos indeterminados y otros de tipo discrecional. Lo normal será que el particular decida aquietarse o recurrir en función de los motivos alegados por la Administración, y que decida aquietarse si carece de indicación alguna al respecto, de modo que haya de refutar todos y cada uno de los posibles fundamentos del acto (21). La idea fue subrayada ya en la temprana STC 26/1981, de 17 de julio, relativa también a la motivación de las resoluciones administrativas de fijación de servicios mínimos en caso de huelga:

«Para concluir nuestro análisis, hay que resolver aún una última cuestión, que es establecer a quién compete o sobre quién pesa, en un caso como el presente, la carga de la prueba. Este problema se plantea así: ¿es la representación del Gobierno quien tiene que demostrar que los actos de restricción de derechos constitucionales tuvieron plena justificación o, al revés, son los im-

(21) Puede ser útil el ejemplo de una beca, cuya obtención está condicionada a múltiples requisitos: presentación de la documentación en plazo, cumplimiento de requisitos de edad y nivel de estudios exigido, valoración del proyecto presentado (en concurrencia con los demás solicitantes) e incluso un juicio discrecional (si, por ejemplo, uno de los criterios contemplados es la mayor relevancia del tema propuesto por el solicitante para el interés regional o sectorial del organismo que concede la beca). Las dificultades de prueba de los distintos requisitos son muy diferentes, y es claro que el particular recurrirá más fácilmente una denegación basada en que se ha presentado la solicitud fuera de plazo (cuando puede probar sin dificultades que ello no es cierto) que otra basada en el escaso interés del proyecto para los fines del organismo convocante. La motivación es decisiva para que el particular pueda decidir la interposición del recurso con un conocimiento adecuado de sus posibilidades de éxito.

pugnantes de tales actos y por ello demandantes de amparo quienes tienen que demostrar la falta de justificación de los actos del poder? Aun cuando una mimética aplicación de las reglas generales sobre distribución del *onus probandi* (*actore non probante reus est absolvendus*) parecería inclinar el ánimo en favor de la tesis de que el demandante del amparo, en cuanto actor, tiene que probar lo injustificado de la lesión de su derecho, como hecho constitutivo de su propia demanda, un examen más atento nos debe llevar a la conclusión contraria, esto es, a la idea de que cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, dado que el supuesto que se produce es modificativo o extintivo de tales derechos, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación.»

Si los fundamentos del acto no son indicados en la motivación, sino a lo largo del proceso, la función de la motivación no se cumple, puesto que el particular habrá tenido que decidir si impugna o no el acto, así como (si los motivos tampoco figuran en el expediente) el contenido del escrito de demanda, sin conocer los fundamentos del acto, y por lo tanto habrá tenido que intentar probar que el acto no puede tener ningún fundamento jurídico, en lugar de atacar los concretos motivos invocados por la Administración, que es lo que la Ley quiere al establecer el deber de motivación (para asegurar, como se ha visto, la efectividad de un derecho fundamental).

En principio, el hecho de que los fundamentos del acto no se indiquen en la motivación, sino que sean aportados por la Administración a lo largo del proceso, no excluye lo que el TC ha llamado «inversión de la carga de la prueba», es decir, que sea la Administración la que deba mostrar los argumentos que justifican la legalidad del acto, de modo que al particular le baste refutarlos, sin necesidad de oponerse cautelarmente a cualquiera de los posibles fundamentos de la resolución administrativa. Si los fundamentos no indicados en la motivación figuran en el expediente, el recurrente los tendrá a su vista en el momento de redactar el escrito de demanda. Si dichos argumentos son aportados por la Administración en la contestación a la demanda (situación frecuente, dada la separación entre los órganos activos y los servicios jurídicos encargados del contencioso), el recurrente podrá oponerse a esos argumentos en el acto de la vista o en

el escrito de conclusiones (22). Por último, si es el Tribunal el que propone de oficio un argumento que puede fundamentar el acto y evitar su anulación, la Ley le obliga a conceder a las partes un plazo para efectuar alegaciones sobre el mismo (arts. 43.2 y 79.2 LJ).

De lo que la aportación tardía priva al recurrente en todo caso es de la posibilidad de valorar, al decidir si se aquieta o impugna el acto, cuáles son los fundamentos de éste y, en consecuencia, las dificultades y perspectivas de éxito de su recurso. La legislación de procedimiento pretende positivamente tutelar ese interés (que, por otro lado, es un instrumento para la efectividad de un derecho fundamental), como demuestra el hecho de que se exija *motivar* el acto, es decir, dar a conocer su fundamentación en el momento en que se dicta y notifica, y no sólo indicar esa fundamentación en el proceso contencioso-administrativo. Si lo único que pretendiese el legislador al establecer el deber de motivar fuese permitir el control de legalidad de los actos administrativos (para lo cual es necesario, en algunos casos, como se ha visto, que la Administración indique sus motivos), habría bastado con exigir que esos motivos constasen en el expediente, o con habilitar al Tribunal para exigir a la Administración una información en tal sentido (23). Sin embargo, lo que se impone a la Administración es algo bien distinto: indicar los motivos del acto en el propio texto de éste, de modo que el particular afectado por el mismo los conozca desde el momento de la notificación.

(22) A no ser que el pleito se tramite por un procedimiento especial que, como el de personal (arts. 113-117 LJ), no tiene fase de conclusiones. En estos casos, si los fundamentos del acto no se indican en la motivación, el recurrente va a argumentar «a ciegas» en todo momento, dirigiéndose contra todos los argumentos que la Administración hubiese podido invocar para dictarlo, en lugar de limitarse a refutar los concretos argumentos invocados.

(23) Al respecto es clara la experiencia francesa. Antes de que la Ley de 11 de julio de 1979 extendiese a gran parte de los actos administrativos el deber de motivar, se sostenía que, a los efectos de permitir un grado amplio de control de la actividad administrativa, era mucho más eficaz conceder amplios poderes de indagación al juez: «La ausencia de una obligación general de motivar los actos administrativos ha sido frecuentemente criticada. (...) Sin embargo, parece que un control amplio de los elementos materiales del acto administrativo, y especialmente el control de los motivos, hace superflua una formalidad que restaría celeridad a la acción administrativa y que no es exigida salvo cuando es realmente necesaria. (...) Lo que es relevante para la existencia del control de legalidad no es que las decisiones estén motivadas, sino que el juez esté en condiciones de conocer, en un momento dado del procedimiento, los motivos de la acción administrativa y de extraer de ellos las consecuencias que procedan» (AUBY/DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, París, 1975, vol. II, pág. 294). La utilidad de la motivación no es sólo hacer posible o más amplio el control de la Administración (para ello no sería necesaria, como se pone de manifiesto), sino también facilitar la impugnación del acto por el particular.

5. POSIBLES SOLUCIONES Y UNA PROPUESTA:
LA CONDENA EN COSTAS A LA ADMINISTRACIÓN, A PESAR
DE LA DESESTIMACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El problema planteado es de difícil solución si la única sanción posible para el incumplimiento del deber legal de motivación es la invalidez del acto (u otras totalmente ineficaces, como la responsabilidad disciplinaria), y si a la vez se parte, como parece escasamente discutible, de que no pueden tener eficacia invalidante vicios de forma que ni han influido sobre el contenido del acto, ni impiden verificar la legalidad material de éste.

Se puede defender la eficacia invalidante del vicio (a pesar de la corrección material del acto administrativo) si se acepta la tesis defendida por BELADIEZ ROJO (24). Esta autora sostiene que, al interpretar el artículo 63.2 LAP, hay que atender a la finalidad del requisito de forma que haya sido incumplido en cada caso. Cuando la única finalidad de ese requisito sea asegurar la legalidad material del acto administrativo, y sea posible constatar, a pesar del vicio de forma, que el acto es materialmente correcto, no procederá la anulación de éste. Pero en los demás casos, es decir, cuando el requisito formal incumplido tenga una finalidad distinta de la de asegurar la legalidad material del acto, entonces el vicio dará lugar a la anulación del acto, a pesar de la legalidad del contenido de éste, y ello porque no se ha cumplido la finalidad del requisito de forma. De este modo, se acepta la posibilidad de que sean anulados actos materialmente correctos (25).

(24) Vid. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 115-116, 120 y ss. y 131.

(25) La aceptación de la posibilidad de que sean anulados por vicios de forma actos materialmente conformes a Derecho, es decir, actos que la Administración puede (incluso es posible que *deba*) volver a dictar con el mismo contenido, es explícita en la pág. 125. Así, refiriéndose a la violación de los requisitos formales dirigidos a garantizar el derecho de defensa de los interesados en el procedimiento, se dice: «para que esta garantía sea efectiva no basta con consagrar en las normas de procedimiento ciertas formalidades que traten de garantizar ese derecho de defensa ante la Administración Pública. Es necesario, además, asegurar su cumplimiento por la Administración, lo que sólo se puede lograr sancionando con la invalidez todo acto —*incluidos aquellos cuyo contenido es conforme a Derecho*— que haya sido dictado sin respetar el referido derecho. De no ser así, la Administración terminaría por prescindir de estas formalidades, y *si bien en muchos casos el fondo del acto no hubiera variado si se hubiera respetado la formalidad, en otros, de haberse cumplido la garantía dispuesta por la ley se habría evitado un perjuicio innecesario al ciudadano*, que es precisamente lo que a través de la exigencia formal se pretendía. Para evitar que estos supuestos se produzcan y para asegurar que la garantía formal cumpla su auténtica finalidad, no cabe otra solución que sancionar con la invalidez a aquellos actos que hayan sido dictados vulnerando alguno de los trámites que trata de garantizar a los administrados el derecho de defensa ante la Administración, sin entrar a valorar siquiera la legalidad material de la resolución» (la cursiva es mía). La cita es larga, pero me parece que merece la pena porque supone una concepción de la eficacia invalidante de los vicios de forma

De acuerdo con esta tesis, sería posible sostener la anulabilidad de los actos incompletamente motivados, aunque a lo largo del proceso la Administración aporte una fundamentación adecuada, ya que ni siquiera ese cumplimiento tardío da satisfacción a la finalidad del requisito de forma vulnerado (la motivación): el particular ha tenido que decidir la interposición del recurso e, incluso, redactar el escrito de demanda, sin conocer los fundamentos del acto que impugna. Dado que uno de los fines esenciales del requisito formal violado ha sido incumplido, estaría justificada la anulación del acto en virtud del artículo 63.2 LAP, con independencia de su corrección en cuanto al fondo (26).

Ahora bien, si es difícilmente aceptable que el recurrente cargue con los gastos de un proceso que ha provocado la Administración incumpliendo el deber de motivar adecuadamente, no es menos insatisfactoria la anulación de un acto materialmente ajustado a Derecho, que va a volver a ser dictado, y sin otro fundamento que dar una pírrica satisfacción al particular que lo ha impugnado (27). Parece que, si lo que la motivación inadecuada o incompleta ha producido es un daño al particular, sea este daño el que se repare, en lugar de producir un nuevo daño (esta vez a los intereses generales) mediante la anulación de un acto ajustado a Derecho en cuanto al fondo, a causa de un vicio que no impide percibir esa adecuación a Derecho del contenido del acto.

En realidad, todos los ordenamientos reaccionan contra esa posibilidad, y también lo hacen los autores que se oponen a la admisión

completamente distinta a la habitual y porque es perfectamente aplicable a la motivación inadecuada, aunque estas consecuencias no hayan sido puestas de manifiesto en el libro.

(26) En este sentido se pronuncia BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia*, cit., págs. 124-126.

(27) Con todo, no conviene olvidar que la anulación, a causa de una motivación defectuosa, de un acto correcto en cuanto al fondo y que la Administración puede volver a dictar no siempre constituye una victoria «sólo procesal» del recurrente, como subraya agudamente la decisión judicial comentada por ZITO en *L'integrazione in giudizio della motivazione*, cit., pág. 590, puesto que el recurrente puede intentar «aprovecharse de la ventaja que supone que la Administración no puede, normalmente, volver a dictar con eficacia *ex tunc* el acto anulado, o incluso de la eventualidad, que puede suceder en caso de nuevos equilibrios político-administrativos, de obtener una nueva decisión, contraria a la —más correcta— adoptada inicialmente». En el mismo sentido, GUEDON, *Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge*, «AJDA», 37 (1981), págs. 443 y ss., pág. 451, y PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Clermont, 1977, págs. 90 y 100.

Además, la anulación del acto sin examinar los argumentos alegados por la Administración en vía judicial, es decir, sin entrar a verificar si el contenido de la resolución impugnada se ajusta a Derecho, no satisface adecuadamente la pretensión del recurrente, ya que permite a la Administración, como ya se ha explicado, utilizar esos motivos sobre los que el Tribunal no se ha pronunciado, para dictar nuevamente el acto. Si el Tribunal entrase a conocer del fondo del asunto y decidiese que el acto es ilegal, ya se pretenda apoyar en los fundamentos anunciados en la motivación o en los demás propuestos por la Administración, se alcanzaría una tutela más efectiva de los derechos e intereses del particular.

de nuevos motivos durante el proceso. Ya hemos visto cómo la concepción, admitida (con matices) en Italia y que sostiene en España PARADA, de la motivación como mero *síntoma* de la falta de fundamentación del acto, le niega toda eficacia invalidante en los casos en que se determine, antes o después de la interposición del recurso contencioso-administrativo, que el acto no carece de fundamento jurídico, aunque los argumentos contenidos en la motivación sean refutados por el recurrente.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido que, en virtud del principio de economía procesal, los vicios de forma sólo dan lugar a la anulación del procedimiento cuando han influido sobre el contenido de la decisión, admitiendo además su subsanación durante el proceso judicial de impugnación del acto (28). Esta conclusión no ha dejado de encontrar fuertes críticas, que insisten, como se ha venido haciendo en este trabajo, en que de ese modo se relaja la obligatoriedad de las normas de procedimiento y queda impune su infracción (29).

En el Derecho alemán, una reciente Ley de 12 de septiembre de 1996, que modifica diversos preceptos de Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) al objeto de lograr la «aceleración» de los procedimientos, parece haber inclinado la balanza definitivamente del lado de quienes se oponían a la anulación de actos materialmente correctos, pero cuya fundamentación hubiese sido aportada por la Administración durante el proceso. La nueva redacción del § 45 de la Ley admite la subsanación del incumplimiento del deber de motivar, siempre que el proceso judicial abierto por la impugnación del acto no haya concluido todavía (30).

(28) Vid. J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, vol. II, págs. 1370-1374.

(29) Vid. la bibliografía y los testimonios aducidos por SCHWARZE.

(30) Con anterioridad a la reforma, sólo se podía subsanar la omisión de la motivación mientras el acto se encontraba todavía en la vía administrativa, es decir, antes de la iniciación de un proceso. La jurisprudencia entendía, sin embargo, que «la limitación temporal de la motivación tardía de los actos administrativos, derivada del § 45 *VwVfG*, no impide a la demandada [la Administración] completar durante el proceso su incompleto razonamiento» [sentencia del Tribunal Supremo en materia administrativa o *Bundesverwaltungsgericht*, de 18 de mayo de 1990, publicada en su colección «BVerwGE», 85, 163; vid. también la sentencia del *BVerwG* de 5 de febrero de 1993, publicada en la «*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*», 12 (1993), págs. 976 y ss.]. En apoyo de esta jurisprudencia se habían manifestado autores como STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, Beck, München, 1993 (4.ª ed.), § 45.30, y HORN, *Das Nachschieben von Gründen und die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten*, «*Die Verwaltung*», 25 (1992), págs. 203 y ss., pág. 220. Otros autores, en cambio, como RUPP, *Nachschieben von Gründen*, cit., págs. 104 y ss. (esp. pág. 116); SCHENKE, *Das Nachschieben*, cit., pág. 13, y KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Beck, München, 1994 (10.ª ed.), § 113.28 (pág. 1416), consideraban que la insuficiencia de la motivación sí invalidaba el acto, aunque éste no debía ser anulado en caso de ser correcto en cuanto al fondo (§ 46). La reforma de la *VwVfG*, al eliminar

En la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, por último, la teoría de la «sustitución de los motivos» permite alcanzar el mismo resultado (31). En aquellos casos en los que se puede determinar que, a pesar del vicio de forma, el contenido del acto es conforme a Derecho, no se anula el acto. Ello incluye expresamente el supuesto de motivaciones infundadas e insuficientes, a pesar de los perjuicios que se producen al particular recurrente, de los que la jurisprudencia y doctrina francesas son conscientes (32). Lo que ya no es admisible es que el Tribunal, al buscar otro fundamento al acto para evi-

el principal obstáculo a la aportación en vía judicial de nuevos motivos (obstáculo que estaba constituido por la limitación temporal de la subsanación de la omisión de la motivación), ha privado de su principal argumento a quienes se oponían a la aportación tardía de motivos (opositores que, como se ha dicho, tampoco reclamaban en todo caso la anulación del acto).

(31) Se hace eco de esta técnica BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 127-130, esp. pág. 127: «el juez, con ocasión del examen de la legalidad de un acto administrativo, y “preocupado por evitar las anulaciones meramente formales o doctrinales... y protector de la legalidad administrativa”, indaga si, además de los alegados por las partes, existen otros fundamentos legales u otros motivos que hubiesen justificado el acto, dándole respaldo legal. Es decir: si pese a la ilegalidad del acto —por lo menos desde el punto de vista de las alegaciones del recurrente—, el ordenamiento ofrece otra “base legal” u otros motivos que, en cualquier caso, hubiesen obligado y/o permitido a la Administración adoptar el acto con idéntico contenido y resultado». Vid. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Editions Montchrestien, París, 1982, págs. 325 y ss.; AUBY/DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, cit., vol. II, págs. 379-380, y GUEDON, *Régularité interne*, cit. Con todo, la jurisprudencia francesa en esta materia es especialmente compleja y no siempre es posible obtener conclusiones aplicables a nuestro Derecho. Aunque el deber de motivar ciertos actos también existe en Francia, y el conflicto entre la anulación de actos materialmente correctos y el perjuicio al derecho de defensa del recurrente es el mismo en ambos ordenamientos, los autores franceses se centran especialmente en si la sustitución judicial de motivos vulnera el carácter revisor del contencioso o el principio de separación de poderes. En este sentido, vid. PEYRICAL, *Le juge administratif et le sauvegarde des actes de l'annulation. Etude sur la neutralisation et la substitution des motifs*, «AJDA», 1996, págs. 22 y ss., esp. pág. 22. También ha habido decisiones del Consejo de Estado que se han negado a tener en cuenta nuevos motivos, distintos de los alegados por la Administración al motivar el acto, para intentar así salvar de la anulación al acto impugnado. Así, los asuntos *Desamis* (decisión de 8 de enero de 1971; las referencias en PEYRICAL, *op. cit.*, pág. 31), *Ministre de l'Education c. Institut technique de Dunkerque* [decisión de 25 de abril de 1980, «Revue de Droit Public», 97 (1981), pág. 829], *Commune de Contamines-Montjoie* [decisión de 9 de abril de 1993, «Revue française de Droit administratif», 9 (1993), págs. 1018 y ss.]. En estos casos, la *ratio decidendi* es el carácter revisor del contencioso, y no los efectos de la motivación.

(32) Vid. VINCENT, *Acte administratif unilatéral. Information des administrés*, «Jurisclasseur administratif», vol. I, fasc. 108 (1987), pág. 22: «La ausencia o la insuficiencia de la motivación obligatoria comporta la anulación del acto como consecuencia de un vicio de forma, a menos que esta ausencia se derive de la inexistencia de motivos, en cuyo caso el acto es arbitrario y será anulado por razones de fondo. Si, durante el procedimiento contencioso, la Administración *invoca otro motivo* que es capaz de justificar la decisión tomada, el juez deberá concluir que la motivación del acto era falsa o insuficiente. (...) Sin embargo, la teoría de los *moyens inopérants* puede impedir la anulación por vicio de forma» (con cita de jurisprudencia del Consejo de Estado; la cursiva es mía).

En cuanto al perjuicio al recurrente que se deriva de la aplicación de la técnica de la sustitución, es puesto de manifiesto por GUEDON, *Régularité interne*, cit., pág. 451.

tar su anulación, lo transforme en otro distinto que la Administración no haya querido dictar o, especialmente, en un acto discrecional (33).

Retomando el hilo de la exposición, se trata de encontrar un instrumento que permita compensar al particular del daño que le ocasiona la motivación inadecuada (que le obliga a recurrir a un proceso, y a perderlo, para conocer los verdaderos motivos del acto, que la Administración estaba obligada a comunicarle en la propia resolución), sin que se ocasione un perjuicio innecesario e injustificado a los intereses generales. A primera vista, se ofrecen dos vías para lograr este fin: la responsabilidad patrimonial y la condena en costas a la Administración.

En cuanto a la primera posibilidad, su base se encuentra en que el particular ha sufrido una lesión patrimonial (gastos del proceso) que no tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, puesto que no se habría producido si la Administración, cumpliendo el mandato legal, hubiese incluido en la motivación los verdaderos motivos del acto, los que sí dan razón de él desde el punto de vista jurídico (34). Existen dos problemas para la eficacia de esta solución. Por un lado, se obliga al particular a acudir a otro procedimiento (el específico de responsabilidad patrimonial). La posibilidad, prevista originalmente en el artículo 40.2 *in fine* LRJAE, y hoy subsistente en el artículo 79.3 LJ, de acumular en el proceso la acción de responsabilidad por los daños derivados de un acto administrativo y la de impugnación de éste no es aplicable a nuestro supuesto, dado que esa posibilidad se refiere a la responsabilidad derivada de un acto *anulado*, mientras que aquí el acto subsiste, y el daño resarcible no es producido por la existencia del acto en cuanto tal, sino por el carácter incompleto de su motivación.

Por otra parte, la propia dinámica del proceso puede hacer difícil la prueba del daño. Ante la alegación de nuevos motivos en la contestación a la demanda, es difícil que el recurrente desista, pura y simplemente, del recurso. Lo normal será que, aunque reconozca que esos nuevos motivos sí dan razón del acto y que, si se le hubieran co-

(33) Sobre los límites de la sustitución, que tratan de ser aclarados mediante la polémica distinción entre sustitución de los motivos y sustitución de la base legal, vid. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución*, cit., pág. 128, notas 13 y 14, y VEDEL/DELVOLVE, *Droit administratif*, PUF, París, 1990 (11.ª ed.), vol. II, pág. 307.

(34) El deber de motivar sólo se cumple indicando los auténticos fundamentos del acto, y no cualquier argumento suficientemente concreto. Si se establece ese deber, es para que se aporten los verdaderos motivos del acto, *so pena de caer en el absurdo*. Otra cosa serán las consecuencias jurídicas que tenga el hecho de que alguno de los verdaderos motivos no se haya alegado en la motivación, sino en el proceso contencioso-administrativo.

municado en la motivación, no habría interpuesto el recurso, presente alegaciones contra ellos en el escrito de conclusiones, ante la eventualidad de obtener, pese a todo, una sentencia favorable en cuanto al fondo. En este caso, dictada la sentencia desestimatoria del recurso, será difícil al recurrente probar que el proceso no habría existido si la Administración hubiese alegado en la motivación todos los motivos, incluidos los que han sido puestos de manifiesto en el escrito de contestación. La Administración podrá responder que el particular ha intentado refutar todos los motivos, tanto los que le fueron comunicados originalmente como los «nuevos», de modo que parece presumible que el pleito se habría producido en todo caso, aunque los nuevos motivos hubiesen sido comunicados al particular en la motivación. Además, y aunque se pudiese superar este obstáculo, los defectos en la motivación seguirían jugando a favor de la Administración, puesto que el particular se vería forzado a seguir otro largo e incierto procedimiento (y, eventualmente, otro proceso) para obtener alguna clase de compensación.

Por esta razón, considero mucho más adecuada otra solución: que la desestimación del recurso interpuesto contra un acto que deba ser obligatoriamente motivado suponga la condena en costas a la Administración, siempre que la desestimación se apoye en argumentos que no hayan sido dados a conocer al particular en la motivación del acto. Esta solución aúna el estímulo a la Administración para que cumpla con esmero su obligación de motivar los actos administrativos y la eficacia en la compensación al particular, sin que se produzca menoscabo alguno al interés público, menoscabo que sí se produciría si se anulara por razones formales un acto ajustado a Derecho en su contenido y que, con toda probabilidad, volvería a dictarse. La eficacia en la compensación al particular se deriva, en mi opinión, del carácter automático de la condena en costas a partir de la fundamentación de la sentencia en un motivo invocado por vez primera en el proceso (sin necesidad de seguir un procedimiento específico para obtener una indemnización), y de que su objeto es justamente el daño que la motivación inadecuada ha producido al particular, es decir, los gastos procesales (35).

(35) La solución propuesta en el texto ha sido apuntada en Alemania por EYERMANN/FRÖHLER, en su autorizado comentario a la Ley de la Jurisdicción Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*, Beck, München, 1988, 9.ª ed., § 113.31). En el mismo sentido, HORN, *Nachschieben von Gründen*, cit., págs. 218 y 225; STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, cit., § 45.33. El apoyo normativo se encuentra en el § 155.5 de la citada Ley, que dice: «Las costas que hayan sido causadas por la negligencia de una de las partes, pueden ser impuestas a ésta.»

La misma solución ha sido propuesta, por cierto, por el Consejo de Estado francés en su informe *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière ad-*

El problema consiste en conciliar esta conclusión con la actual regulación de las costas en el proceso contencioso-administrativo. Como se sabe, tal regulación se basa en un principio subjetivo, imponiéndose las costas a la parte que actuase con mala fe o temeridad (art. 131 LJ), mientras que se aplica el criterio del vencimiento en caso de desestimación del recurso de casación (art. 102.3) y en el procedimiento especial de la Ley 62/78 (art. 10.3). En el caso que nos ocupa, difícilmente cabría apreciar temeridad en la conducta de la Administración que omite, voluntaria o culposamente, los argumentos relevantes en la motivación del acto y los aporta después, al contestar a la demanda. Tampoco sería posible hablar de temeridad respecto al particular que recurre el acto, fiado en su motivación.

Sí sería posible hablar de *mala fe* (el otro de los conceptos utilizados por el art. 131 LJ) en la conducta de la Administración que se reserva argumentos para el proceso, en lugar de indicarlos en la motivación del acto, como le exige el artículo 54 LAP, dificultando así el ejercicio de los derechos de defensa del particular. Estando claramente recogido en la Ley el deber de motivación, de modo que su incumplimiento supone, como mínimo, una conducta negligente, puede interpretarse el concepto de *mala fe* en un sentido objetivo, como referido a una conducta administrativa culposa, que no cumple los niveles de eficacia y de respeto al ordenamiento que le son exigibles (dado que, si hubiera que probar las intenciones de la Administración, la referencia a la mala fe sería inoperante). De ello hay ejemplos en la jurisprudencia, como muestra la sentencia de 14 de enero de 1993 (Ar. 453, Baena del Alcázar), en la que se condena en costas a la Administración, a pesar de que se inadmite el recurso interpuesto contra un acto suyo, debido a que había sido la propia Administración la que, al indicar erróneamente que un acto de trámite era recurrible, había dado lugar a la interposición de un recurso inadmisibles:

«la temeridad o mala fe que según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional fundamenta la condena en costas ha de darse en el proceso contencioso-administrativo y consiste en el caso de autos en la contradicción entre la conducta del Ayuntamiento indicando que procedía el recurso de reposición previo al contencioso, y la alega-

ministrative, La documentation française, París, 1993, pág. 37. En el marco de la búsqueda de soluciones al atasco de la justicia administrativa, recomienda atribuir al juez el poder de «condenar a la Administración vencedora del pleito al pago de la totalidad o parte de las costas, cuando la instrucción revele que habría podido evitar el proceso de alguna manera, y en particular mediante una información correcta al administrado».

ción procesal (por otra parte justificada) de inadmisibilidad del recurso judicial».

La misma contradicción se da, a mi juicio, cuando la Administración indica unos fundamentos concretos en la motivación del acto (o no indica ninguno) y después, en el escrito de contestación, invoca argumentos nuevos en defensa del acto impugnado (36). De no aceptarse esa interpretación, se llegaría a un resultado insatisfactorio, puesto que el recurrente debería cargar con sus costas, a pesar de haber sido la conducta antijurídica (e impune) de la Administración la que ha ocasionado el pleito.

Por desgracia, la regulación contenida en el artículo 135 del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no conduce, en última instancia, a una conclusión más aceptable (37). La norma, basada en el principio del vencimiento, conduciría, en nuestro caso, a la condena en costas al recurrente (resultado aún peor que aquel a que da lugar el principio de la temeridad). Sin embargo, se incluye una salvedad que puede justificar *la no imposición* de las costas a la parte que ha perdido. Sin duda, la motivación inadecuada puede ser uno de esos motivos. Lo que ocurre es que esa excepción, razonablemente interpretada, permite evitar la condena en costas al recurrente, pero no condenar en costas a la Administración que ha ganado el pleito, puesto que se habla exclusivamente de la «no imposición». De este modo, el resultado es, en el mejor de los casos, idéntico al que se produce con la vigente norma, basada en el principio de la temeridad.

Lo deseable es que, sin perjuicio de la aplicación con carácter ge-

(36) En apoyo de esta interpretación puede recordarse, además, que la motivación de los actos administrativos es, como se indicó más atrás, un instrumento al servicio de la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial. La vulneración de las normas que prevén ese instrumento, ni puede quedar privada de sanción, ni puede ser provechosa para quien la lleva a cabo (la Administración, a la que se facilitaría la resistencia a la impugnación del particular).

(37) El Proyecto ha sido publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados» de 18 de junio de 1997 (Serie A, núm. 70-1). La regla general es la expresada en el primer apartado: «1. En primera o única instancia las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente inadmitidas o desestimadas, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.»

Es clara la influencia en el precepto del artículo 523 LEC, y la escasa medida en que se han tenido en cuenta las peculiaridades del contencioso-administrativo (que en nada obstan a su consideración como un verdadero proceso jurisdiccional entre partes), como la derivada, cabalmente, de que tiene siempre como presupuesto un acto administrativo que en múltiples ocasiones debe ser motivado, lo que nunca ocurre con los actos y contratos privados. En el mismo sentido, y contra la aplicación no precavida de principios del proceso civil en esta materia, se han manifestado en Alemania autores como RUPP, *Nachschieben von Gründen*, cit., págs. 72 y ss., y SCHENKE, *Das Nachschieben von Gründen*, cit., pág. 8.

neral del sistema del vencimiento, si se considera más adecuado, se introduzca una previsión similar a la del § 155.5 de la Ley de la Jurisdicción Administrativa alemana (más atrás reproducido), que permita la imposición de las costas a la parte cuya negligencia las haya causado, con independencia del resultado final del pleito.

En ausencia de una adecuada previsión en la regulación del proceso contencioso-administrativo, así como (por ahora) de una línea jurisprudencial que extraiga del artículo 131 LJ la posibilidad de condenar en costas a la Administración, resulta inevitable que la resolución del problema se siga moviendo entre dos alternativas igualmente insatisfactorias: la irrelevancia de los vicios de la motivación, en daño del particular, siempre que se aporte a lo largo del proceso la fundamentación del acto, o la anulación de un acto correcto en cuanto al fondo, con daño del interés general, en virtud de un vicio de forma que ni ha influido en su contenido ni impide determinar la conformidad a Derecho de éste.

