

ESTUDIOS

CAUSAS DE NULIDAD PROCESAL: UNA REVISIÓN DE LA TEORÍA DE LAS IDENTIDADES EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

LUIS ÁNGEL BALLESTEROS MOFFA
Universidad de León

Cómo citar/Citation

Ballesteros Moffa, L. Á. (2022).

Causas de nulidad procesal: una revisión de la teoría de las identidades en el orden contencioso-administrativo.

Revista de Administración Pública, 218, 13-62.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.01>

Resumen

Varios supuestos de inadmisión de actos procesales de las partes y nulidad de actuaciones judiciales por motivos formales se articulan en torno a la identidad de la pretensión como objeto del litigio, bien para que no se repita un segundo proceso idéntico (acto confirmatorio, litispendencia y cosa juzgada material, según que el primer proceso no se haya iniciado con consentimiento del acto, esté en tramitación o concluido con sentencia firme sobre el fondo), bien para que no se altere dicho objeto dentro del mismo proceso (desviación procesal respecto a la vía administrativa, a lo largo de la causa o por el dictado de una sentencia incongruente). Siendo la teoría civilista de las identidades, integrada con las singularidades del objeto contencioso, la que fija la extensión de esa identidad a los efectos de todas estas instituciones hilvanadas por la jurisprudencia. Extensión que sigue reclamando una clarificación coral y singular para que los óbices procesales, además de responder a sus objetivos parciales en contra de la duplicidad y desviación, obedezcan a la interpretación más completa y equilibrada de la tutela judicial.

Palabras clave

Nulidad de actos procesales; pretensiones; motivos de impugnación; cosa juzgada; desviación procesal.

Abstract

Several cases causing invalidity of procedural acts, both acts of the parties and judicial proceedings, refer to the triple-identity rule required for the claim as the object of the litigation: either in order not to repeat a second identical proceeding (confirmatory act, *lis pendens* and *res judicata*, depending on whether the first proceeding was not initiated by consenting to the act, is in process or has concluded with a final judgment on the merits), or in order not to alter that object within the same proceeding (procedural inconsistency with respect to the administrative review, throughout the proceeding or by an inconsistent judgment). The triple-identity civil rule establishes the scope of such identity for all these institutions connected by case law, also taking into account the singularities of the contentious-administrative object. But the extension of the procedural object still needs to be clarified jointly and individually, so that the cases of invalidity of procedural acts, in addition to responding to their specific objectives against duplicity and inconsistency, do not harm effective judicial protection or the results of material justice.

Keywords

Invalidity of procedural acts; claims; grounds of annulment; *res judicata*; procedural inconsistency.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. VICIOS FORMALES VINCULADOS A LA IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y SU CONCRECIÓN POR LA TEORÍA DE LAS IDENTIDADES: 1. Invalidez de actos procesales e interpretación más favorable al art. 24 de la Constitución. 2. Defectos relacionados con el objeto del proceso. 3. Identidad o conexidad de las pretensiones: 3.1. *Las pretensiones en la justicia administrativa*. 3.2. *La triple identidad del proceso (sujetos, petitum y causa petendi) y sus modulaciones contencioso-administrativas (actuación administrativa, actuación conexa, motivos de impugnación y citas normativas)*. III. HACIA LA CORRECCIÓN DE LA TEORÍA DE LAS IDENTIDADES POR UNA CONCEPCIÓN PLENA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. IV. CAUSAS QUE PROHÍBEN LA DUPLICIDAD PROCESAL O REPETICIÓN DE LA MISMA PRETENSIÓN EN UN SEGUNDO PROCESO: 1. Actos excluidos por reproducir o confirmar otros consentidos y firmes: 1.1. *Contextualización y fundamento*. 1.2. *Absoluta identidad entre los actos consentido y reproductorio/confirmatorio*. 1.3. *Limitaciones de justicia material respecto al acto consentido: notificación reglada, exclusión del vicio de nulidad, silencio no recurrido y plazos de prescripción de derechos sustantivos*. 2. Excepción de inadmisibilidad por litispendencia y cosa juzgada material: 2.1. *Diferente temporaneidad de la litispendencia y cosa juzgada*. 2.2. *Cosa juzgada material, negativa y positiva, y cosa juzgada formal*. 2.3. *Sustancial identidad entre los procesos, causa petendi y art. 400 LEC*. V. CAUSAS QUE PROHÍBEN LA DESVIACIÓN PROCESAL O ALTERACIÓN DE LA PRETENSIÓN EN EL MISMO PROCESO: 1. Discordancia entre las vías administrativa y judicial: 1.1. *Superación del proceso revisor: alterabilidad de los motivos de impugnación frente a la intangibilidad de las pretensiones y hechos*. 1.2. *Avances en la estricta coincidencia entre pretensiones administrativas y procesales*. 2. Incoherencia durante el proceso judicial: desviación intraprocesal entre recurso y demanda, y entre demanda/contestación y vista/conclusiones: 2.1. *Alcance de la prohibición de la mutatio libelli*. 2.2. *Relajación de la inadmisibilidad bajo las debidas garantías de contradicción*. 3. Vicio de incongruencia en la sentencia: 3.1. *Invalidez in procedendo de actuaciones judiciales*. 3.2. *Extensión de la congruencia*: 3.2.1. *Pretensiones y motivos de impugnación versus fundamentos jurídicos. El apotegma iura novit curia*. 3.2.2. *La singularidad de la incongruencia ex silentio*. 3.3. *Las facultades judiciales para revertir la incongruencia y aflorar la justicia material*. 3.4. *Tipología, pretensiones implícitas y reformatio in peius*. 3.5. *Incongruencia en los recursos contra resoluciones procesales*. VI. CONCLUSIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Los vicios de nulidad procesal derivados de la reiteración o alteración de la pretensión pueden dar lugar a consecuencias indeseables para la tutela judicial efectiva en su sentido más amplio, pues, si bien este derecho fundamental se satisface también con la inadmisión, no pueden obviarse sus exigencias formales y materiales de acceso a la justicia. El centro de la cuestión radica en la extensión que debe darse a este objeto en su perspectiva dinámica de duplicidad o desviación. Porque lo cierto es que las clásicas instituciones en estudio han de seguir evolucionando hacia la necesaria certidumbre que permita discernir en cada caso los diferentes elementos de la pretensión, motivos de impugnación y citas legales, en torno al paradigma compartido de interpretación más favorable al art. 24 de la Constitución.

II. VICIOS FORMALES VINCULADOS A LA IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y SU CONCRECIÓN POR LA TEORÍA DE LAS IDENTIDADES

1. INVALIDEZ DE ACTOS PROCESALES E INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE AL ART. 24 DE LA CONSTITUCIÓN

A la invalidez de los actos de las partes se refiere el art. 138 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA, en adelante)¹, distinguiendo entre su alegación por alguna de las partes o apreciación de oficio por el órgano jurisdiccional, procediendo su oposición o subsanación por la otra parte². Con el desenlace común de que, si se trata de un vicio insubsanable o no tiene lugar la subsanación en plazo, «podrá decidirse el recurso con fundamento en tal defecto», a modo de inadmisibilidad general del

¹ Como especialidad de los arts. 11.3 y 243.3 y 4 LOPJ. No se exigirá previo requerimiento de subsanación para una decisión de inadmisión cuando el defecto, pese a ser subsanable, haya sido alegado por las partes sin procederse a la misma en plazo, salvo que la alegación fuera combatida o genere algún tipo de indefensión (puede verse un resumen de esta última interpretación constitucional del art. 138 LJCA en la STS de 6 de octubre de 2014, Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 339/2013, FJ 4.º).

² T. R. Fernández Rodríguez (1968), «La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso-administrativo: orígenes y evolución», *Revista de Administración Pública*, 56, págs. 223-277; y (1969), «Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 58, págs. 49-126; C. Debouy (1980), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, Paris; É. Akoun (2017), *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, Paris: PVE.

recurso o de alguna de sus pretensiones a lo largo del proceso o en la sentencia/ auto, derivada a veces de determinados actos procesales. Pues la inadmisión en el procedimiento ordinario puede tener lugar a *limine* tras la interposición del recurso o a la vista del expediente administrativo, y en las alegaciones previas en el curso del mismo, así como en la propia resolución judicial, aparte de la posible inviabilidad de la demanda, contestación o vista oral/conclusiones. Presupuestos de procedibilidad que por su carácter de orden público pueden ser alegados por las partes o apreciados de oficio por el juez/tribunal en cualquier momento, sin perjuicio de las reglas específicas de subsanación, inadmisibilidad o pérdida del derecho al trámite.

La premisa de la subsanabilidad entronca con el principio antiformalista de interpretación de la legalidad rituarial más favorable a la tutela judicial efectiva³, sin menoscabo de otros bienes constitucionales, en el contexto de los límites a los derechos fundamentales (reserva de ley, proporcionalidad y contenido esencial)⁴. A fin de que la inadmisión satisfaga también de forma motivada el contenido esencial de este derecho consagrado en el art. 24 de la Constitución, vinculado en su máxima expresión con el acceso a la jurisdicción⁵. A través de la atenuación del rigor procesal que tenga en cuenta su carácter instrumental y la diligencia apreciada en las partes (art. 243.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: LOPJ, en adelante), limitando cuando menos sus efectos en primera instancia por un *favor actionis* que, como se verá seguidamente, no ha dicho aún su última palabra.

³ Así se derivaba ya de los trabajos preconstitucionales de E. García de Enterría (1963), «El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 42, págs. 267-293; J. González Pérez (1968), «El principio antiformalista de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista de Administración Pública*, 57, págs. 183-209; y E. Linde Paniagua (1978), «El carácter antiformalista de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 17, págs. 301-304.

⁴ Sobre la jurisprudencia que ha consagrado y recepcionado este principio frente al riesgo de que, constitucionalizada la legalidad procesal, pueda seguir funcionando como obstáculo al enjuiciamiento de la Administración, M.^a R. Alonso Ibáñez (1996), *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Madrid: Civitas.

⁵ «[...] El citado derecho fundamental se satisface no solo con una resolución judicial que entre a conocer sobre el fondo, sino también cuando los órganos judiciales aprecian, de manera razonada, un motivo obstativo de tal pronunciamiento. Así, una resolución de inadmisión o meramente procesal es, en principio, constitucionalmente admisible, si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio *pro actione* [...]» (STC 120/1993, de 19 de abril, FJ 5.º).

A estos filtros de inadmisión⁶ hay que sumar la nulidad de las actuaciones judiciales⁷, por integración de los arts. 238 y ss. LOPJ, junto con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante). Cuando tiene lugar, también bajo el principio de conservación (antiguo art. 127 LJCA 1956), bien la nulidad —si no procede subsanación— de todas o alguna de las actuaciones antes de la resolución judicial, de oficio o a instancia de parte y previa audiencia; bien de la resolución a través de los correspondientes recursos por infracciones *in procedendo* (no sustantivas o *in iudicando*), como en el caso de la incongruencia, teniendo en cuenta que no podrá decretarse de oficio una nulidad no solicitada en los recursos salvo por falta de jurisdicción/competencia o violencia/intimidación. Con el excepcional incidente final de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ —tras la desaparición del art. 128 LJCA 1956— como recurso no devolutivo para la purga de las infracciones procesales, fundado en la vulneración de derechos fundamentales del art. 53.2 de la Constitución contra aquellas resoluciones firmes no recurribles en revisión (en el caso de la sentencia). Necesario para el agotamiento de la vía judicial previa al recurso constitucional de amparo *ex art.* 44.1.a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁸, pero también última vía de reparación de la lesión cuando no tenga la «especial trascendencia constitucional» que exige la admisión del recurso de amparo tras la reforma de su art. 49.1 en 2007⁹.

⁶ Por su parte, el art. 139.2 LOPJ establece que «también se declararán nulos los actos de las partes o de personas que intervengan en el proceso si se acredita que se produjeron bajo intimidación o violencia [...]».

⁷ Por falta de jurisdicción o competencia del órgano judicial, indefensión por prescindirse de normas esenciales de procedimiento (fuera del plazo solo si es esencial), sin intervención de abogado preceptivo, o de letrado de la Administración de Justicia preceptivo, bajo violencia o intimidación, y demás supuestos legales procesales. *In extenso*, E. Carbonell Porras (1998), «Artículos 137 y 138», «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 100, págs. 899 y ss.

⁸ Salvo en «aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental no se imputa a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior y esta vulneración ha quedado imprejuizada porque el recurso interpuesto contra la decisión judicial que se considera lesiva de derechos fundamentales ha sido inadmitido por razones procesales que no son imputables a la falta de diligencia de la parte»; aunque, de presentarse el incidente, «ha de considerarse un cauce idóneo para obtener la tutela de los derechos fundamentales que se imputan a la resolución frente a la que se interpuso el recurso inadmitido» (STC 112/2019, de 3 de octubre).

⁹ Las SSTC 185/1990, de 15 de noviembre, y 153/2012, de 16 de julio, han justificado la necesidad, más allá del amparo constitucional, de un último remedio procesal en la vía de la jurisdicción ordinaria para combatir los defectos judiciales del proceso que causan indefensión. Véanse F. Garrido Falla (1998), «Los cambios de jurisprudencia del Tribunal Constitucional: el carácter subsidiario del recurso de amparo y el artículo 240 LOPJ», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 97, págs. 5-16; y J. González Pérez (1999),

2. DEFECTOS RELACIONADOS CON EL OBJETO DEL PROCESO

Dentro de la plétora de patologías rituarías¹⁰, algunas están anudadas a las pretensiones, y, en concreto, a la identidad entre ellas, como las que atañen a la reiteración del objeto con relación a dos procesos, o mutabilidad del mismo si se refieren al mismo proceso. Sumándose a la litispendencia y cosa juzgada, en el primer caso, la confirmación de actos administrativos consentidos. Y a la desviación procesal intraprocesal e incongruencia de la sentencia, en el segundo, la desviación respecto a la vía administrativa. De manera que la cuestión litigiosa considerada desde un punto de vista dinámico, ya porque se repite en un ulterior proceso (duplicidad procesal), ya porque se altera a lo largo del juicio o en una sentencia incongruente (desviación procesal), da lugar a numerosos defectos en el orden contencioso con consecuencias de inadmisión o anulación procesal.

Cuando la identidad se da en una secuencia de procesos, incluso aunque no se haya recurrido el primer acto por preclusión del plazo impugnatorio, la inadmisibilidad persigue la seguridad jurídica a fin de que no se produzcan resoluciones contradictorias o fraude en los plazos perentorios. Pero cuando opera dentro de una causa, esa misma identidad se erige en requisito para cumplir con los principios dispositivo y de contradicción. Jugando un concepto extensivo de pretensión en la práctica en contra de la apreciación de duplicidad de los actos o recursos, empero a favor de la desviación procesal.

3. IDENTIDAD O CONEXIDAD DE LAS PRETENSIONES

3.1. Las pretensiones en la justicia administrativa

Es sabido que las pretensiones constituyen el núcleo duro de la extensión y objeto de la justicia administrativa, como concreción de la cláusula general del art. 1.1 LJCA (y también 9.4 LOPJ), a cuyo tenor, «los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la *actuación* [al igual que el art. 106.1 de la Constitución frente a los *actos* en la LJCA 1956] de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo [...]». Aparte de que las actividades administrativas impugnables (decretos legislativos *ultra vires*, reglamentos —con la cuestión de ilegalidad en el

«El incidente de nulidad de actuaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 103, págs. 349-356.

¹⁰ Son clásicos los trabajos sobre inadmisibilidad procesal de E. Vivancos (1963), *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*, Barcelona: Bosch; L. Frigal Fernández-Villaverde (1984), «Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo y el derecho a la jurisdicción», *Revista de Administración Pública*, 104, págs. 283-332; y J. González Pérez (1994), «Los obstáculos del acceso a la Justicia administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 83, julio/septiembre 1994, págs. 357-380; y M.^a R. Alonso Ibáñez (1996).

recurso indirecto—, actos resolutorios o de trámite cualificados que pongan fin a la vía administrativa —incluido el silencio—, inactividad material y vía de hecho; junto con las competencias de atribución desde la perspectiva objetiva, con el contencioso contractual y de responsabilidad patrimonial) ponen de manifiesto la flexibilización del genuino carácter revisor bajo un control judicial sin fisuras de la Administración, que incluye a los actos discrecionales y políticos en los términos del art. 2.a) LJCA (y 29.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), las pretensiones están llamadas a cerrar la plenitud de esta garantía jurisdiccional, como exigen los arts. 24, 103 y 106 de la Constitución. Esto es, la evolución del mero enjuiciamiento del *acto* como técnica de restablecimiento de la legalidad (recurso objetivo), a un enjuiciamiento de la *Administración*, pudiendo resultar condenada a obligaciones de hacer en sentido amplio o no hacer (recurso subjetivo). En definitiva, de la justicia administrativa anulatoria (proceso al acto) a la de condena o prestacional donde se tutelan derechos subjetivos e intereses; o, si se quiere, del recurso francés de anulación (o por exceso de poder) al de plena jurisdicción¹¹.

Sin embargo, los arts. 31 a 33 LJCA siguen resultando algo decepcionantes¹² al limitarse a adecuar las pretensiones del demandante a la reforma de la actividad impugnada¹³, a las que hay que sumar las correlativas de la parte demandada en

¹¹ La incidencia sustancial del art. 24 de la Constitución sobre el sistema de justicia administrativa ha sido felizmente ponderado por E. García de Enterría (1992), *Hacia una nueva Justicia administrativa*, Civitas, Madrid; y (2007) *Las transformaciones de la Justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson-Civitas; J. R. Fernández Torres (1998), *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid: Civitas Madrid, y L. Vacas García-Alós (1996), *El derecho a la tutela judicial efectiva en lo contencioso-administrativo. Quince años de jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa*, Madrid: La Ley-Actualidad.

¹² Frente a la configuración clásica del contencioso, el anterior art. 42 LJCA 1956 incluía ya la pretensión de situaciones jurídicas individualizadas con derecho a indemnización, pretensión que continúa vinculada a la principal anulatoria. Para S. González-Varas Ibáñez (2019), *Contencioso-administrativo: praxis y propuestas*, Navarra: Thomson-Aranzadi, pág. 89; y (2020), *Tratado de Derecho Administrativo. Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, vol. II, Navarra: Thomson-Civitas, págs. 508 y ss.; con anterioridad, (1992), «Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional», *Poder Judicial*, 26, págs. 25-58, «el contencioso español no es tan antiformalista como presume, porque en lo referente a actos dista de serlo. Es antiformalista en materia de acciones, no de actos [...]». Se trata de una oportunidad perdida en la transformación del proceso centrado en la pretensión, tal y como aprecia su evolución R. Fernández Valverde (2019), «La jurisprudencia y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa», en J. Cuero Blas, y J. Ponce Solé (coords.), *Balace y perspectivas de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX aniversario*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 275 y ss.

¹³ J. L. Meilán Gil (1994), «El objeto del proceso contencioso-administrativo», en Gómez y J. M.^a Díaz-Castroverde y J. J. Raposo Arceo (coords.), *El proceso contencioso-administrativo*,

forma de inadmisión o desestimación total o parcial: en el recurso contra disposiciones o actos, la pretensión anulatoria (sin que proceda la redacción de preceptos o actos discrecionales en sustitución de los anulados) y, solo como complementaria a la anulación por el privilegio de autotutela¹⁴, la pretensión de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada con la indemnización de daños y perjuicios entre las posibles medidas para su pleno restablecimiento; en el recurso contra la inactividad material, la pretensión de condena de hacer las correspondientes obligaciones administrativas (prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas en virtud de reglamento, acto, contrato o convenio administrativo, y ejecución administrativa de actos firmes); y en el recurso contra la vía de hecho, la pretensión de su ilegalidad y cese (dejar de hacer), más, en su caso, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada con la indemnización de daños y perjuicios también entre las posibles medidas¹⁵.

3.2. *La triple identidad del proceso (sujetos, petitum y causa petendi) y sus modulaciones contencioso-administrativas (actuación administrativa, actuación conexas, motivos de impugnación y citas normativas)*

La completa identidad de las pretensiones, con consecuencias para todos los institutos, trae causa de la cosa juzgada material para impedir la repetición indebida de litigios. Habida cuenta del art. 222 LEC y la jurisprudencia y doctrina más autorizadas¹⁶, las pretensiones se identifican generosamente con el objeto de

Santiago de Compostela, EGAP, págs. 19-38; A. Huergo Lora, A. (2000), *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra; A. Palomar Olmeda, (2017), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, vols. I y II, Navarra: Navarra: Thomson-Aranzadi.

¹⁴ E. Arana García, (2018), «La “pretensión accesoria” de indemnización por daños y perjuicios en el proceso contencioso-administrativo», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, págs. 25-46.

¹⁵ Por ejemplo, en la vía de hecho expropiatoria, salvo que sea posible la restitución *in natura* del bien, tal pretensión se canaliza a través del incremento del justiprecio en un 25%, siempre que se pruebe el daño (disposición adicional de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa, introducida por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre).

¹⁶ J. Guasp, (1952/1981/1985), *La pretensión procesal*, Madrid: Civitas, J. González Pérez (1953), «La pretensión procesal administrativa», *Revista de Administración Pública*, 12, págs. 77-128; y (2016), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Navarra: Thomson-Civitas. No obstante, J. A. García Trevijano-Fos [(1962), «Acotamiento cualitativo de la pretensión contencioso-administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente», *Revista de Administración Pública*, 38, págs. 15 y ss., advertía ya que «la terminología adoptada por la mayor parte de la doctrina e incluso por la jurisprudencia no sigue una línea recta, sino que se entremezclan conceptos distintos con el resultado de la confusión introducida en este campo [...]».

los procesos, exigiéndose para tal inadmisión judicial por duplicidad no solo la identidad de las pretensiones *per se*, sino también de los hechos en que se fundamentan las mismas y de los elementos subjetivos de las partes. Es esta apreciación de la cosa juzgada la que se aplica a su correlativa en el contencioso, así como al resto de supuestos que parten de la identificación de la acción. De modo que la identidad de las pretensiones para la nulidad de los actos procesales, bien para que haya (idéntico objeto en dos procesos), bien para que no (mantenimiento de la pretensión integral dentro del mismo proceso), se extiende a las pretensiones en sentido estricto o *petitum* respecto a la actuación recurrida e incluida en el suplico¹⁷, *causa petendi* o hechos que sustentan las pretensiones (circunstancias fácticas que han dado lugar a la actuación impugnada con apoyo en el expediente administrativo), y partes intervinientes en la misma calidad o posición ritual en que actúan (afectados si los efectos son *erga omnes*¹⁸, más los supuestos de extensión a terceros de los arts. 72.3, 110 y 111 LJCA). En definitiva, los mismos términos en que discurre la controversia procesal o triple identidad —material, fáctica y subjetiva— de la acción ejercida. Quedando a salvo *a priori* de este amplio objeto, aun bajo la controversia civilista, los motivos de impugnación en que se basan el recurso y la oposición, y desde luego los fundamentos jurídicos en cuanto citas legales o elementos puramente normativos.

Pero lo cierto es que, además de la actuación administrativa —o inactividad procedimental o material— ligada al *petitum* como específico objeto de la impugnación contenciosa, a la que deben asimilarse a todos los efectos las actuaciones conexas en el sentido del art. 34.2 LJCA sobre acumulación, esta Ley hace referencia específica a los motivos de impugnación¹⁹, tanto de forma como de

¹⁷ La STS de 6 de julio de 1993 (Sala Tercera, Sección Primera, FJ 3.º) subraya como peculiaridad de la excepción de cosa juzgada en el contencioso-administrativo, siguiendo el criterio de la sentencia de la antigua Sala Cuarta de 28 de enero de 1985, «la de que la identidad entre ambos procesos requiere la de los actos enjuiciados en cada uno de ellos».

¹⁸ La identidad subjetiva se da también en los casos de extensión de los efectos de las sentencias a todos los afectados (véase el art. 222.3 LEC, modificado por la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación), aunque en el contencioso el efecto *erga omnes* solo se produce con la anulación firme del reglamento o acto. Sobre los procesos en que la cosa juzgada opera *erga omnes*, esto es, sin límites subjetivos *stricto sensu*, J. González Pérez (1952), «La cosa juzgada en lo contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública*, 8, págs. 83 y ss. Pero para F. Cordón Moreno (1999), *El proceso contencioso-administrativo. Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Navarra: Aranzadi, págs. 228 y ss., la eficacia jurídico-material de las sentencias anulatorias no impide ulteriores procesos por aplicación de la cosa juzgada *ultra partes*, sino por desaparición del presupuesto de la actuación administrativa. En parecidos términos, J. A. Santamaría Pastor (2010), *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Madrid: Iustel, págs. 702 y 703.

¹⁹ Acometen la labor de precisar el concepto y clases de los motivos de impugnación, F. Garrido Falla (1955), «Los motivos de impugnación del acto administrativo», *Revista de Ad-*

fondo (o cuestiones de impugnación por «cuestionar»²⁰ la validez o invalidez de la actuación administrativa, lejos de la línea jurisprudencial que asociaba el término «cuestión» al de pretensión en cuanto cuestión litigiosa, en contraposición al de «motivo»). Y lo hace en sede de desviación judicial para admitir en algún caso que pueden variar a diferencia de las pretensiones (art. 56.1 LJCA, sobre los motivos planteados ante la Administración y ulteriormente en la demanda y contestación). O para exigir su inalterabilidad dentro del proceso al igual que las pretensiones (arts. 33.1 LJCA para la congruencia de la sentencia, y 65.1 LJCA entre la demanda/contestación y el acto de la vista o escrito de conclusiones). Motivos en que puede incurrir la actuación administrativa, como sus posibles vicios de nulidad o anulabilidad con las correspondientes excepciones u oposición, incluidas las causas de inadmisibilidad del proceso; distintos en cualquier caso de los fundamentos o argumentos jurídicos que sirvan de apoyo normativo. Pues en esta ecuación de triple identidad de las pretensiones, extendida en su caso a los motivos de impugnación, deben quedar fuera los concretos preceptos invocados en los escritos de las partes y resoluciones judiciales.

III. HACIA LA CORRECCIÓN DE LA TEORÍA DE LAS IDENTIDADES POR UNA CONCEPCIÓN PLENA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La identidad de las pretensiones, en un sentido u otro, se revela como un instrumento clave para garantizar que las causas estudiadas no tengan una aplicación rígida y desproporcionada. Para su compatibilidad con el principio *pro actione* (límite legal, proporcionado y compatible con el contenido esencial del derecho fundamental limitado²¹), aunque con toda su intensidad en primera instancia, pues «el acceso a los recursos [derecho de configuración legal reservado a la Jurisdicción ordinaria, salvo inadmisión con base en una causa legalmente inexistente o mediante un juicio arbitrario, irrazonable o fundado en error fáctico patente] tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción [art. 24 Constitución sujeto al control constitucional de los límites a los derechos fundamentales

ministración Pública, 17, págs. 11-85; y R. de Vicente Domingo (2016), *La demanda en el proceso contencioso-administrativo. Motivos de impugnación y función jurisdiccional*, Navarra: Thomson-Civitas, págs. 39 y ss.; y del mismo autor (2017), «Los motivos de impugnación contra la actuación administrativa y proceso contencioso-administrativo», en J. C. Laguna de Paz; Sanz I. Rubiales y I. M.^a de los Mozos y Touya (coords.), *Derecho administrativo e integración europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, Madrid: Reus, vol. II, págs. 1456 y ss.

²⁰ STS de 5 de noviembre de 1992, Sala Tercera, Sección Primera, recs. 54/1991 y 82/1991, FJ 2.º.

²¹ Véase el art. 403 LEC.

bajo el canon de proporcionalidad]»²². El alcance en esta correspondencia del objeto no puede estar solo al servicio de los bienes jurídicos parciales de la nulidad procesal (fundamentalmente, seguridad jurídica en la duplicidad, y derechos de defensa de las partes en la desviación, que también forman parte de la tutela judicial), sino de una aplicación completa y equilibrada del derecho fundamental llamado a pautar la legitimidad de los obstáculos formales. El cual trasciende a un sistema tuitivo de justicia material frente al ejercicio del poder público.

Como se verá, esto se traduce en una mayor exigencia de identidad para poder apreciar duplicidad entre dos procesos (como podría ya resultar de la teoría de la perfecta identidad salvo en las citas normativas), frente a una menor exigencia dentro del mismo proceso que atenúe la tacha de desviación sin romper el equilibrio procesal (lejos, pues, de aplicar miméticamente la misma teoría). Dándose así un paso más en el camino emprendido por el legislador, al dejar por ejemplo fuera de esta última correspondencia a los motivos de impugnación respecto a la vía administrativa, o merced a los cauces flexibilizadores de la acumulación y tesis judicial. Junto con los criterios aperturistas de la jurisprudencia, y *opinio doctorum* sobre la superación del carácter revisor.

Mientras el planteamiento de la tesis judicial queda constreñido a un ámbito muy específico (desviación intraprocesal, intervención jurisdiccional, nuevos motivos o preceptos, y en sede de vista/conclusiones *ex art.* 65.2 LJCA o sentencia *ex art.* 33.3 y 3 LJCA), la acumulación se proyecta con mayor extensión y menor exigencia. A diferencia del art. 57 LPAC, que requiere que los procedimientos y recursos administrativos guarden «identidad sustancial o íntima conexión», los arts. 34 a 39 LJCA dejan claro que para la acumulación bastará con que se comparta la misma actuación administrativa o bien se refiera a distintos actos, disposiciones o actuaciones, pero conectados por ser unos «reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa». Es decir, la identidad de las pretensiones tiene que darse en la actividad o inactividad administrativa impugnada, aunque las pretensiones sean distintas en todo lo demás, con la consiguiente alteración también del proceso acumulado: sujetos (litisconsorcio), *petitum* y hechos, sin perjuicio de que puedan contribuir a esa conexidad²³. Pues cuando la identidad se da en todos los elementos configuradores de la acción, más allá de la misma o conexas actuación recurrida, no se

²² STC 7/2015, 22 de enero, FJ 2.º. Véanse C. Cierco Seira (2009), *La inadmisión en el procedimiento administrativo. Estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Madrid: Iustel, págs. 98 y ss.; y M. Á. (2010), «Principio *pro actione*», en Santamaría Pastor, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del DRuiz López erecho Administrativo*, Madrid: La Ley, págs. 841-876.

²³ Si bien el actual art. 34.1 LJCA ha eliminado el requisito del art. 44.1 LJCA 1956 de que las pretensiones no sean incompatibles entre sí, ello es objeto de desarrollo en el art. 71 LEC.

trata en puridad de «acumulación» de pretensiones²⁴, sino de la misma pretensión que se reconduce para no incurrir en inadmisión por duplicidad, como viene a representar a la postre la acumulación sucesiva exclusivamente de una actuación conexas (art. 36 LJCA). La posibilidad de acumular pretensiones distintas, aunque unidas en torno a una misma o conectadas actuaciones, reverbera entonces en una perfecta identidad de objeto que impide reiterar procesos por mucho que difieran los planteamientos probatorios.

Con todo, puede afirmarse que la revisión de las irregularidades vinculadas a los elementos identificadores apremia, pues, a pesar de los avances y la profusa aplicación práctica, no pocos aspectos siguen presentando oscuridad. En una suerte de pandemonio cebado por la asimetría y matices de las instituciones implicadas, supletoriedad civil y confusión terminológica de las fuentes.

El objetivo de las páginas siguientes, por tanto, es clarificar la extensión de la identidad del objeto en cada uno de los institutos, aportando certidumbres sobre vicios procesales que pueden llegar a estrangular el pronunciamiento sobre el fondo. Teniendo en cuenta que de ello dependen los imperativos de la tutela judicial, si se quieren cohonstar con la ortodoxia procesal de la identidad tripartita en sus clásicos elementos personal, real y causal, más los motivos de impugnación y fundamentos jurídicos. Lo que permitirá a la vez ofrecer una visión conjunta y conectada de lo que, en otro caso, queda desdibujado entre preceptos dispersos.

²⁴ Si acaso un *deber* de acumulación para evitar la inadmisibilidad por litispendencia o cosa juzgada, según se deriva de la STS de 30 de septiembre de 1997 (Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 7186/1991, FJ 2.º) al referirse a «una descoordinación flagrante de los órganos económico-administrativos e incluso de la Sala territorial de esta Jurisdicción que entendió separadamente de dos de las reclamaciones que, con idéntico contenido, le fueron sometidas, descoordinación motivada por incumplimiento del deber de acumulación establecido, respectivamente, por los arts. 48 y 49 del Reglamento de Procedimiento para las Reclamaciones Económico-Administrativas, entonces aplicable, de 20 de agosto de 1981, y por los arts. 44 a 48, inclusivos, de la Ley Rectora de esta Jurisdicción, y que condujo a una diversidad de enfoques del único problema planteado y a una diversidad, a su vez, de soluciones [...]». En el mismo sentido, L. Pomed Sánchez (1998), «Artículo 34», «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 100, págs. 350 y 351; y F. García Gómez de Mercado (1997), *Problemas procesales de la impugnación de los acuerdos de los Jurados de Expropiación*, Madrid: Civitas págs. 247 y ss. Por su parte, el art. 78.1 LEC dispone que «no procederá la acumulación de procesos cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia».

IV. CAUSAS QUE PROHÍBEN LA DUPLICIDAD PROCESAL O REPETICIÓN DE LA MISMA PRETENSIÓN EN UN SEGUNDO PROCESO

1. ACTOS EXCLUIDOS POR REPRODUCIR O CONFIRMAR OTROS CONSENTIDOS Y FIRMES

1.1. Contextualización y fundamento

La primera relación de excepciones procesales desde la perspectiva de la homogeneidad de las pretensiones parte de la premisa de la sucesión de dos procesos con objeto idéntico. Aunque la inadmisibilidad del art. 28 LJCA presenta condiciones particulares teniendo en cuenta que el primer recurso queda frustrado por el vencimiento del plazo preclusivo y el mismo acto se bifurca en dos conectados por su reproducción o confirmación. Con la exclusión de esta actividad administrativa y los reproches de litispendencia y cosa juzgada material, siempre bajo la identidad del objeto, se cierra el círculo de seguridad jurídica frente a la duplicidad de actos o recursos, dependiendo de las circunstancias temporáneas del primero en la secuencia; a saber: si no llega a interponerse deviniendo ese primer acto consentido y firme, la inadmisión del recurso procede por interponerse contra actividad no susceptible de impugnación [excepción recogida expresamente en los arts. 51.1.c) LJCA como auto de inadmisión tras el examen del expediente administrativo y 69.c) LJCA en la sentencia de inadmisión, junto con las alegaciones previas]; si interpuesto el primer recurso no ha finalizado por sentencia firme, uno de los efectos de la pendencia será la inadmisión del segundo proceso idéntico, previendo también los arts. 58 y 69.d) LJCA la litispendencia como causa de inadmisión en alegaciones previas y sentencia; y cuando el anterior proceso haya sido ya juzgado por sentencia firme, la inadmisibilidad de cosa juzgada se activará entonces para el segundo proceso idéntico, según contemplan también estos arts. 58 y 69.d) LJCA²⁵. Reconociendo por cierto el art. 51.2 LJCA la posible inadmisión liminar del recurso por la desestimación en el fondo de «recursos sustancialmente iguales por sentencia firme»²⁶. En todo caso, con el

²⁵ En términos análogos, para justificar la aplicación común de la doctrina de las tres identidades, lo explica la STS de 2 de marzo de 2001, Sala Tercera, rec. 818/1996, FJ 3.º

²⁶ «[...] mencionando, en este último caso, la resolución o resoluciones desestimatorias». Supuesto de inadmisión para la reducción de la litigiosidad que recogía asimismo el art. 93.2.c) LJCA para el recurso de casación con anterioridad a su modificación por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, (2020) *Curso de Derecho Administrativo II*, Navarra: Thomson-Civitas, pág. 659) critican a la luz del art. 24 de la Constitución esta inadmisión anticipada por razones de fondo, como la prevista en el apdo. 3 del art. 51 LJCA. Según la STS de 11 de diciembre de 2007 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 3912/2004, FJ 3.º), «[...] nada impide que con posterioridad

mismo objetivo de evitar trámites y costes duplicados, los referidos arts. 34 y ss. LJCA regulan la posibilidad de acumular pretensiones en un único proceso, siempre que se trate del mismo acto, disposición o actuación, o al menos exista conexión directa entre ellos, aunque las pretensiones sean distintas en lo que se refiere al resto de elementos materiales, fácticos y subjetivos.

El art. 28 LJCA establece, en efecto, que «no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma». Si bien la actividad administrativa impugnada, pretensiones, competencias de atribución objetivas y cuestiones prejudiciales o incidentales delimitan el ámbito material de la jurisdicción contencioso-administrativa, bajo el espíritu de control pleno sus límites quedan constreñidos a estos actos excluidos, junto con aquellas materias ajenas por naturaleza del art. 3 LJCA, aunque estén relacionadas con la actividad administrativa (cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes civil, penal y social; recurso contencioso-disciplinario militar; conflictos jurisdiccionales; conflictos entre Administraciones y de atribuciones entre órganos; y recursos contra normas forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya).

A pesar de la naturaleza administrativa de los actos excluidos, la norma limitativa del art. 28 LJCA se justifica en la certidumbre jurídica y doctrina del acto consentido y firme («cosa juzgada administrativa»), en favor del interés general y de aquellos que puedan resultar afectados por el acto administrativo que se reproduce o confirma para reabrir verbigracia el plazo de caducidad del recurso mediante la maniobra de reiterar lo pedido. Excepción material y *ex tempore* de inadmisibilidad, trasunto de la jurisdicción revisora, que la exposición de motivos de la LJCA considera «una opción razonable y equilibrada» cuya conservación resulta hoy menos gravosa que antaño, pues ya se incluía en el art. 40.a) LJCA 1956 con refrendo de la STC 126/1984, de 26 de diciembre.

1.2. Absoluta identidad entre los actos consentido y reproductorio/confirmatorio

Este sacrificio en el acceso a la tutela judicial por dirigirse contra actos definitivos o silencios²⁷ que reproducen o confirman previos actos consentidos,

a la admisión de la demanda pueda el órgano jurisdiccional abrir el trámite de inadmisión si es en ese momento, como aquí acontece, cuando tiene conocimiento de que se hubieren desestimado en el fondo mediante sentencias firmes otros recursos sustancialmente iguales».

²⁷ «[...] La Administración se abstuvo de resolver sobre el fondo de la cuestión habida cuenta que ya había sido resuelta y la vía administrativa ya había quedado agotada; y no se produce vulneración del artículo 89, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dado que la obligación de resolver se vincula a las pretensiones ejercitadas en tiempo y forma legal, no respecto de actuaciones administrativas firmes [...]» (STSJ de Madrid, de 23 de junio de 1999, rec. 1586/1996, FJ 2.º).

abriéndose ficticiamente el plazo de impugnación, se condiciona a requisitos restrictivos para no causar indefensión²⁸. Se parte de la aplicación común de la doctrina de las tres identidades —subjctiva, objetiva y causal— a las instituciones del acto confirmatorio, litispendencia y cosa juzgada (SSTS de 2 de marzo de 2001 [Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 818/1996, FJ 3.º] y 5 de marzo de 2019 [Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 1327/2016, FJ 4.º]). Por lo que la inadmisión exige una absoluta identidad entre los actos, de manera que no sean autónomos o independientes, sin introducir el segundo la más mínima novedad al limitarse a reiterar lo ya declarado en el anterior, que lo aclara, interpreta o dispone su ejecución²⁹. Máxime por las especiales características de duplicidad de actos conectados, o entre una petición en vía administrativa y la pretensión procesal sobre la que se plantea el impedimento, pero no de dos procesos sobre los que va a recaer al menos un pronunciamiento judicial. *Nihil novum* o identidad de contextos que no alcanza únicamente a las pretensiones (Administración y administrados, pretensiones *stricto sensu* y hechos respecto a los dos actos conexos), sino también a su concreta fundamentación o motivación jurídica³⁰. Y que deja fuera a la convalidación

²⁸ «[...] La jurisprudencia considera que cuando existe una posibilidad razonable de indefensión no es aplicable la excepción de inadmisibilidad del recurso fundada en tener por objeto un acto confirmatorio de otro consentido y firme» (STS de 22 de septiembre de 1997, Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 9113/1991, FJ 3.º). Sobre la casuística jurisprudencial en materia tributaria, de ejecución, contratación, personal y licencias, entre otras, J. L. Villar Palasí (1952), «La doctrina del acto confirmatorio», *Revista de Administración Pública*, 8, págs. 11-66; J. L. Villar Palasí y J. L. Villar Ezcurra (1998), «Artículo 28», «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 100, págs. 276-293; M.ª T. Cantó López (2004), «Fundamentación irrazonable de la causa de inadmisión por acto firme y consentido (comentario a la STC 3/2004, de 14 de enero de 2004)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 122, págs. 285-293; y J. González Pérez (2016).

²⁹ Con independencia de que, en un afán por deslindar los actos confirmatorios de los de reproducción, los primeros pudieran tener cierta sustantividad propia, como serían los actos de ejecución, respecto a los que se ha limitado su revisión a las cuestiones estrictamente ejecutivas: M.ª J. Romero Aloy, M.ª E. Casar Furió y S. Bellmont Lorente (2021), «La inadmisión de los recursos contencioso-administrativos y, en especial, las basadas en el efecto del acto consentido», en S. González-Varas Ibáñez y J. A. Tardío Pato (dirs.), *La Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa: sus cuestiones más actuales*, Navarra: Thomson-Aranzadi, págs. 222 y ss. Según la STS de 1 de julio de 2002 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 4475/1996, FJ 5.º), «[...] los actos de ejecución, inimpugnables como regla general, pueden ser revisados en vía jurisdiccional cuando incurran “per se” en algún vicio o infracción del ordenamiento jurídico [...]».

³⁰ Habiéndose negado la identidad entre dos actos cuando el segundo, a diferencia del primero, es objeto de motivación; e incluso basados en legislaciones distintas por derogación de la primera. J. L. Villar Palasí y J. L. Villar Ezcurra (1998: 287), y J. González Pérez (2016) citan a este último respecto a una STS de 8 de noviembre de 1972. Pero, a pesar de la

de un acto anterior por el elemento añadido de la *sanatio*. Como señala la STS de 22 de mayo de 2000 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 5456/1994, FJ 3.º), para entender que un acto es reproducción o confirmación de otro anterior consentido y firme es necesario que:

se trate de los mismos hechos y argumentos y que el acto dictado últimamente no amplíe o restrinja el inicialmente adoptado en su contenido y fundamento. O, dicho en otros términos, que el segundo acto o decisión administrativa no represente la más mínima novedad del anterior, del que debe constituir una simple reiteración. La identidad de ambos acuerdos debe ser absoluta para poder entender que revela un aquietamiento con una decisión administrativa anterior, aunque no se exija la coincidencia literal entre el primer acto y el segundo³¹.

1.3. Limitaciones de justicia material respecto al acto consentido: notificación reglada, exclusión del vicio de nulidad, silencio no recurrido y plazos de prescripción de derechos sustantivos

Ítem más, la singular inadmisión estudiada exige otros presupuestos de justicia material, según ha desarrollado la jurisprudencia constitucional y ordinaria en unión con la doctrina:

- El acto inicial que no ha sido recurrido en tiempo y forma ha tenido que ser notificado con todos los requisitos legales para que haya comenzado el plazo impugnatorio³², y no estar viciado de nulidad absoluta pues en puridad tal vicio de orden público no se sana con el paso del tiempo, según reconoce la teoría de invalidez de los actos administrativos en el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC, en adelante), al carecer

interpretación restrictiva, para J. A. Santamaría Pastor (2010: 321) es obligatorio admitir la excepción en alteraciones subjetivas no sustanciales (Administración y administrado) o «cuando el fundamento jurídico de las resoluciones hubiera sufrido una modificación en su expresión literal, pero manteniendo idénticos argumentos de fondo».

³¹ La STS de 14 de abril de 1993 (Sala Tercera, Sección Séptima, rec. 415/1991, FJ 2.º) afirma que «[...] la doctrina y jurisprudencia han elaborado el concepto y fijado los límites del acto confirmatorio de suerte que el mismo es presumible con carácter general cuando falta novedad por constituir dicho acto una repetición o reiteración del confirmado y más que en su estricta literalidad en su motivación jurídica, pues, lo esencial es que permanezcan inalteradas las situaciones consolidadas y en lo que específicamente concierne a sus modalidades: aclaratoria y ejecutiva, se ha manifestado un criterio jurisprudencial de ser inimpugnable, por falta de contenido propio del acto, cuando este aclara, interpreta o dispone la ejecución de otro anterior consentido y firme sin hacer nuevas declaraciones de derechos ni ampliar, de modo sustancial, aquellas que ganaron firmeza [...]».

³² Cfr. S. Muñoz Machado (2017), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo XII: Actos administrativos y sanciones administrativas*, Madrid: BOE, págs. 39 y ss.

- de plazo de preclusión la acción de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho³³.
- Corolario de lo anterior, este acto originario no puede consistir en un silencio administrativo no recurrido (SSTC 39/2006, de 13 de febrero y 239/2007, de 10 de diciembre³⁴), ya sea confirmado en un nuevo procedimiento o a través de la resolución expresa extemporánea³⁵, aun cuando el silencio negativo, a diferencia del acto presunto positivo, adopta precisamente la naturaleza de *fictio iuris* para recurrir³⁶. Si bien difícilmente va a ser consentido cuando no se contempla en la actualidad plazo alguno para recurrir el silencio positivo o negativo en vía administrativa (arts. 122.1 y 124.1 LPAP) ni el negativo en vía contencioso-administrativa (STC 52/2014, de 10 de abril, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 46.1 LJCA).
 - Y, en cualquier caso, la preclusión procesal del primer acto en que se basa la excepción no puede enervar el ejercicio de derechos sustantivos con plazos de prescripción más largos, lo que reabrirla el plazo impugnatorio contra el segundo acto. En términos del FJ 5.º de la STC 24/2003, de 10 de febrero.

³³ Esta reducción a la inimpugnabilidad —que por sí sola debe dejar fuera también a las disposiciones reglamentarias que reiteran el contenido de otras anteriores, más allá de la justificación literal utilizada por la jurisprudencia (por todas, STS de 20 de diciembre de 1996, Sala Tercera, Sección Séptima, rec. 514/1993, FJ 2.º)— fue introducida durante la tramitación parlamentaria del entonces art. 27 del Proyecto de Ley, siendo finalmente suprimida por el Senado, tal como explica A. Huergo Lora (1999), «Irrecurribilidad de los actos confirmatorios y reproductorios y prescripción de derechos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 104, pág. 555.

³⁴ La primera, en torno a la solicitud de reintegro por la Dirección General de la Guardia Civil de determinados pagos hechos en concepto de licencias y tasas, exigidos a la mercantil demandante de amparo por el Ayuntamiento de Pamplona con ocasión de las obras de ampliación y reforma de la comandancia-casa cuartel de la Guardia Civil en dicha localidad. La segunda, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra el Ayuntamiento de Castuera por los perjuicios ocasionados a la heredad del recurrente en amparo, como consecuencia de haber sido destinada una finca colindante a vertedero.

³⁵ En estos casos de resolución expresa posterior al silencio, pero cuando dicho silencio sí haya sido objeto de recurso contencioso, téngase en cuenta la jurisprudencia recaída sobre el art. 36.4 LJCA, con relación al desistimiento (satisfacción extraprosesal) o ampliación (acumulación sucesiva) del recurso a dicha resolución expresa retrasada: SSTs de 16 de febrero de 2009 (Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 1887/2007); 24 de julio de 2014 (Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 2316/2013); 15 de junio de 2015 (Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 1762/2014); 4 de abril de 2016 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 811/2014); 2 de julio de 2018 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 2456/2016); y 20 de junio de 2019 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 324/2017).

³⁶ Entre otras, STS de 24 de febrero de 1988, Sala Tercera, Sección Primera, rec. 408/1985, FFJJ 3.º y 4.º Aunque la salvedad se retrotrae en el tiempo, a la luz del comentario de T. R. Fernández Rodríguez (1967), «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios», *Revista de Administración Pública*, 53, págs. 277-302.

[...] dada la finalidad a la que responde esta causa de inadmisión, la aplicación de la misma puede resultar problemática en aquellos supuestos en los que los actos administrativos impugnados resuelven una petición por la que el ciudadano ejerce un derecho al que el ordenamiento jurídico reconoce un plazo de ejercicio que no coincide con los plazos establecidos con carácter general para impugnar los actos administrativos, aunque con anterioridad haya pretendido ejercer el derecho de que se trate y la Administración se lo haya denegado. Debe tenerse en cuenta que las resoluciones administrativas no producen un efecto equivalente al de la cosa juzgada, y por ello la existencia de una resolución administrativa por la que se desestima una petición, por sí misma, no priva al destinatario de la misma del derecho a reiterar esa petición en un momento posterior si todavía el ordenamiento jurídico le concede acción para ello³⁷.

2. EXCEPCIÓN DE INADMISIBILIDAD POR LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA MATERIAL

2.1. Diferente temporaneidad de la litispendencia y cosa juzgada

El impedimento de cosa juzgada o litispendencia aparece recogido expresamente en el art. 69.e) LJCA como uno de los fallos de inadmisión de la sentencia³⁸, esto es, por razones procesales sin entrar en el fondo del asunto, siendo

³⁷ Sin negar los problemas de justicia material que plantea la causa de inadmisibilidad fundamentada en el acto consentido, A. Huergo Lora (1999: 557 y ss.) revisa a la luz del derecho comparado esta corrección derivada del reconocimiento de derechos cuyos plazos de prescripción no han transcurrido, cuyo *leading case* se remonta —más allá de las retribuciones funcionariales— a la STS de 22 de julio de 1986, junto con los trabajos de J. A. Santamaría Pastor (1969), «El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?», *Revista de Administración Pública*, 58, págs. 185-208; y J. M.^a Michavila Núñez (1986), «Caducidad de la acción y prescripción del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 111, págs. 231-236; contribuyendo también al debate restrictivo P. Puñet Gómez (2011), «Una excepción a la excepción de acto firme: las relaciones jurídico-administrativas de naturaleza obligatoria», *Revista de Administración Pública*, 186, págs. 223-256.

³⁸ Asimismo, se prevé en el art. 110.5.a) LJCA relativo a los recursos en masa o a la posible extensión en ejecución de sentencia de los efectos de una sentencia firme reconocedora de una situación jurídica individualizada en materia tributaria, de personal y unidad de mercado; en concreto, a favor de quienes, aun no habiendo sido parte en el proceso, estén en las circunstancias que enumera el art. 110.1 LJCA (idéntica situación jurídica que los favorecidos, juez/tribunal competente territorialmente, y solicitud de la extensión en el plazo de un año). El incidente, con informe de viabilidad de la Administración y audiencia de las partes, será resuelto en todo caso con auto desestimatorio cuando exista cosa juzgada, entre otras circunstancias del art. 110.5 LJCA.

por tanto procedente el régimen de recursos contra sentencias y, aunque sea discutible por el silencio del legislador, la condena en costas por ser equivalente a la desestimación total. Aunque tales excepciones pueden ser alegadas con anterioridad en el incidente de alegaciones previas y contestación a la demanda (art. 58.1 LJCA por remisión al art. 69 LJCA). Precisamente la STS de 22 de marzo de 2022 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 1588/2020, FFJJ 3.º y 4.º) ha confirmado que no puede apreciarse la cosa juzgada material negativa sin esperar a la formalización de la demanda en la que se contiene la *causa petendi* y el *petitum*, necesarios para apreciar la plena identidad requerida, negándose pues como momento procesal el previsto en el art. 51 LJCA (a la vista del expediente administrativo con anterioridad a la demanda). El resto de motivos procesales tasados que dan lugar a la sentencia de inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones (inadmisibilidad parcial admitida ya anteriormente por una línea jurisprudencial) son: la falta de jurisdicción con aplicación del art. 5 LJCA (no incompetencia del órgano judicial, que debe depurarse antes de la sentencia, según el art. 7.3 LJCA en aplicación de la doctrina constitucional), la falta de representación o legitimación de la persona incapaz recurrente, la caducidad del plazo de interposición del recurso, o que su objeto no sea susceptible de impugnación.

Si la cosa juzgada hace referencia a un supuesto idéntico resuelto en el fondo por sentencia firme, estimatoria o desestimatoria, la litispendencia, como institución tutelar o anticipada de la cosa juzgada³⁹, se produce cuando se halla pendiente de resolución el mismo pleito con efectos desde la interposición del recurso (art. 410 LEC)⁴⁰. Dos baluartes desde diferente plano temporal del *non bis in idem* para evitar resoluciones reiterativas o contradictorias⁴¹. Pues, aunque antiguamente la cosa juzgada significaba una presunción de que lo juzgado era cierto⁴², en la actualidad se reconduce a esta censura procesal a la reproducción indefinida del mismo litigio, al impedir a cualquier órgano jurisdiccional volver a pronunciarse sobre lo ya decidido con fuerza de cosa juzgada.

³⁹ El hecho de que el antiguo art. 82 LJCA 1956 no incluyera la litispendencia como causa de inadmisión, no fue óbice para su aplicación por la jurisdicción contencioso-administrativa en analogía con la cosa juzgada: STS de 20 de abril de 1993, Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 3498/1991, FJ 1.º.

⁴⁰ Sobre la posible confusión entre litispendencia que implica inadmisión y prejudicialidad que conlleva suspensión, en especial la prejudicialidad homogénea (dentro de la misma Jurisdicción) regulada supletoriamente por el art. 43 LEC, con la excepción de la regulación específica en el contencioso de la impugnación de reglamentos, S. González-Varas Ibáñez (2020: 960 y ss.).

⁴¹ J. B. Acosta Estévez (1987), *Pretensión procesal administrativa, ejecución de sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*, Barcelona: PPU.

⁴² Antiguos arts. 1251 y 1252 del Código Civil.

2.2. Cosa juzgada material, negativa y positiva, y cosa juzgada formal

Se trata naturalmente de la cosa juzgada material en su sentido negativo o excluyente, amén de la vinculación positiva de lo juzgado a otros procesos relacionados pero sin identidad plena (art. 222.4 LEC: basta con identidad subjetiva, cualesquiera que sean las posiciones que se ocupen, y antecedente lógico)⁴³. Frente a la cosa juzgada formal, que impide recurrir —salvo en revisión— contra resoluciones firmes, así consideradas por ley o preclusión de los plazos del recurso. Dicho de otro modo, mientras esta despliega sus efectos excluyentes dentro del mismo proceso (art. 207 LEC), la cosa juzgada material se proyecta externamente sobre otras causas con el mismo objeto cuando haya recaído sentencia firme sobre el fondo, no por inadmisión⁴⁴. El art. 222 LEC

⁴³ La STS de 29 de diciembre de 2015 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 1153/2014, FJ 3.º) recuerda la doctrina jurisprudencial sobre la cosa juzgada positiva o prejudicial: «La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de este coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquel no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en este. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su *thema decidendi* cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida. [...] El efecto prejudicial positivo dependerá de la conexión entre el acto, disposición o actuación juzgados y el acto, disposición o actuación respecto de los que se invoca dicho efecto en el proceso ulterior». Lo que corrobora la STS de 22 de marzo de 2022 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 1588/2020, FFJJ 3.º y 4.º) al no exigir en estos casos la plena identidad entre los objetos de los procesos sino la conexión entre ellos, siempre que los sujetos sean los mismos, cualesquiera que sean las posiciones que ocupen cada uno de ellos (como cuando en uno de los procesos la Administración actúa como demandante como consecuencia de una declaración de lesividad, alcanzando la cosa juzgada también a la reconvención *ex art.* 222.2 LEC), y lo resuelto en el primer juicio mediante pronunciamiento firme sea parte del objeto del segundo o, como dice el art. 222.4 LEC, «aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto». No obstante, para la sentencia de 11 de mayo de 1990 (Sala Tercera, Sección Sexta, FJ 2.º), pese a existir entre los dos procesos «la más perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal, [...] el remedio de la anomalía ha de pasar, más que con la aplicación de la función negativa de la cosa juzgada, dado el estado procesal en que nos encontramos, con la de la función positiva de ella, es decir, por la vinculación que la misma produce en los jueces para un fallo futuro, dictando una idéntica resolución [...]». Sobre esta posible peculiaridad de la cosa juzgada civil en el contencioso-administrativo, M.ª R. Alonso Ibáñez (1996: 259 y ss.).

⁴⁴ Una perspectiva comparada de la *res iudicata* en la actualidad ofrece J. Ezurmendia Álvarez (2021), *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada*, Barcelona: Bosch. Véanse, asimismo, A. de la Oliva Santos (1991), *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid: CERA y J. M.ª Rifá

vincula la cosa juzgada material a las «sentencias estimatorias o desestimatorias», con exclusión de las de inadmisibilidad, sin perjuicio de que alcancen firmeza o cosa juzgada formal. Por tanto, todo proceso inadmitido por razones formales, aun firme a efectos del mismo proceso, no impide el ejercicio posterior de la acción con idéntica pretensión; lo que es especialmente relevante para el silencio negativo, donde, al carecer de plazo preclusivo, nunca será obstáculo dicho plazo para el segundo proceso (STS de 27 de julio de 2020, Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 899/2019, FFJJ 1.º y 2.º).

Lo que encuentra su paralelismo, *servata distantia*, en el procedimiento administrativo, desde el momento en que no cabe impugnación administrativa —con excepción de la revisión de oficio y recurso administrativo de revisión de los arts. 106 y 125 LPAC— contra los «actos firmes en vía administrativa» (a diferencia de los «actos que ponen fin a la vía administrativa», susceptibles aún de recurso potestativo de reposición junto al contencioso *ex* arts. 114 y 123.1 LPAC). Al igual que tampoco cabe la impugnación contencioso-administrativa contra los actos definitivamente irrecurribles por la doctrina del acto consentido. Y, aunque no se menciona literalmente la duplicidad procesal entre las causas de inadmisión de instancias (art. 88.5 LPAC) o recursos administrativos (art. 116 LPAC), es obvio que tampoco caben reiteraciones en esta sede⁴⁵.

2.3. Sustancial identidad entre los procesos, causa petendi y art. 400 LEC

No hace falta ser un jurista avezado para darse cuenta de que el nudo gordiano de la cosa juzgada material —o litispendencia— es el presupuesto de identidad sustancial entre el proceso ya resuelto —o iniciado— y el nuevo en el que se opone la autoridad de cosa juzgada —o litispendencia—. Presupuesto cuya relevancia es inversamente proporcional a la unanimidad sobre tales conceptos en la dogmática y praxis judicial. Se ha dicho que la identidad de pretensiones entre los procesos ha de ser completa, al incluir no solo el *petitum* o pretensiones en sentido estricto (también laterales o accesorias), es decir, lo que se pide o pretende obtener, incluido el mismo acto o actuación recurrida como elemento específico identificador de la cosa juzgada en el contencioso⁴⁶ (o actuación conexa, en cohe-

Soler (1980), *La cosa juzgada en lo contencioso-administrativo*, tesis doctoral dirigida por Jorge Carreras Llansana, Universidad de Barcelona.

⁴⁵ «Es de recordar la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1987 cuando afirma que “[...] la cosa juzgada [...] no solo impide a los Tribunales volver a pronunciarse sobre un asunto ya fallado definitivamente, sino que impide, asimismo, que la Administración se pronuncie válidamente de nuevo sobre el mismo asunto, en un sentido contrario o distinto del fallo recaído, a menos que se hubieren producido circunstancias o hechos nuevos que alterasen sustancialmente los hechos enjuiciados» (STSJ de Madrid, de 20 de enero de 2001, rec. 149/1997, FJ 3.º). Véase C. Cierco Seira (2009).

⁴⁶ «[...] Si en el posterior proceso la *res de qua agitur* es un acto (actuación) o una disposición diferente del que se enjuició en la resolución firme anterior, ya no puede darse

rencia con la regla de los actos confirmatorios o reproductorios⁴⁷), sino también la causa de pedir o hechos que nutren las pretensiones, más el elemento subjetivo

el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, salvo que el acto (actuación) o la disposición objeto del segundo proceso sean meras repeticiones del que se juzgó en el primero. [...] Y además, claro está, la apreciación de la excepción de cosa juzgada exige que se trate no solo del mismo acto, disposición o actuación material sino también de la misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior [...]. Si en el proceso posterior sobre el mismo acto, disposición o actuación cambian la *causa petendi* o el *petitum* de la pretensión examinada y decidida en la resolución judicial firme anterior tampoco operará en su función negativa la cosa juzgada» (STS de 16 de junio de 2017, Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 890/2016, FJ 4.º). Por ejemplo, la STS de 20 de marzo de 2012 inadmite por cosa juzgada el recurso 569/2010 interpuesto por el Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Alicante (frente a la Administración del Estado y, como codemandados, los Colegios Oficiales de Ingenieros de Minas de Levante y el Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas, así como el Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación) contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de diciembre de 2008, por el que se establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios conducentes a la obtención de los títulos que habiliten para el ejercicio de las distintas profesiones reguladas de Ingeniero Técnico, habida cuenta de que tal acuerdo fue objeto ya del recurso 261/2010 entre los mismos litigantes y con igual causa de pedir y suplico en la demanda, sobre el que recayó sentencia desestimatoria el 7 de noviembre de 2011. Y la STS de 4 de octubre de 2018 (Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 3569/2017, FJ 8.º) recuerda que «en los supuestos de recurso indirecto, el objeto del recurso viene determinado por el acto de aplicación [un plan parcial, en este caso], lo que supone que la impugnación indirecta de la disposición que le sirve de cobertura constituye un motivo de impugnación, pero no la actividad administrativa impugnada, por lo que no puede hablarse de identidad de objetos procesales» a efectos de litispendencia respecto al proceso que anuló la disposición (el instrumento de planeamiento general). Y, de igual modo, la forma de impugnación indirecta no tiene que ser anunciada en el escrito de interposición del recurso, por lo que se excluye la desviación procesal respecto a la misma (STSJ de Cataluña, de 17 de octubre de 2006, rec. 80/2006, FJ 1.º).

⁴⁷ Pero es que además en los casos de reiteración de actos por la Administración, la inadmisión por cosa juzgada opera en favor de los administrados en el contexto de la superación del proceso objetivo, porque, como ha advertido E. García de Enterría (1992: 62 y 63), con apoyo en una STC de 28 de octubre de 1987, procede la aplicación de la fuerza de cosa juzgada cuando la Administración a quien se ha anulado un acto dicta a continuación uno nuevo prácticamente idéntico, que forzaría en otro caso a un segundo proceso *ad infinitum*, pudiendo ser así eliminado por simple incidente de ejecución por el órgano que decidió el primer fallo. La aplicación de la excepción de cosa juzgada por seguridad jurídica respecto a dos actos equiparables, como pueden ser un acto de trámite y el consiguiente resolutorio, es reclamada también por M.ª García Pérez [(1999), *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Navarra: Aranzadi, págs. 132 y ss.], a la luz de las SSTs de 16 de julio de 1990 y 27 de febrero de 1996, que dictaron resolución contradictoria sobre la misma pretensión

de los litigantes en la misma calidad en que actúan (art. 222 LEC)⁴⁸. Teniendo presente la singularidad de las sentencias anulatorias de actos o disposiciones, por su aplicación a todos los afectados y desaparición de la actuación recurrida. A ello se suma el controvertido art. 400 LEC, que considera existente tal identidad cuando los nuevos hechos incorporados al segundo proceso fueron susceptibles de invocación en el primero aunque no se hiciera, lo que se ha extendido incluso por la jurisprudencia a la alegación de los pedimentos⁴⁹. Pero el principal escollo se centra en determinar si la identidad debe abarcar también los fundamentos o títulos jurídicos, o si, por el contrario, la *causa petendi* se limita a los hechos que fundamentan las pretensiones. Como resume Alcalde Santos, tras un recorrido por las resoluciones civiles en la materia:

[...] se puede observar que todavía planea sobre nuestra práctica procesal el fantasma de la discusión centenaria entre partidarios de la denominada «teoría de la sustanciación» y los de la «teoría de la individualización», considerando los primeros que el título de pedir está formado únicamente por el elemento fáctico (aportación de los hechos), y los segundos que además del elemento fáctico también incluye el elemento jurídico o normativo (la calificación jurídica que la parte realiza de esos hechos y las normas citadas)⁵⁰.

Las consecuencias son determinantes puesto que, de incluirse el contenido jurídico, resultará más difícil si cabe la apreciación de cosa juzgada o litispendencia⁵¹.

contraria a la exclusión de una licitación, pero con diferentes actos impugnados. Según la STS de 30 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 6106/2009, FJ 2.º), la existencia de dos resoluciones administrativas impugnadas «no excluye la apreciación de la cosa juzgada, que existe, aunque la reclamación se repita y surjan así dos sucesivas resoluciones sobre ella, si esa reclamación lo es por causa o razón de unos mismos hechos cuyos resultados lesivos fueran ya cognoscibles al tiempo de formular la primera».

⁴⁸ Empero no es obstáculo para la apreciación de litispendencia el hecho de que en uno de los procesos el demandado fuera el Instituto Nacional de la Salud y en el otro el Instituto Catalán de la Salud compareciendo como codemandado el primero, según la STS de 27 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, rec. 5620/1995, FJ 5.º

⁴⁹ «De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este» (art. 400.2 LEC).

⁵⁰ J. A. Alcalde Santos (2008), «La interpretación jurisprudencial del art. 400 de la LEC», *Noticias Jurídicas*, disponible en *La interpretación jurisprudencial del artículo 400 de la LEC. Noticias Jurídicas (juridicas.com)*.

⁵¹ Sobre estas teorías antitéticas gestadas en Alemania a principios del siglo xx y desplegadas señaladamente en nuestro orden civil, véanse, por todos, A. de la Oliva Santos y I. Díez-Picazo Giménez (2004), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid: CERA, págs. 72 y ss., V. Gimeno Sendra (2017), *Derecho procesal civil. El proceso de decla-*

Pese a la dificultad de trasladar la supletoriedad de la LEC al proceso contencioso-administrativo (disposición final primera de la LJCA), la mejor opción parece dejar a un lado los títulos jurídicos (salvo en las lesiones de derechos fundamentales⁵²), y por supuesto las normas concretas invocadas, para la necesaria identidad que debe existir entre dos procesos para esgrimirse las excepciones de cosa juzgada material o litispendencia⁵³, merced a la cierta ambigüedad que reina en la jurisdicción de recepción, pero sobre todo a la diferenciación en los arts. 33.1, 56.1 y 65.1 LJCA entre pretensiones y motivos o cuestiones de impugnación respecto a la otra vertiente de inalterabilidad dentro del mismo proceso, refrendada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Sería *prima facie* la mejor solución para que dichas excepciones pudieran tener una aplicación efectiva a través de requisitos exigentes pero equilibrados que hagan posible evitar juicios redundantes, desde el momento en que la tríada de identidades fuera suficiente para embridar la inadmisibilidad en garantía del derecho a la justicia⁵⁴. Eso sí, al diferenciarse lo fáctico de lo jurídico en la apreciación de

ración. Parte general, Madrid: UNED, págs. 211 y ss.; García Trevijano-Fos (1962: 20 y ss.); García Pérez (1999: 144 y ss.); y De Vicente Domingo (2016: 97 y ss.).

⁵² Según la STS de 16 de enero de 1998 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 6/1987, FJ 4.º), relativa a la compatibilidad entre el recurso ordinario y especial de protección de derechos fundamentales, la sentencia desestimatoria de este último «no impide una nueva impugnación de la disposición o acto basada en cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico, de mera legalidad ordinaria, o, incluso, en vulneración de otro derecho fundamental no considerado en el proceso resuelto», sin perjuicio de la vinculación positiva o prejudicial entre ellos.

⁵³ Según J. Guasp [(1948), «Los límites temporales de la cosa juzgada», *Anuario de Derecho Civil*, 2, pág. 444], «el fundamento consiste en la invocación de ciertos acacimientos que justifican la petición del actor, acacimientos puramente de hecho, pues los supuestos normativos que sirven para valorarlo (fundamentos de derecho) no contribuyen a la individualización de la pretensión. [...]. El Derecho español habla expresamente de identidad de cosas y de causas y esta terminología es perfectamente aceptable, entendiendo por cosa la *res* litigiosa estricta, el bien de la vida que se pretende, y por causa la verdadera ratio o *causa petendi* de la pretensión, los fundamentos de hecho que la legitiman. Ningún otro elemento (v. g., las cuestiones) juega papel relevante en esta determinación de la extensión objetiva de la cosa juzgada». Para De Vicente Domingo (2016: 96), «la distinción entre hechos como causa de pedir y motivos de impugnación (en sentido estricto) permite dejar fuera de la individualización del recurso a los motivos de impugnación entendidos como motivos de ilegalidad». Y para Córdón Moreno (1999: 40 y 152), «la única solución consiste en admitir que los motivos de impugnación no forman parte de la *causa petendi* de la acción».

⁵⁴ J. González Pérez (1952) identifica la cosa juzgada material en nuestro Derecho procesal administrativo como la imposibilidad de examinar en un nuevo proceso una pretensión idéntica ya satisfecha. Asimismo, S. Royo-Villanova (1952), «Consideraciones sobre la fuerza de cosa juzgada de las sentencias de los historiales contencioso-administrativos», en *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Madrid:

la identidad, se exigiría una labor de discernimiento no siempre fácil entre ambos elementos para cada caso concreto.

Sin embargo, aun manteniendo la diferencia entre pretensión y motivos, tal solución dejaría sin protección aquellos casos en que la mutación del motivo de impugnación se debiera a una imposibilidad de alegación jurídica en el primer proceso, por ejemplo, por un cambio normativo⁵⁵. Lo que no ocurriría si estas excepciones exigieran también la identidad jurídica siempre y cuando hubiera podido invocarse la misma en el primer proceso. Justamente lo que establece el art. 400.2 LEC, al afirmar que los hechos, pero también los fundamentos jurídicos aducidos en el segundo proceso, se considerarán los mismos que los alegados en el anterior si hubiesen podido alegarse en este. Con lo que el éxito de las excepciones de cosa juzgada y litispendencia debe quedar anudado a una identidad muy cualificada [los mismos sujetos, el mismo *petitum* (lo que se pide) y la misma *causa petendi* (fundamento fáctico y jurídico de lo solicitado)⁵⁶], pero corregida en el sentido indicado. De suerte que no serán admisibles nuevos recursos cuya coincidencia con otros anteriores, en curso o juzgados en el fondo por sentencia firme, quede acreditada en pretensiones (pedimentos, hechos y sujetos) y motivos de impugnación —coincidencia que se dará en todo caso si los nuevos hechos o motivos pudieron alegarse en el primer recurso⁵⁷—, aunque difieran los apoyos normativos o por supuesto en perspectivas de planteamiento o aportación probatoria⁵⁸. Abona esta conclusión además la literalidad de la LEC, más cercana a la teoría de la individualización (arts. 218.1 y 400.2, frente al 222.2). Y, por lo que se refiere a la categoría desgajada de los motivos en el contencioso, su mismo tratamiento de inalterabilidad que las pretensiones en la desviación e incongruencia, con

IEAL, págs. 619 y ss. Para la STS de 3 de noviembre de 2003 (Sala Tercera, Sección Séptima, rec. 448/2000, FJ 3.º), la disparidad de hechos como *causa petendi* entre los procesos, y no por sí solos los diferentes motivos o razones jurídicas esgrimidos, ahuyentan el efecto de cosa juzgada. Más confusa se muestra la STS de 5 de marzo de 2013, Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 5664/2009, FJ 3.º.

⁵⁵ Lo que encaja con los límites temporales de la cosa juzgada de J. Guasp (1948: 456 y 457), cuando en el ulterior transcurso cronológico cambian las circunstancias fundamentales que produjeron la primera decisión judicial, atendiendo también a su fundamentación jurídica.

⁵⁶ STS de 22 de marzo de 2022, Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 1588/2020, FJ 3.º.

⁵⁷ Aplica esta regla de preclusión respecto a la alegación de preceptos legales la STS de 23 de septiembre de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 9247/1997, FJ 2.º. Asimismo, J. Oliván del Cacho (2021), «Artículo 56», en A. Ezquerro Huerva y J. Oliván del Cacho (dirs.), *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valencia: Tirant lo Blanch, vol. II, págs. 1164 y 1165.

⁵⁸ Para la STSJ de Madrid de 16 de marzo de 2006 (rec. 854/2001, FJ 4.º), un supuesto criterio jurisprudencial nuevo y distinto al seguido por la anterior sentencia no desvirtúa la identidad existente para apreciar la inadmisión por cosa juzgada.

las matizaciones que se verán, especialmente respecto a la divergencia con la vía administrativa y facultades judiciales.

V. CAUSAS QUE PROHÍBEN LA DESVIACIÓN PROCESAL O ALTERACIÓN DE LA PRETENSIÓN EN EL MISMO PROCESO

1. DISCORDANCIA ENTRE LAS VÍAS ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

1.1. Superación del proceso revisor: alterabilidad de los motivos de impugnación frente a la intangibilidad de las pretensiones y hechos

Las consecuencias de la identidad de las pretensiones, y de otros elementos relacionados con el objeto del proceso, no terminan con la inadmisión por duplicidad procesal. Otro de los bloques de nulidad de actuaciones que pivotan en torno a los requisitos de identidad se proyecta en sentido contrario tanto a las actuaciones de las partes (desviación en escritos forenses) como judiciales (incongruencia de la sentencia). Si en la dualidad de procesos la coincidencia es la que determina la inadmisibilidad por seguridad jurídica, en los términos vistos, dentro de un mismo proceso, la heterogeneidad de la controversia es la que origina su rechazo formal por desviación a resultas de los principios de contradicción y prueba. Erigiéndose así en garantía procesal la inalterabilidad de la pretensión y de los motivos de impugnación según precisa en esta ocasión la LJCA.

Pero, en primer término, en cuanto a la correlación que debe existir entre la fase administrativa y el proceso judicial contencioso, el art. 56.1 LJCA tiene el siguiente literal: «en los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración». De esta enumeración un tanto imprecisa y equívoca, quizá por rescatarse del antiguo art. 69.1 LJCA 1956, hay que entender que, si bien las pretensiones tienen que coincidir, en su triple extensión de sujetos, «hechos» (*causa petendi*) y «pretensiones» en sentido estricto (*petitum*) respecto a la actividad impugnada (aun conexas por mor de la acumulación inicial en el escrito de interposición⁵⁹), los «motivos» jurídicos o cuestiones de impugnación, como los vicios de nulidad absoluta o relativa, sí pueden ser distintos en una y otra sede. Pudiéndolos ser también *a fortiori* los

⁵⁹ La acumulación de diferentes actuaciones y pretensiones debe hacerse respectivamente en los distintos momentos procesales de interposición del recurso y demanda para no incurrir en desviación procesal, salvo naturalmente en aquellos supuestos en que la acción principia directamente con la demanda (recurso de lesividad, inexistencia de terceros interesados, y procedimiento abreviado).

«fundamentos de Derecho» o preceptos en que se apoyan dichos motivos. Bien entendido que, aunque el art. 56.1 LJCA se refiere al actor («[...] ante la Administración»), la Administración demandada puede invocar asimismo motivos o causas justificativas de su decisión distintos a los utilizados en vía administrativa⁶⁰.

La previa oportunidad de decidir en vía administrativa (incluidos los recursos administrativos, en su caso) pasa por la sustancial coincidencia entre las pretensiones administrativas y procesales en su acepción extensiva⁶¹, sin que puedan ser innovadas, alteradas o adicionadas, so pena de incurrir en inadmisión del recurso o de alguna de sus pretensiones (actuación no susceptible de impugnación/desviación procesal o mutación objetiva insubsanable⁶²) según las reglas

⁶⁰ «En cuanto a la desviación procesal con respecto a lo decidido en vía administrativa [...] debe notarse que aquella se produce cuando en sede jurisdiccional el demandante plantea pretensiones que no formuló en vía administrativa, o cuando la Administración pretende un pronunciamiento distinto y más gravoso que el que ella misma hizo en su resolución [...]. Si esa interpretación, directamente inspirada en la voluntad del legislador declarada en la Exposición de Motivos de la Ley, permite a la parte actora suscitar en el proceso argumentos y cuestiones que no había planteado en vía administrativa, la superación de la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como instancia meramente revisora debe igualmente conducir a que, en el debate en plenitud que el proceso ha de suponer, también la Administración pueda respaldar su actuación con razones distintas a las que esgrimió en vía administrativa» (STS de 26 de mayo de 2011, Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 5991/2007, FJ 2.º). Con todo, A. Huergo Lora [(1998), «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública*, 145, págs. 89-115] ha puesto de manifiesto los problemas jurídicos que puede plantear la aportación de motivos distintos por la parte demandada. A lo que se suma, en el proceso laboral, la prohibición de alegar por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social motivos distintos de los aducidos en sus resoluciones para oponerse a la solicitud del interesado (véase la STC 15/1990, de 1 de febrero, FJ 1.º).

⁶¹ Según resume la STS de 10 de noviembre de 1997 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 7351/1992, FJ 2.º), la prohibición de sustraer a la Administración el objeto procesal, el «acto nace a la vida jurídica con los elementos subjetivos y objetivos que lo determinaron, de forma que es en función de ellos donde se encuentran los límites de la posterior impugnación jurisdiccional. [...] Ni el carácter antiformalista de la actuación de este orden jurisdiccional, ni el principio de economía procesal, ni los inconvenientes [...] para iniciar un nuevo expediente [...]» pueden fundamentar la pretensión de que se anule un acto que se ajustó a derecho, o a la inversa. Se ocupa del ámbito tributario I. Calatayud Prats (2020), *Conflictos entre la vía administrativa y la contencioso-tributaria: desviación procesal, abuso del derecho y retroacción*, Navarra: Thomson-Aranzadi. Y respecto a la jurisdicción social y su correlación con el previo procedimiento administrativo, incluida la reclamación administrativa previa reconducida a las prestaciones de la Seguridad Social, el art. 72 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, no admite variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos «salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad».

⁶² Aunque este atributo limita el beneficio del requerimiento y facultad de subsanación, la inadmisión por desviación procesal, incardinada en la causa genérica del art. 69.c) LJCA,

generales del art. 138 LJCA y específicas del oportuno momento rituario (recurso, demanda, alegaciones previas, contestación, y sentencia de inadmisión). Pero no por la correspondencia entre los motivos de impugnación que fundamentan el recurso y la oposición, y los preceptos invocados a tal fin. Del mismo modo que son independientes los medios de prueba a practicar y su valoración. Todo bajo una interpretación finalista o, si se quiere, antiformalista, sobre todo en la apoyatura fáctica y jurídica del escrito, no obstante las restrictivas reglas de aportación de pruebas documentales.

La desvinculación judicial de tales elementos de una posible desviación entronca con la superación del proceso revisor tras la autotutela administrativa o segunda instancia condicionada a la vía gubernativa en favor de un verdadero juicio entre partes con plenos poderes⁶³. Como reconoce la STS de 25 de febrero de 2010 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 4307/2008, FJ 5.º), «no supone una desviación procesal determinante de la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo el hecho de que en la demanda se invoquen argumentos o circunstancias nuevas, no alegadas en vía administrativa. El carácter revisor de esta jurisdicción no significa que en la vía judicial solo se puedan reproducir las razones o motivos expuestos en la administrativa» (en el mismo sentido, SSTC 98/1992, de 22 de junio; 160/2001, de 5 de julio; 133/2005, de 23 de mayo; 180/2005, de 4

debe limitarse a la pretensión afectada (inadmisibilidad parcial que recoge ya expresamente el art. 69 LJCA al referirse a la «inadmisibilidad del recurso o de algunas de las pretensiones»). Como recuerda la STS de 4 de noviembre de 2003 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 3142/2000, FFJJ 4.º y 5.º), la jurisprudencia ha considerado insubsanable el defecto de desviación procesal «tanto si se cifra en a) la divergencia sustancial entre el escrito de interposición del recurso y el suplico de la demanda [...], como si consiste en b) el planteamiento de pretensiones no planteadas en vía administrativa [...], sin que le sea por tanto aplicable el requerimiento y facultad de subsanación del art. 138.1 y 2 LJCA. Bauzá Martorell, F. J. [(2021) *El acto previo. Del mito a la realidad*, Madrid: Iustel, págs. 182 y 183] afirma que el carácter insubsanable de este instituto de perfil jurisprudencial, pese a ser contrario a la tutela judicial efectiva, ha sido confirmado constitucionalmente en numerosas Sentencias. En el mismo sentido, Río Santos, F. (2017), «La desviación procesal en la Jurisdicción contencioso-administrativo: *mutatio libelli*», *Diario La Ley*, 9067, págs. 6 y ss.

⁶³ Desbordando el clásico carácter revisor, J. A. García Trevijano-Fos (1962: 23), pese a considerar a los vicios jurídicos o motivos impugnatorios dentro de la *causa petendi*, los reducía a los grandes vicios genéricos (incompetencia, desviación de poder y violación directa de norma en forma o fondo), al admitir la variación dentro de cada uno de ellos entre la vía administrativa y judicial y durante el proceso: «así, por ejemplo, si contra un acto administrativo se interpone recurso de reposición, alegando el vicio de incompetencia, se cometería desviación procesal si en el escrito de demanda se alegase la desviación de poder, pero, en cambio, no habría tal si habiéndose alegado este último vicio se apoyara en el recurso de reposición en mala fe del funcionario (es decir, dolo) y en la demanda se basase en error o ignorancia».

de julio; 29/2010, de 27 de abril; 23/2018, de 5 de marzo⁶⁴). Han sido especialmente significativos, con resultados dispares a la luz del anterior art. 69.1 LJCA 1956, los cambios de fundamentación expropiatoria a resarcitoria respecto a la pretensión indemnizatoria (STS de 25 de abril de 1988, Sala del Pleno, FJ 2.º), de error judicial al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en la responsabilidad del Estado juez (STS de 4 de enero de 1990, Sala Tercera, Sección Primera, FJ 8.º)⁶⁵, o los propiciados por reformas legislativas anteriores al dictado de la sentencia como en la regulación del servicio militar obligatorio (STS de 29 de junio de 1988, Sala Tercera, Sección Primera, FJ 1.º)⁶⁶ o régimen disciplinario (STS de 11 de julio de 1988, Sala Tercera, Sección Primera, FJ 4.º).

1.2. Avances en la estricta coincidencia entre pretensiones administrativas y procesales

A la luz de dicha evolución, tampoco pueden descartarse dudas razonables a la equivalencia de pretensiones entre ambas vías, con afectación incluso a la coherencia interna en el curso del proceso judicial⁶⁷. Porque, en palabras de Santamaría

⁶⁴ Esta última STC considera denegada la tutela judicial efectiva por omitir pronunciarse la resolución judicial sobre el motivo sustancial relativo al «error en la determinación del peso del vehículo», bajo el argumento de que dicha alegación no se planteó ante la Administración sancionadora, llegándose a inadmitir sin suficiente motivación el incidente de nulidad.

⁶⁵ Mientras en esta Sentencia no se examina el funcionamiento anormal del servicio público judicial por tratarse de una cuestión no planteada ante la Administración, en la STS de 30 de septiembre de 2009 (Sala Tercera, Sección Primera, rec. 371/2008, FFJJ 2.º y 3.º) no se valora la posible responsabilidad general de la Administración penitenciaria ante el Ministerio del Interior pues «la Sala [...] no puede reconstruir la *pretensión* del actor», centrada en la vía administrativa y judicial en el funcionamiento anormal del Estado juez (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria).

⁶⁶ Distinto es el supuesto de la STS de 29 de enero de 1991 (Sala Tercera, Sección Primera, FJ 2.º), donde la solicitud de exclusión del servicio militar, apoyada en vía administrativa en la concurrencia de un defecto físico, es cimentada en vía judicial en un defecto psíquico, lo que lleva a considerar una inadmisibles variación de la pretensión por alteración de los presupuestos fácticos, «[...] sobre la cual ni tan siquiera tuvo la oportunidad de pronunciarse la autoridad militar [...], pues, insistimos, en vía contencioso-administrativa podrán alegarse cuantos motivos y fundamentos se entiendan procedentes para alcanzar la nulidad de los acuerdos recurridos, pero en modo alguno alterar la pretensión».

⁶⁷ Sin que sea exigible, desde luego, una «formulación mimética en vía jurisdiccional de las pretensiones articuladas y deducidas previamente en la vía administrativa» (STS de 31 de mayo de 2016, Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 1342/2015, FJ 5.º). Pues «en ella ciertamente no se formulan las peticiones con la precisión con que se hace posteriormente; y hay muchas causas que lo explican: intervención de legos en derecho, falta de conocimiento de todas las circunstancias del supuesto que van desvelándose bajo el principio de la adquisición procesal, imprevisibilidad de acontecimientos posteriores como el de la misma decisión de recurrir en vía contencioso-administrativa, etc.»: R. de Vicente Domingo, (2016: 132).

Pastor, «la pretensión u objeto del recurso [...] queda, por así decirlo, congelada en el *petitum* o suplico planteado en la vía administrativa previa, sin que puedan incorporarse posteriormente peticiones derivadas de situaciones sobrevenidas en el propio curso del proceso, o que simplemente no pudieron contemplarse en las fases iniciales del litigio, cuando su conocimiento por las partes es aún imperfecto o fragmentario»⁶⁸. Para González-Varas, la desviación procesal, que «no está en la LJCA pero tiene un amplio reconocimiento en la praxis [...], es fruto [...] del contencioso al acto y, dicho con algo de ironía, de la corriente “antiformalista imperante de tipo formalista”»⁶⁹. Y, como advierte Fernández Torres, «la interpretación rígida de esta doctrina [...] aboca a la simple indefensión del justiciable»⁷⁰. Amén de la acumulación inicial de actuaciones conexas, se me antoja acertada por ello la jurisprudencia —anticipada por García Pérez⁷¹— que, con el objetivo de flexibilizar el acceso a la justicia, salva la discordancia a través de traer al proceso nuevos hechos relacionados con los aducidos en vía administrativa⁷², admitir pretensiones inherentes o derivadas directamente de los actos impugnados como las indemnizatorias⁷³, así como la variación cuantitativa de la petición por la actuali-

⁶⁸ J. A. Santamaría Pastor, (1981), «Veinticinco años de aplicación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas», *Revista de Administración Pública*, 95, pág. 136.

⁶⁹ S. González-Varas Ibáñez (2019: 138) y (2012) «La inadmisión del recurso contencioso-administrativo y de otros escritos y pretensiones procesales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 26, págs. 157 y ss.

⁷⁰ J. R. Fernández Torres (1998: 121 y 129).

⁷¹ M. García Pérez (1999: 151 y ss.) y (1998), «La regla de la inalterabilidad de la pretensión en el proceso contencioso-administrativo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2, pág. 304.

⁷² El cumplimiento ulterior de requisitos para la autorización de solicitudes de apertura de farmacias constituye uno de los litigios prolongados en el tiempo en los que ha prosperado la acción basada en hechos sobrevenidos al propio acto o recurso administrativo: «[...] Si como consecuencia de una aplicación rígida de los principios procedimentales se denegase la autorización de apertura de farmacia y se iniciase acto seguido el procedimiento de solicitud de la misma, la peticionaria tendría derecho indudablemente a obtener la nueva autorización que solicitara, sin más consecuencia que el perjuicio de su interés legítimo por el retraso en la apertura y el mucho más importante perjuicio para los habitantes del polígono [...]» (STS de 16 de diciembre de 1992, Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 8616/1991, FJ 3.º). Otro supuesto ha sido la asunción de un informe de ACNUR de fecha posterior a la del acto impugnado para admitir la condición de refugiado del recurrente, porque «al estar configurado el llamado recurso contencioso-administrativo como un auténtico proceso, [...] no podía haber obstáculo a que la Sentencia tuviera en cuenta unos hechos que en definitiva estaba *[sic]* en inmediata relación con los aducidos por el demandante como fundamento de su pretensión de nulidad del acto administrativo denegatorio de la condición de refugiado [...]» (STS de 24 de junio de 1994, Sala Tercera, Sección Primera, FJ 3.º).

⁷³ «[...] Se ha moderado en cambio su rigor, por ejemplo, si se reclama en la demanda el pago de los intereses de demora o, como es el caso también, precisamente, de la indemnización

zación de las cuantías debidas devengadas durante el procedimiento (junto con los correctores monetarios según la legislación sectorial aplicable)⁷⁴. O reconociendo simplemente la posibilidad de «perfilar, ampliar o extender la inicial pretensión impugnatoria deducida en vía administrativa, siempre que no desborde el marco general de referencia del acto o actuación correspondientes»⁷⁵.

por responsabilidad derivada de *daños causados por un acto* cuya nulidad se solicita en la misma demanda, aun cuando no se hubiere formulado petición previa en tal sentido en vía administrativa [...]» (STS de 30 de octubre de 2014, Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 663/2012, FJ 5.º). A la misma posibilidad de acumular *ex novo* en la demanda, incluso en vista/conclusiones (art. 65.3 LJCA), la pretensión indemnizatoria, no como pretensión principal, sino como medida adicional al cese de una vía de hecho para el pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada, se refieren las SSTs de 22 de septiembre de 2003 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 8039/1999, FJ 3.º) y 3 de enero de 2013 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 5273/2011, FJ 13.º); aunque, en la actualidad, la vía de hecho solo prevé un requerimiento potestativo de cesación como diligencia preliminar administrativa. Por su parte, la STS de 6 de febrero de 2019 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 210/2017, FJ 3.º) no condiciona el objeto del recurso contencioso contra la Orden IET/980/2016 por el hecho de que el recurso de reposición se limitara a determinadas cuestiones relacionadas con su aplicación, dada «la íntima vinculación de los aspectos de la Orden impugnada» por la que se establece la retribución de las empresas de distribución de energía eléctrica para el año 2016. Y la STSJ de Andalucía de 9 de marzo de 2020 (rec. 585/2017, FJ 2.º) rechaza la desviación procesal, ya que «puede entenderse efectivamente que aquella petición no fue formulada en vía administrativa, si bien se observa, a tenor de los argumentos que se ofrecen en fundamento de la demanda, una vinculación entre la misma y la petición orientada a impugnar las resoluciones a través de las que precisamente se articulaba el cobro por los interesados de aquel complemento».

⁷⁴ El Tribunal Supremo no aprecia decalaje procesal cuando la reclamación administrativa, el escrito de interposición del recurso contencioso y la demanda difieran en la cantidad reclamada, como consecuencia del progresivo pago por la Administración del principal adeudado, intereses devengados y gastos durante las diferentes fases del procedimiento. A pesar de que la sentencia de instancia llegó a afirmar que «este heterodoxo modo de proceder bien serviría de ejemplo académico para explicar qué es una desviación procesal», lo contrario para el Alto Tribunal conllevaría «gravar al acreedor con la carga procesal y económica de nuevas acciones y procesos a medida que tales conceptos, derivados [...] de una misma deuda y de una misma causa y razón de pedir, vayan variando». Por lo que la interpretación constitucional de las causas de inadmisión impone rechazar la anomalía procesal cuando, manteniendo igual actuación administrativa impugnada (inactividad material) y causa de pedir (por una misma deuda derivada de la prestación de servicios de asistencia sanitaria), las consecuencias de lo solicitado aumentan o disminuyen cuantitativamente por el tiempo transcurrido entre la reclamación administrativa y la demanda (STS de 11 de diciembre de 2019, Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 6651/2017, FFJJ 5.º y 6.º). Asimismo, STS de 27 de septiembre de 1999, Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 47511/1995, FFJJ 3.º y 4.º.

⁷⁵ Porque el requisito de que la Administración tenga la oportunidad de resolver previamente sobre lo que el interesado postule en su demanda «no puede interpretarse como una exigencia de coincidencia total», según la STS de 6 de febrero de 1999 (Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 5658/1993, FFJJ 3.º y 4.º). Afirmación audaz

En definitiva, según reconoce la STS de 18 de junio de 1993 (Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 2403/1989, FJ 6.º), con relación a la legalidad de una liquidación tributaria, respecto a la que existe una aparente discordancia entre los recursos administrativos de reposición (exención por estar destinadas las fincas a una explotación agrícola) y las demandas (indebida extensión de la superficie gravable de los terrenos, e índices de valoración incorrectos):

[...] dada la sutileza de la línea divisoria entre lo que son propiamente cuestiones nuevas o pretensiones aditivas de las originalmente formuladas y matizaciones complementarias de las argumentaciones y razonamientos implícitamente contenidas en estas últimas, debe ser interpretada, con un tenor aperturista que dé opción a la plena viabilidad del principio de tutela judicial efectiva y a la total ausencia de cualquier riesgo de indefensión de los intereses controvertidos, en un sentido amplio y progresista que permita, en lo posible, analizar, dentro del marco general impugnatorio prefigurado, todos los puntos objeto de disquisición».

Por cierto que, respecto a esta posible confusión entre pretensiones y motivos de impugnación, la STS de 30 de septiembre de 2020 (Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 2432/2019) ha resuelto por interés casacional que la invocación de la falta de consentimiento informado como infracción de la *lex artis* para el reconocimiento de responsabilidad sanitaria no es una pretensión (causa de pedir o hechos), sino un motivo de impugnación que puede ser alegado en revisión judicial aunque no se utilizara en vía administrativa, sin perjuicio de que en algún caso —como el resuelto por la sentencia— tal alegación jurídica se torne en fáctica⁷⁶.

2. INCOHERENCIA DURANTE EL PROCESO JUDICIAL: DESVIACIÓN INTRAPROCESAL ENTRE RECURSO Y DEMANDA, Y ENTRE DEMANDA/CONTESTACIÓN Y VISTA/CONCLUSIONES

2.1. Alcance de la prohibición de la *mutatio libelli*

El único precepto que contempla el hiato intraprocesal es el art. 65 LJCA en sede de formulación de conclusiones escritas o celebración de vista oral como actos procesales que vehiculan la réplica del demandante a la contestación a

que además no exigía el caso, pues de lo que se trataba era de admitir —como reconoce la ley— un nuevo motivo para la misma pretensión de anulación de las liquidaciones practicadas por el Ayuntamiento. Doctrina que sí se aplica a una nueva pretensión en sede judicial por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de abril de 2004, rec. 854/2001, FJ 3.º

⁷⁶ J. A. Martínez Fernández (2020), «Unificación de doctrina: desviación procesal por denegación de responsabilidad sanitaria», *Consejo General de la Abogacía Española*, disponible en *Unificación de doctrina: la desviación procesal por denegación de responsabilidad sanitaria - Abogacía Española (abogacia.es)*.

la demanda y valoración por ambas partes de la prueba practicada, según las distintas opciones de solicitud por otrosí en los escritos de demanda y contestación o tras la conclusión del período probatorio: «en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse *cuestiones*⁷⁷ que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación» (apdo. 1). Fijados los márgenes del debate para las partes, la inalterabilidad de la pretensión, en sus vertientes material, fáctica y subjetiva, se extiende a los motivos de impugnación y oposición, que no podrán ser admitidas ni examinadas en el proceso sin incurrir en incongruencia, aun cuando la parte demandada se oponga a la nueva pretensión o motivo⁷⁸; pudiéndose únicamente invocar distintos preceptos o fundamentos jurídicos de los alegados en la demanda y contestación⁷⁹. Con la

⁷⁷ Tras una confusa evolución jurisprudencial derivada de la ambigüedad normativa (al concepto de *pretensiones* llega a asimilarse expresamente el término *cuestiones* empleado en el art. 79.1 LJCA 1956: véase la STS de 26 de mayo de 1998, Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 6917/1993, FJ 2.º), la inclusión de pretensiones y *motivos* de impugnación (no de meros preceptos o doctrinas legales) dentro del término *cuestiones* de este art. 65.1 LJCA, queda acreditada por la actual jurisprudencia a la luz de la LJCA. Siendo además este significado de *motivos* el que se atribuye al término *cuestiones* en los arts. 88.1 y 119.3 LPAC respecto a la congruencia de la resolución en los procedimientos y recursos administrativos respectivamente.

⁷⁸ El interés casacional objetivo que centra la STS de 27 de septiembre de 2018 (Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 2841/2017) es «determinar si, introducir una nueva causa de nulidad en el escrito de conclusiones, distinta de la alegada en la demanda como soporte fundamentador de la pretensión de nulidad, es un argumento jurídico nuevo, como plantea la recurrente, o, por el contrario y como sostiene la sentencia, es un nuevo motivo, y, aun cuando se entendiera que se trata de un nuevo motivo, si puede ser rechazado por la sentencia (sin necesidad de hacer uso de la facultad otorgada por el art. 33.3 LJCA), una vez que la demandada y codemandadas contestaron —en sus respectivos escritos de conclusiones— a ese nuevo “argumento jurídico” o “motivo” de la pretensión de nulidad». Aclarado que la falta de motivación es un vicio distinto a la desviación de poder, y por tanto representa un nuevo motivo incorporado en las conclusiones, y no simplemente un fundamento jurídico, el Alto Tribunal recurre a la sentencia de instancia para afirmar que «cuando la parte demandante incluye un motivo nuevo de impugnación o nulidad en su escrito de conclusiones es evidente que la parte demandada puede oponerse a él en su escrito de conclusiones, pero sus posibilidades de defensa están muy limitadas en relación con las que tenía en el momento de contestar a la demanda, ya que no puede aportar documentos ni proponer prueba». Por lo que «la Sala de instancia ha hecho adecuada aplicación del artículo 65.1 de la Ley de la Jurisdicción cuando establece que “en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación”, prohibición de que las partes planteen nuevas cuestiones (o motivos de impugnación o nulidad) en los escritos de conclusiones que tiene su fundamento en proteger el derecho de defensa de la parte contraria» (FFJJ 6.º y 7.º).

⁷⁹ Así se deriva de la doctrina recogida en la STS de 3 de junio de 2020 (Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 3654/2017, FJ 3.º) sobre el art. 65.1 LJCA, que tampoco prohíbe las corres-

excepción que hace el apdo. 3, según el cual, el demandante puede pedir en la vista o conclusiones que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de la indemnización por daños y perjuicios si ya constan probados en autos; estableciéndose en otro caso, conforme al art. 71.1.d) LJCA, las bases para la determinación de su cuantía, que quedará diferida a la ejecución de sentencia⁸⁰.

Aunque no es casualidad que esta amplia prohibición de mutación se explicita en una fase conclusiva tras la prueba (en la vista las partes concretan los hechos y puntualizan, aclaran o rectifican cuanto sea preciso para delimitar el objeto de debate, y las conclusiones presentan unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que apoyan sus pretensiones, a tenor de los arts. 63.2 y 64.1 LJCA respectivamente)⁸¹, es obvio que la inmutabilidad para preservar la contradicción y la prueba se exige durante todo el proceso hasta la sentencia congruente, como una de los efectos de la litispendencia una vez deli-

pondientes alegaciones de refutación, las «alegaciones o razonamientos complementarios o de refuerzo de los esgrimidos en los escritos de demanda y contestación», o el recordatorio de doctrina jurisprudencial.

⁸⁰ A diferencia de la indemnización como pretensión principal, la excepción queda acotada, como respecto a la vía administrativa, a cuando el acto impugnado causa daños y perjuicios y se acumula la pretensión indemnizatoria a la anulatoria como medida de restablecimiento (art. 32.1 Ley 40/2015) o a la pretensión contra la vía de hecho. Véase la doctrina aplicable en J. A. Santamaría Pastor (2010: 667 y 668) y STS de 23 de julio de 2001 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 3972/1996, FJ 2.º). Ahora bien, esta excepción «en ningún caso abarca una petición de indemnización basada en una nueva causa de nulidad del acto, esgrimida de forma novedosa en el escrito de conclusiones, pues ello integra una pretensión autónoma que no puede ser planteada en este trámite del proceso» (STS de 16 de enero de 2015, Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 1779/2012, FJ 5.º). Y, en cuanto a la determinación de la cuantía con carácter general, salvo los casos vistos de actualización, «cuantificada en el suplico de la demanda la reclamación de la parte actora en una cantidad concreta, el principio de congruencia y el de los actos propios impiden modificar aquella en el escrito de conclusiones a la vista del resultado probatorio» (STS de 16 de junio de 2004, Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 1061/2000, FJ 4.º). Por otra parte, no elude la inescindible congruencia entre el contenido del fallo y la actividad de ejecución, D. Cuadrado Zuloaga (2009), «La desviación procesal como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo», *Actualidad Administrativa*, 4, págs. 2 y 3.

⁸¹ «[...] En tal sentido se ha pronunciado repetidamente el TS, que en virtud de la prohibición que analizamos impide su consideración, incluso, cuando [los nuevos hechos] se han conocido después de la terminación del período de prueba (STS, Sala 3.ª, Sección 2.ª, de 15-11-1996 [...], FJ 6.º), o producidos con posterioridad a la formulación de la demanda (STS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 27-11-1991 [...]), o aunque se deriven de la prueba pero no hayan sido suscitados con antelación (STS, Sala 3.ª, Sección 2.ª, de 5-1-1994 [...]): De Asís Roig, A. E. (1998), «Artículo 65», «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 100, pág. 496.

mitado el objeto litigioso en el escrito de interposición del recurso⁸²; dejando a salvo las posibles alegaciones complementarias a la vista del expediente administrativo tras la formalización de la demanda o contestación sin haberse recibido el mismo (art. 53.2 LJCA); y las alegaciones en cualquier momento procesal —excluida la vista/conclusiones⁸³— de los motivos de inadmisibilidad de los actos procesales de las partes conforme al régimen general del art. 138 LJCA en cuanto singulares motivos de impugnación que fundamentan la pretensión de inadmisión. Siendo significativa la jurisprudencia que hace hincapié en la concordancia obligada entre el escrito de interposición y la demanda para no incurrir en inadmisibilidad por desviación procesal insubsanable⁸⁴, por lo que atañe en esta ocasión a la actividad o inactividad administrativa impugnada, en cuanto contenido esencial del recurso sin perjuicio del resto de documentos del art. 45.2 LJCA:

[...] el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo es un acto procesal de la parte actora dominado por el principio dispositivo, que individualiza el acto o disposición que se impugna. Su primer efecto es el de delimitar el objeto del proceso, que no podrá alterarse ya en el escrito de demanda [directa o indirectamente] salvo la posibilidad de ampliación prevista en el artículo 36 LJCA» (Sentencia de 30 de junio de 2011, Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 3388/2007, FJ 4.º)⁸⁵.

2.2. *Relajación de la inadmisibilidad bajo las debidas garantías de contradicción*

Más allá de las alegaciones complementarias o de refuerzo e interpretaciones judiciales finalistas en general acordes a la tutela judicial efectiva⁸⁶, no pueden

⁸² Los arts. 412 y 413 LEC prohíben a las partes alterar el objeto del proceso establecido en la demanda, contestación y reconvencción, sin que tales innovaciones, en su caso, sean tenidas en cuenta con carácter general en la sentencia. Véase Picó i Junoy, J. (2006), *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

⁸³ SSTS de 2 de noviembre de 2005 (Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 5788/2002, FJ 3.º) y 17 de septiembre de 2012 (Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 4119/2010, FJ 3.º).

⁸⁴ Para la STS de 10 de mayo de 2010 (Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 2338/2006, FJ 3.º), la divergencia entre el escrito de interposición del recurso y la demanda «es notoria y sustancial, y, desde luego, no puede ser achacada a un simple error material» en la determinación del objeto susceptible de corrección. Por el contrario, dada la íntima relación entre los actos identificados en sendos escritos, y siendo clara la intención de la parte actora desde el inicio del proceso procediendo a la subsanación del error, la STSJ de Andalucía de 27 de junio de 2011 (rec. 850/2008, FFJJ 3.º y 4.º) califica de rígido y formalista el pronunciamiento de inadmisión por desviación procesal.

⁸⁵ Por ejemplo, incurre en desviación procesal la demanda que solicita la anulación de la resolución sancionadora cuando el recurso se interpuso contra la providencia de apremio (entre otras, STSJ de Murcia de 26 de enero de 2000, rec. 2980/1997, FJ 1.º).

⁸⁶ Como reconoce la STS de 19 de diciembre de 1989 (Sala Tercera, Sección Primera, FJ 2.º), «ciertamente el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo cumple en

obviarse las vías de dulcificación arbitradas por el propio legislador para cohonestar bajo las debidas garantías la proscripción de indefensión de la parte contraria con la libertad de alegación y economía procesal. Por una parte, las posibilidades de acumulación en un único proceso de actuaciones administrativas relacionadas (acumulación sucesiva *ex art. 36 LJCA*⁸⁷) y de diferentes causas en torno a estas (acumulación de autos *ex art. 37 LJCA*⁸⁸) que pueden alterar en el curso del proceso su objeto

nuestro proceso la función de determinar el acto impugnado [...] pero ello no significa que aquel escrito haya de ser objeto de un entendimiento rigurosamente literal incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución. Por ello, aunque defectuosamente el escrito inicial en estos autos mencione solo como acto recurrido el Acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias de 2 de octubre de 1978, ello no impide que se examine la actuación denegatoria de la “entrega” de la licencia, dado que en definitiva y con un criterio finalista esto era lo que se pretendía. Y, en términos análogos, respecto a un recurso interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros denegatorio de la revisión de oficio de unas resoluciones de la Dirección General de Tributos, y la directa solicitud de nulidad de dichas resoluciones por la demanda (STS de 30 de junio de 2000, Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 225/1998, FJ 3.º). Rechazándose, asimismo, la desviación pretendida por la incorporación de un nuevo acto en la demanda cuando ello «no es sino producto de la consecuencia indefectible que la anulación del proyecto de ampliación [del Puerto Deportivo] acarrea para el acto que otorga la concesión para la construcción y explotación de esa ampliación». O cuando el suplico desviado viene motivado por la errónea remisión por parte de la Administración de un expediente administrativo que no se correspondía con el objeto del recurso (STS de 1 de abril de 2008, Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 3591/2005, FJ 2.º).

⁸⁷ La cual, a diferencia de la acumulación inicial y de autos, que parten de las reglas generales, podría permitir ampliar la impugnación a actuaciones conexas sobrevenidas sin necesidad siquiera de agotar la vía administrativa, al menos en el caso de la resolución expresa temporánea. Según el FJ 6.º de la STS de 2 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 4015/2008), «[...] no se ajusta a la buena fe procesal la conducta mantenida por tal Administración al sostener en la instancia y ahora en vía casacional la inadmisión del recurso por falta de interposición de recurso de alzada contra tal resolución sin tener en cuenta que esta se dictó fuera de plazo y cuando la mercantil interesada había ya interpuesto recurso contencioso-administrativo por entender denegada su solicitud por silencio, por lo que a los efectos de la finalidad de los recursos administrativos en cuanto suponen la posibilidad de que la Administración reconsidere lo resuelto previamente en el acto recurrido, debe tenerse por cumplida tal finalidad, y con ello el requisito formal de agotamiento previo de la vía administrativa, cuando el interesado interpone recurso judicial contra la denegación presunta de su solicitud».

⁸⁸ Por la que, de oficio o a petición de las partes, el juez/tribunal puede acumular varios procesos en primera instancia (art. 77.4 LEC) en el más antiguo (art. 79 LEC), previa audiencia en cualquier momento procesal, regulando los arts. 81-97 LEC el incidente según los procesos se desarrollen ante el mismo o distintos órganos jurisdiccionales. Como alternativa a la acumulación de autos, pero obligatoria de no optarse por la misma, los arts. 37.2 y 3 y 111 LJCA regulan el llamado «caso/pleito testigo», cuya sentencia firme puede extenderse a recursos «con idéntico objeto» pendientes ante un mismo juzgado/tribunal, tras ser suspendidos,

primario. Habiéndose llegado a considerar una mera irregularidad procesal, incluso una solicitud implícita de acumulación sucesiva, la ampliación de la demanda tras el examen del expediente administrativo a una nueva actuación conexas no prevista en el escrito de interposición (SSTS de 12 de diciembre de 2007 [Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 9972/2003, FJ 6.º] y 18 de marzo de 2008 [Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 2633/2005, FJ 2.º]). Y, por otra, la facultad jurisdiccional para plantear a las partes mediante providencia no susceptible de recurso distintos motivos de impugnación u oposición⁸⁹ que por su relevancia pudieran tratarse en la vista o conclusiones (incluidas causas de inadmisibilidad), con un plazo de diez días para ser oídas; facultad consagrada en el art. 65.2 LJCA que, en análogos términos pero con mayor proyección, reconoce también el art. 33.2 y 3 LJCA como corrección a la congruencia de la sentencia.

Más aún, dadas las limitaciones inherentes a estas previsiones de ampliación a actuaciones/preensiones acumulables y contrapeso judicial al principio dispositivo, no parece arriesgado considerar insuficiente la respuesta normativa a las posibles vicisitudes que pueden darse en el curso de la causa respecto a sus presupuestos fácticos y jurídicos (interacción del conflicto, hallazgos en la prueba, variaciones menores...)⁹⁰, incluso en la ficción de la *perpetuatio legitimationis* desde la interposición del recurso

sin perjuicio de su desistimiento o continuación. Junto a los requisitos de competencia y audiencia, la exigencia de identidad de objetos «supone identidad de pretensiones, por igual *causa petendi*, formuladas contra la misma o distintas, pero iguales, disposiciones, actos o actuaciones administrativas, formuladas por distintas personas en procesos diferentes» (STS de 26 de noviembre de 2009, Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 2774/2004, FJ 3.º). Previendo el art. 120 LPAC una institución similar de tramitación preferente, respecto a la suspensión de recursos administrativos que traen causa de un mismo acto hasta la resolución del recurso judicial.

⁸⁹ De vinculación judicial relativa, a diferencia de las pretensiones, según V. Gimeno Sendra, V. Moreno Catena y Sala Sánchez, P. (2004), *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid: EURA, págs. 128 y ss.

⁹⁰ Véase la relación de posibles mutaciones intraprocesales en J. A. Santamaría Pastor (2010: 662 y ss.). El autor distingue entre la prohibición de plantear *ex novo* motivos determinantes de la ilegalidad de una actuación administrativa y su oposición, cuyo carácter categórico no obstante critica por poder llevar a resultados indeseables, frente a la posible modificación de los razonamientos instrumentales en que aquellos se apoyan en la medida en que no alteran sustancialmente los términos del debate. Por otra parte, en un recurso de responsabilidad sanitaria fundamentado en mala praxis, la Sala no rechaza por extemporánea la nueva alegación de falta de consentimiento informado, porque «si bien es cierto que alegación de tanta trascendencia debió plantearse *ab initio*, no es menos cierto que este Tribunal viene admitiendo, por mejor adecuarse al principio de tutela judicial eficaz, que en ocasiones —y la presente podría ser una de ellas— las circunstancias del caso permiten obviar la prohibición de plantear cuestiones nuevas si, al menos en conclusiones, la cuestión fue planteada en términos suficientemente claros, y tuvo la contraparte ocasión de responder» (STS de 16 de mayo de 2005, Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 7260/2001, FJ 3.º).

más allá de la crisis subjetiva de la sucesión procesal permitida por el art. 22 LJCA⁹¹, y especialmente en los conflictos temporales cuando no pueden canalizarse mediante los distintos modos de terminación del procedimiento⁹². Si bien la coherencia intraprocesal es una exigencia ineludible, más intensa que la anudada a la instancia administrativa, no debería ser tampoco impedimento —aunque solo fuera por economía procesal— para un tratamiento casuístico de los elementos sobrevenidos con las necesarias garantías de audiencia. Pudiéndose plantear —pese al art. 65 LJCA— la aplicación supletoria del art. 286 LEC, que permite a las partes, tras la preclusión de los actos de alegación, presentar y tramitar bajo el principio de contradicción un escrito de ampliación de hechos cuando «ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito» y «apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos»⁹³. Con vistas a admitir las omisiones justificadas en cualquiera de los elementos de la pretensión y motivación⁹⁴. Máxime en el contexto general de interpretación laxa de las causas de inadmisibilidad en favor del derecho a la justicia. Aunque, para las reformas legislativas con consecuencias para la impugnación/oposición que pudieran producirse durante el *iter* procesal, habría que salvar también las reglas de transitoriedad o, en un proceso pleno, no aplicar rígidamente por esta vía la normativa vigente al tiempo de la actuación administrativa recurrida.

3. VICIO DE INCONGRUENCIA EN LA SENTENCIA

3.1. Invalidez in procedendo de actuaciones judiciales

La inalterabilidad de los términos del debate procesal alcanza su plenitud en la congruencia de la sentencia, por exigencias de las garantías de las partes, incluida la facultad de defensa dentro del derecho a la tutela judicial, lo que abriría el recurso de amparo tras el incidente de nulidad de actuaciones⁹⁵. Cualquier desajuste entre su parte dispositiva y la controversia, lo que incluye no decidir

⁹¹ E. Carbonell Porras (2012), «La pérdida sobrevenida de la legitimación: la revisión de la doctrina de la “perpetuatio legitimationis”», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, págs. 131-152.

⁹² Es jurisprudencia reiterada —en analogía con los recursos de inconstitucionalidad— la carencia sobrevenida del objeto del recurso directo contra reglamentos cuando, al tiempo de dictar sentencia —incluso de casación— la norma reglamentaria ha sido ya derogada, salvo que mantenga una cierta ultraactividad posterior (por todas, STS de 5 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 6715/1993, FFJJ 3.º, 4.º y 5.º).

⁹³ D. Córdoba Castroverde (2019), «Incorporación de hechos nuevos tras la demanda y contestación», *Revista de Jurisprudencia*, 2, lefebvre.es

⁹⁴ Véase, respecto a los motivos de impugnación, la STS de 28 de junio de 2016, Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 952/2014, FJ 2.º

⁹⁵ Sobre su vínculo con la superación del «proceso al acto», A. Huergo Lora (1998), «Artículo 33», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 100, págs. 341 y ss.

todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate (art. 67.1 LJCA)⁹⁶, exige la purga del fallo judicial a través de los correspondientes recursos⁹⁷. Los cuales, en caso de incorporarse nuevos motivos sin las garantías de audiencia exigidas, retrotraerán el procedimiento de instancia al momento anterior de dictar sentencia para su planteamiento (art. 93.1 LJCA respecto al recurso de casación). Principio de justicia rogada de acuerdo al axioma *iudex iudicare debet iusta allegata et probata partium* («el juez debe fallar con arreglo a lo alegado y probado por las partes»).

3.2. Extensión de la congruencia

3.2.1. Pretensiones y motivos de impugnación versus fundamentos jurídicos. El apotegma *iura novit curia*

Si el art. 67.1 LJCA establece que la sentencia «decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso», el art. 33 LJCA precisa que los jueces/tribunales «juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición», siempre que no hayan vulnerado las exigencias procesales; sin perjuicio de poder someter a las partes antes del fallo a otros posibles motivos de impugnación susceptibles también de fundar los mismos, o a la posibilidad incluso de extender el enjuiciamiento por razones de conexión a otros preceptos del mismo reglamento directamente recurrido⁹⁸.

A la vista de la presente normativa hay que volver a puntualizar que, si bien el principio de congruencia en la Justicia administrativa⁹⁹ es exigente, en la medida en que las resoluciones judiciales han de ser coherentes en su *ratio decidendi* con

⁹⁶ Véanse las consecuencias perniciosas que ello puede causar a las partes, también al amparo legal de la anulación del acto por vicios formales sin entrar en los motivos de fondo de la pretensión —que no puede considerarse una congruencia omisiva—, en García Pérez, M. (1999: 134 y ss.).

⁹⁷ El art. 88.1.c) LJCA, en su redacción anterior a la reforma de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que introdujo el interés casacional objetivo como clave de bóveda de la arquitectura casacional, preveía expresamente como motivo de este recurso el «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte».

⁹⁸ Técnica extraída del recurso o cuestión de inconstitucionalidad *ex art.* 39.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁹⁹ En el orden civil, el art. 218.1, segundo párrafo, de la LEC, a diferencia del art. 359 de la ley procesal anterior (respecto al que la jurisprudencia destacaba su menor exigencia), dispone igualmente que «el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente

el recurso, demanda, contestación y otros escritos procesales¹⁰⁰, tanto en lo que se refiere a las pretensiones de las partes —delimitadas por sus elementos subjetivo (partes) y objetivo (*petitum* y *causa petendi*)¹⁰¹— como motivos de impugnación con las consiguientes excepciones y oposición (motivación jurídica), no enerva los principios *iura novit curia* («el Tribunal conoce el Derecho») y *da mihi factum dabo tibi ius* («dame un hecho, yo te daré el derecho») ¹⁰², puesto que los órganos jurisdiccionales no tienen necesariamente que ajustarse a los argumentos jurídicos o preceptos alegados¹⁰³. Así lo ha considerado la jurisprudencia al entender compatible la congruencia con la formulación por los jueces/tribunales de sus razonamientos jurídicos, siempre que ello no represente una alteración o desviación de las pretensiones, una vez discernidos los conceptos de pretensiones, motivos y argumentos, con diferentes consecuencias de vinculación judicial respecto a estos últimos, con excepción acaso de la costumbre y Derecho extranjero no comunitario:

[...] argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que este no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, para acogerlas o rechazarlas en todo o en parte, sino que aquel examine y se pronuncie sobre todas las cuestiones que han servido de soporte inmediato a las pretensiones, es decir, requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han

citadas o alegadas por los litigantes». Véase A. de la Oliva Santos y I. Díez-Picazo Giménez (2004: 446 y ss.).

¹⁰⁰ Rechaza la incongruencia *extra petitum*, pese a no recogerse entre las argumentaciones de la demanda la principal tesis de la sentencia, pero sí en las conclusiones, la STS de 22 de octubre de 2001, Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 447/1996, FJ 3.º.

¹⁰¹ Son las partes «las que, en su calidad de verdaderos *domini litis*, conforman el objeto del debate o *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (*petitum*) y por los hechos o realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir (*causa petendi*)» (STC 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3.º).

¹⁰² F. J. Ezquiaga Ganuzas (2000), «*Iura novit curia*» y *aplicación judicial del Derecho*, Valladolid: Lex Nova, E. Cobreros Mendazona (2010), «*Iura novit curia*», en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley, págs. 273-297.

¹⁰³ «Como se adivinará, la dificultad en muchas ocasiones radicarán en distinguir entre lo que debe considerarse como motivo susceptible de fundar el recurso, la oposición o el fallo, esto es, un motivo cualificado, y aquello que se trata de una mera argumentación o fundamentación jurídica. Si bien los límites entre ambos conceptos son claros a nivel abstracto, en el plano del ser pueden difuminarse»: L. Salamero Teixidó (2012), «Principio de congruencia, prohibición de la *reformatio in peius* y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (recurso de casación 5680/2007)», *Revista de Administración Pública*, 189, págs. 220 y 221.

planteado ante el órgano jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir, en un «íter» paralelo a aquel discurso (STS de 5 de noviembre de 1992, Sala Tercera, Sección Primera, Recs. 54/1991 y 82/1991, FJ 2.º)¹⁰⁴.

En la misma línea, la STS de 20 de octubre de 2009 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 1459/2007, FJ 3.º) niega cualquier lesión de las garantías procesales por el mero hecho de la aplicación judicial de principios sancionadores no invocados (aplicación de norma retroactiva más favorable, por imperativo del principio de legalidad)¹⁰⁵.

Es por ello que, en el actual contexto de la crisis causada por la COVID-19, sorprenden resoluciones como el auto de 8 de octubre de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el que se denegó la ratificación del confinamiento perimetral establecido en la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería madrileña de Sanidad, en ejecución del Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y que daría lugar para la aplicación de tal medida al estado de alarma en diversos Municipios de la Comunidad de Madrid (RD 900/2020, de 9 de octubre). Con independencia de la inconstitucionalidad hoy declarada de esta intervención judicial¹⁰⁶, regresando a los actos individuales el control contencioso de los límites a los derechos fundamentales fuera del Derecho de excepción (lo que echa por tierra la unificación casacional de criterios)¹⁰⁷

¹⁰⁴ En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 29 de marzo de 1984 (Sala Tercera, remisión a FJ 3.º de Sentencia apelada), 11 de octubre de 2004 (Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 4080/1999, FJ 2.º), o 31 de enero de 2006 (Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 5316/2003, FJ 4.º). La STC 20/1982, de 5 de mayo, afirma que «la doctrina sobre la congruencia, que según lo dicho puede en algunas especiales ocasiones determinar una violación del art. 24 de la Constitución, por inobservancia del derecho de defensa, es perfectamente compatible con el principio tradicional según el cual iura novit curia. Los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo iura novit curia les autoriza para ello [...]» (FFJJ 2.º y 3.º).

¹⁰⁵ Aunque en el presente caso sí se llega a apreciar indefensión por la aplicación de un nuevo motivo sin que se hubiera dado previo traslado a las partes por el trámite del art. 33.2 LJCA.

¹⁰⁶ STC 70/2022, de 2 de junio, estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por la que se declaran inconstitucionales y nulos los arts. 10.8 y 11.1.i) LJCA, introducidos por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, por vulnerar la separación de poderes y potestad reglamentaria, además de otros principios constitucionales.

¹⁰⁷ Doctrina en torno al principio de proporcionalidad que, como respuesta a las divergentes decisiones judiciales, puede encontrarse fundamentalmente en las SSTs de 24 de mayo de 2021 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 3375/2021) respecto a los cierres perimetrales (li-

en favor de una Ley nacional de pandemias), lo cierto es que el Auto hipertrofia el alcance de la congruencia al basar su decisión de no ratificar, no en el motivo de la escasa habilitación legal existente a la sazón en el ordenamiento (art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de Salud Pública), sino en el endeble fundamento jurídico invocado en este concreto caso para justificar la medida (art. 65 de la Ley 16/ 2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, alusivo a funciones de coordinación)¹⁰⁸. A menos que se considere —lo que no parece el caso— que la Administración ha hecho una dejación de su carga alegatoria con una elíptica o lacónica fundamentación jurídica, llevando indebidamente el brocardo *iura novit curia* a su terreno, puesto que tampoco es misión de los órganos judiciales rehacer los escritos procesales de los litigantes.

3.2.2. La singularidad de la incongruencia *ex silentio*

Dentro de los límites a la congruencia, hay que tener en cuenta además, por lo que se refiere a la incongruencia omisiva con relación al conjunto de la sentencia (art. 67.1 LJCA), la diferenciación *ad casum* entre pretensiones y meras alegaciones (motivos) no sustanciales que no precisarían de una respuesta congruente al menos específica¹⁰⁹; así como la tolerada desestimación tácita de la pretensión cuando ello pueda deducirse de la preterición judicial sin merma del derecho a la tutela judicial y motivación de las sentencias (arts. 24.1 y 120.3 Constitución)¹¹⁰.

bertad de circulación), 3 de junio de 2021 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 3704/2021) para los «toques de queda» y limitación de reuniones (libertad de circulación, derecho a la intimidad familiar y derecho de reunión), y 14 de septiembre de 2021 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 5909/2021) en lo que concierne a la obligación de exhibición del certificado covid o documentación sustitutiva (derechos a la igualdad, intimidad y protección de datos personales): no posibles otras medidas menos restrictivas, extensión subjetiva y territorial de la restricción, y tiempo indispensable de la misma.

¹⁰⁸ Cfr. F. Velasco Caballero (2020), «El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no ratifica los confinamientos, por falta de autorización legal», en <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/>; Ballesteros Moffa, L. A. (2021), «Necesarias precisiones al debate sobre el control judicial de las medidas sanitarias», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 8 monográfico, <http://revistas.unileon.es/index.php/juridica/index>

¹⁰⁹ J. A. Santamaría Pastor (2010: 363 y ss.) desgrana el deber de congruencia con los motivos de las partes, limitándolo a aquellos motivos principales que encarnen las infracciones o imputaciones de ilegalidad respecto de la actuación impugnada, y que gocen además de relevancia anulatoria, dejando fuera a aquellos irrelevantes o reiterativos, así como al hilo argumental o alegaciones que no sean el núcleo básico respecto a cada uno de ellos; congruencia compatible con el rechazo total de los motivos tanto de la parte actora como demandada.

¹¹⁰ «Debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Respecto

En lo que concierne a los motivos que se basan en defectos de forma de los actos procesales determinantes de pretensiones de inadmisibilidad, del mismo modo que la inadmisión incluso apreciada de oficio permite prescindir de las pretensiones de fondo (STC 243/2005, de 10 de octubre, FJ 2.º), cuando la sentencia entra directamente en dicho enjuiciamiento sin detenerse lo más mínimo en el examen de la causa invocada de inadmisibilidad, ello no debe suponer motivo invalidante por incongruencia, «puesto que el principio espiritualista imperante en nuestra Jurisdicción también debe influir en estos casos, entendiéndose con él que la entrada en el fondo de la litis es consecuencia de una desestimación implícita de la excepción dilatoria planteada» (STS de 11 de febrero de 1987, Sala Tercera, Sección Primera, FJ 2.º).

Además, el legislador ha previsto un cauce específico para subsanar la congruencia *ex silentio* cuando sea manifiesta la omisión del pronunciamiento respecto a pretensiones o motivos. Tanto que la acreditación de haber instado sin éxito el complemento de sentencia por el trámite contradictorio de los arts. 267.5 LOPJ y 215.2 LEC, con posibilidad de rectificar lo resuelto cuando la integración se realiza a instancia de parte, ha sido considerado presupuesto de procedibilidad para la casación contencioso-administrativa conforme a la carga del art. 89.2.c) LJCA (ATS de 1 de marzo de 2017, Sala Tercera, Sección Primera, rec. 88/2016). Salvo cuando el defecto procesal de la incongruencia omisiva repercute en una infracción jurídica sustantiva o de fondo dotada de interés casacional objetivo (ATS de 22 de septiembre de 2018, Sala Tercera, Sección Primera, rec. 920/2018, FJ 2.º, punto 5).

3.3. *Las facultades judiciales para revertir la incongruencia y aflorar la justicia material*

Delimitado el alcance de la congruencia, otro de los aspectos clave de su regulación es el planteamiento de la tesis como facultad discrecional¹¹¹

de las alegaciones, y salvo que se trate de la invocación de un derecho fundamental (STC 189/2001, de 24 de septiembre, FJ 1.º), puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas, pudiendo bastar, en atención a las particulares circunstancias concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Respecto de las pretensiones, en cambio, la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse, no ya que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita» (SSTC 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3.º; 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4.º; 204/2009, de 23 de noviembre, FJ 3.º).

¹¹¹ Aunque no es un derecho de las partes, es obvio que algunos motivos de impugnación u oposición deben ser apreciados judicialmente para el cumplimiento de la legalidad, entre ellos, los vicios de inadmisibilidad que también exigen cumplir con este trámite (bajo previo requerimiento de subsanación, en su caso, según el art. 138.2 LJCA). La STS de 4

de someter a contradicción de las partes, por providencia no susceptible de recurso y plazo común de alegaciones, nuevos motivos de impugnación u oposición apreciados de oficio por el juez/tribunal; no una diferente interpretación de los mismos que en ningún caso está sujeta a congruencia. Imponiéndose en caso contrario —salvo que se considere sanado por el propio recurso¹¹²— la retroacción de actuaciones al momento anterior de la sentencia de instancia para el cumplimiento de tales garantías. Pues, como recuerda la STS de 27 de marzo de 1992 (Sala Tercera, Sección Primera, rec. 1402/1990, FJ 3.º):

[...] para que los Tribunales de este orden jurisdiccional puedan tomar en consideración motivos nuevos, no alegados por las partes —el límite definido por las pretensiones es infranqueable— es preciso, so pena de incurrir en incongruencia, que los introduzcan en el debate, ya en el trámite de vista o conclusiones —art. 79.1 y 2 LJCA 1956—, ya en el momento inmediatamente anterior a la sentencia —art. 43.2 de la misma—, siendo indiferente a estos efectos la naturaleza de tales motivos, de mera anulabilidad o de nulidad absoluta, pues solo así queda debidamente garantizado el principio de contradicción de que se hace eco la Exposición de Motivos de la LJCA 1956 (apartado IV, punto 6) [...]¹¹³.

Incidente que también cabe plantear en la actualidad, antes de dictar sentencia, para la extensión del enjuiciamiento a otros preceptos lógicamente vinculados del reglamento recurrido, o a su totalidad de apreciarse por ejemplo un vicio en el procedimiento de elaboración (art. 33.2 y 3 LJCA).

de abril de 2012 (Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 5301/2008, FJ 2.º) aborda el sometimiento judicial a las partes de la declaración sobrevenida de nulidad de una disposición aplicable. Y la STS de 7 de abril de 2008 (Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 7863/2002, FJ 3.º) la prescripción en materia tributaria. Pero sorprende, a la luz de la STS de 21 de julio de 2004 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 2520/2001, FFJJ 4.º y 5.º), la no sujeción al trámite contradictorio —para su consideración en la sentencia— de la renuncia a la marca que resultaba incompatible («Novartril») con la marca aspirante («Artril») por riesgo de confusión en el mercado, cuya certificación de cancelación de inscripción fue aportada con posterioridad al escrito de conclusiones; lo que podría haber dado lugar a la desaparición sobrevenida del objeto del litigio.

¹¹² Cfr. Huergo Lora, A. (1998: 346 y 347).

¹¹³ En la actualidad, mientras el art. 33.2 LJCA —al igual que el anterior art. 43.2 LJCA 1956— se refiere a «otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición» antes de dictar sentencia, el art. 65.2 LJCA —a diferencia del anterior art. 79.2 LJCA 1956— alude a «motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados» con relación al acto de vista o escrito de conclusiones. La STS de 18 de febrero de 2011 (Sala Tercera, Sección Quinta, rec. 391/2007, FFJJ 5.º-7.º) se refiere al incumplimiento de estos preceptos, con la consiguiente reposición de las actuaciones al momento anterior de dictar sentencia para que la sala de instancia someta la nueva cuestión a las partes resolviendo en consecuencia (razones urbanísticas frente a ambientales para conceder la autorización ambiental).

Procede valorar *de lege ferenda* la conveniencia de enriquecer las herramientas judiciales para atemperar con las debidas garantías el principio dispositivo, más allá de los motivos y pretensión anulatoria sobre tal concreto objeto impugnatorio, en paralelismo a la iniciativa probatoria judicial como singularidad del contencioso. Lo que debería empezar por liberar también al Juez/Tribunal de la función revisora de la instancia administrativa (art. 56.1 LJCA). Posibilitando en particular el enjuiciamiento de actuaciones conexas a la recurrida que no hayan sido acumuladas al proceso ni inicial ni posteriormente, dado que —como se ha visto— deben seguir la misma suerte de la primera en los diferentes episodios de duplicidad y desviación procesal, con las consecuencias ligadas a cada uno de ellos¹¹⁴. Un paso más, en definitiva, sobre esa «libertad dialéctica de desarrollo de sus tesis y de la calificación de los hechos presentes en la litis», con la que ha excepcionado la jurisprudencia cualquier concepción maximalista en torno a una «completa, exacta y expresa correlación entre las alegaciones de las partes y los fundamentos y fallo de la sentencia» (STS de 9 de abril de 1987, Sala Tercera, FJ 2.º).

3.4. Tipología, pretensiones implícitas y reformatio in peius

Lejos de concordancias literales con los escritos forenses, de los que pueden derivarse en todo caso pretensiones implícitas no formuladas expresa¹¹⁵ o correcta-

¹¹⁴ Se trataría de evitar pronunciamientos de incongruencia por la anulación de actos que traen causa de la resolución impugnada: la STS de 30 de junio de 1987 (Sala Tercera, Sección Primera, FJ 3.º) añade que «no empece a ello el argumento del Tribunal *a quo* de que tanto en el expediente como en la demanda obran escritos del recurrente impugnando la incoación del procedimiento al haber caducado la acción por haber transcurrido más de seis meses desde que levantó el Acta hasta que se inició el procedimiento, pues tal cuestión es ajena al acto recurrido, al que debió ceñirse, por imperativo del art. 57 de la Ley antes citada, la función fiscalizadora de la Audiencia Nacional [...]». Por el contrario, la STS de 31 de marzo de 2008 (Sala Tercera, Sección Cuarta, rec. 3577/2005, FJ 3.º) se remite a la facultad jurisdiccional del art. 33.2 LJCA para tomar en consideración un acto administrativo que no fue recurrido.

¹¹⁵ «[...] El órgano judicial solo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso» (SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2.º; 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2.º; 134/1999, de 15 de julio, FJ 9.º; 172/2001, de 19 de julio, FJ 2.º; 130/2004, de 19 de julio, FJ 3.º; 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3.º; 42/2006, de 13 de febrero, FJ 4.º; 278/2006, de 25 de septiembre, FJ 3.º). En el caso de la STS de 19 de mayo de 1990 (Sala Tercera, Sección Séptima, FJ 4.º), «el hecho de que el demandante en la instancia hable de devolución, no supone que se deba centrar en esa idea la clave de su pretensión, pues lo que se solicita es que en la liquidación se deduzca lo cotizado en el Régimen Agrario [...]. Es claro el sentido esencial de la pretensión, de no cotizar sino por la diferencia debida, y a ese sentido esencial debe adecuarse la respuesta judicial, sin que una desviada preocupación por la congruencia, inter-

mente¹¹⁶ en el suplico, la clasificación más conocida de la congruencia externa en relación con el proceso¹¹⁷ se completa con la distinción entre incongruencia positiva (se da más de lo pedido, cualitativa o cuantitativamente: *extra petita partium*, o fuera de lo pedido: *ultra petita*), negativa u omisiva (se da menos de lo resistido por la parte demandada o se deja imprejuizado algo de lo pretendido: *citra petita*)¹¹⁸ y mixta o por error (sustitución de alguna pretensión por otra no formulada)¹¹⁸. Asimismo, de la congruencia y rogación dimana el principio de interdicción de la *reformatio in peius*, esto es, la prohibición de agravar la situación inicial del recurrente (reforma peyorativa o incongruencia en menos) cuando en virtud de su propio recurso —no de una impugnación opuesta— ve empeorada la situación jurídica creada o declarada por la resolución impugnada. Como principio procesal *ex art. 24 de la Constitución a través del régimen de garantías legales de los recursos*¹¹⁹, que, *al margen de su origen administrativo incierto y legislación especial*¹²⁰, se aplica también a los procedimientos administrativos iniciados a solicitud del interesado y recursos administrativos (art. 88.1 y 2, y 119.3 LPAC, respectiva-

pretada esta en sentido literalista, pueda operar en sentido contrario a la efectividad del derecho de tutela judicial efectiva, lo que ocurriría si a las ideas de devolución y deducción se les diese un sentido obstativo al evidente derecho de la parte demandante».

¹¹⁶ «[...] El elemento definidor de la pretensión, en cuanto referente de dicho requisito procesal [la congruencia], debe fijarse en términos jurídicos y no matemáticos, cuando estos últimos no son sino una operación de cálculo resultante de la aplicación de los primeros [...]. No sería adecuado a la equidad el que, por el evidente error de cálculo del demandante, no le deba ser reconocida la total cantidad debida» (STS de 29 de septiembre de 1997, Sala Tercera, Sección Séptima, rec. 76/1994, FJ 4.º).

¹¹⁷ Frente a la incongruencia interna entre el fallo y la propia argumentación de la sentencia o defecto de motivación (véase la STSJ de Cataluña, de 4 de octubre de 2019, rec. 22/2019, FJ 3.º). Según advierte la STS de 1 de junio de 2004 (Sala Tercera, Sección Tercera, rec. 5175/2000, FJ 3.º), el deber de motivación exige la exposición de un razonamiento suficiente sin imponer un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento; y «el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas».

¹¹⁸ Por todas, SSTC 90/1988, de 13 de mayo, FJ 2.º; 111/1997, de 3 de junio, FJ 2.º; 114/2003, de 16 junio, FJ 3.º.

¹¹⁹ Aprecia vulneración de este principio la STS de 31 de marzo de 2009 (Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 854/2005, FJ 4.º), al abordar la existencia y alcance de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado lesivo, cuando el recurso se limitaba a cuestionar la cuantía indemnizatoria reconocida por la Administración.

¹²⁰ V.-R. Rivas Carreras (1991), *La reformatio in peius en el Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos.

mente). De hecho, la resolución administrativa está sujeta a análogas reglas de congruencia: lo será con respecto a las «peticiones» (pretensiones) de los interesados, sin debilitar su situación inicial, en lo que concierne a los procedimientos de parte y vuelve a reiterarse para los recursos administrativos; y decidirá tanto las «cuestiones» (motivos) de forma o fondo alegadas por los interesados como, previa audiencia, derivadas del procedimiento.

3.5. *Incongruencia en los recursos contra resoluciones procesales*

La congruencia de la resolución del juez/tribunal contencioso *ad quem* se extiende a los límites del pleito de instancia, al no poder introducirse nuevas solicitudes, hechos o motivos que alteren la relación jurídica procesal constituida¹²¹, con frontal rechazo de la *reformatio in peius*¹²². Así, las pretensiones específicas de los recursos de apelación y casación han de tener por objeto la anulación total o parcial de la resolución judicial impugnada, y, en su caso, la retroacción de actuaciones a un momento determinado del proceso de instancia, la devolución de los autos al órgano *a quo*, o la resolución del litigio «dentro de los términos en que apareciese planteado el debate» (arts. 85.10, 87 bis.2 y 93.1 LJCA). Y, por lo que se refiere a los escritos de oposición de la parte recurrida, la confirmación de la resolución objeto de recurso. Pretensiones fundadas en torno a los concretos motivos de impugnación planteados en el recurso, pudiéndose formular causas inéditas de inadmisibilidad procesal, aparte de la posible modificación del derecho aplicable. Bien entendido que, como se dijo, no podrá decretarse de oficio la nulidad de la resolución por defectos de forma, salvo por falta de jurisdicción/competencia, violencia o intimidación (art. 240.2 LOPJ). Sin obviar el carácter extraordinario del recurso de casación, que limita su enjuiciamiento a las infracciones de derecho —tanto procesales como sustantivas— y jurisprudenciales que presenten un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (donde se incluye

¹²¹ En cuanto a los elementos subjetivos, en el recurso de apelación están legitimados los demandantes y demandados *ex art.* 82 LJCA, y en el de casación quienes hayan sido parte en el proceso de instancia o debieran haberlo sido *ex art.* 89.1 LJCA.

¹²² «Se identifica la prohibición de empeoramiento como una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de este [...], pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales» (entre otras, SSTC 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4.º; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3.º; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2.º; 223/2015, de 2 de noviembre, FJ 2.º).

el principio de unidad de doctrina), sin poder introducirse tampoco motivos de inadmisión que no hayan sido debatidos en la instancia¹²³.

Un supuesto extremo de casación fruto de los imperativos de la congruencia ha sido el resuelto por la STS de 7 de junio de 2011 (Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 5680/2007), donde, a pesar de apreciar el Alto Tribunal una vía de hecho previa al procedimiento expropiatorio ordinario con la correlativa indemnización superior a los intereses del justiprecio (incremento del 25%), confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de septiembre de 2007, que había aplicado dichos intereses desde lo que consideró un anterior procedimiento urgente en vez de una vía de hecho. Congruencia y *non reformatio in peius* fundamentaron tal paradójica decisión, porque, respectivamente, el expropiado se había conformado con los intereses por demora ciñendo su pretensión en sede casacional al justiprecio fijado por el jurado, y el Ayuntamiento de Sabadell expropiante seguía reclamando los menores intereses ligados al procedimiento ordinario una vez fijado por el órgano judicial *a quo* el previo procedimiento urgente como fecha inicial del cómputo.

Punctum dolens que abona de nuevo la conveniencia de dar un paso más en la flexibilización del principio dispositivo para una feliz resolución de la litis capaz de conciliar el Derecho sustantivo con el ritual¹²⁴. Y, en general, respecto a todas las causas de inadmisibilidad y nulidad de actos procesales, la necesidad de buscar todas las vías posibles para conciliar la justicia material con los objetivos de orden público procesal, tal y como las identidades se proyectan directamente en el plano de la cosa juzgada; superando cuando menos el juicio de proporcionalidad¹²⁵ si

¹²³ Respecto a la litispendencia, véase la STS de 10 de octubre de 2014, Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 6318/2011, FJ 2.º, motivo 3.º.

¹²⁴ L. Salamero Teixidó (2012: 224) comenta esta STS en el sentido de que «[...] el TS [...] habría podido modular su sujeción a los parámetros procesales, interpretando de un modo menos formalista y restrictivo el principio de congruencia y, mayormente, el concepto de pretensión, admitiendo que existía una pretensión implícita de reparación total del daño sufrido. Desde esta perspectiva, puede sostenerse que el Tribunal Supremo podría haber salvado el escollo que el principio de congruencia suponía para fallar en el sentido que exigía la vía de hecho».

¹²⁵ Proporcionalidad que, también hay que decirlo, debe aplicarse en sus justos términos dentro de la legalidad estructural, sin que cause más problemas de los que resuelve. Porque, por ejemplo, la STC 112/2019, de 3 octubre, respecto a la inadmisión del recurso contencioso por dirigirse contra un acto que no ha puesto fin a la vía administrativa, aprecia vulneración de la tutela judicial efectiva de la demandante en amparo por aplicación desproporcionada de la causa de inadmisibilidad, toda vez que el acto expreso fue notificado deficientemente sin indicar si agotaba o no la vía administrativa ni cuáles eran los recursos procedentes, además de no poder beneficiarse la Administración de sus propias irregularidades. Pero una cosa es que la notificación defectuosa —que no quedó convalidada por no tratarse del recurso adecuado (art. 40 LPAC)— tenga unas consecuencias procesales favorables para el interesado en eficacia del acto y cómputo de los plazos impugnatorios, cumpliéndose con ello la proporcionalidad, y otra que contravenga frontalmente la regulación de la vía administrativa previa,

fueran inevitables las desavenencias —que no caídas— en este comprometido baile entre el fondo y la forma.

VI. CONCLUSIÓN FINAL

Para la plena satisfacción de la tutela judicial efectiva en los vicios de inadmisión y nulidad vinculados a la identificación de la pretensión es necesario proyectar la escurridiza teoría de las identidades (elementos personal, real y causal) a las singularidades del objeto contencioso-administrativo (misma o conexas actuaciones administrativa, motivos de impugnación, e instituciones específicas de actos confirmatorios y desviación con la vía administrativa), a partir de la conciliación entre la justicia material y los parciales objetivos procesales.

En cuanto al rechazo a repetir el objeto en un segundo proceso, el esfuerzo se centra en precisar el alcance exigido a la equiparación que llevará a su inadmisión por confirmación/reproducción de un previo acto consentido (plena coincidencia, de la que deben salvarse las citas legales), litispendencia o cosa juzgada material (integración de los motivos —no de los preceptos— en la triple identidad, según la teoría de la individualización matizada por el art. 400 LEC), pues una perfecta identidad en estos casos no solo es acorde con la seguridad jurídica, sino también con la restrictiva aplicación de las causas de inadmisión. Por el contrario, el reproche a la alteración del objeto dentro del mismo proceso debe seguir profundizando en la restricción de la plena identidad, anticipada por el legislador en la discordancia entre los órdenes administrativo y judicial al excluirse los motivos de impugnación, a diferencia de la desviación intraprocesal e incongruencia de la sentencia (en estos últimos casos, salvo planteamiento de la tesis judicial, y al margen siempre de la fundamentación normativa), para que los avances flexibilizadores y correctores sobre los distintos elementos de la pretensión permitan cohesionar bajo las debidas garantías los derechos de defensa de las partes y la vertiente material de la justicia.

pues, con tal argumentación, ningún silencio, que tampoco tiene plazo para recurrir, tendría que ser objeto del recurso de alzada. Algo que precisamente parece derivarse del FJ 4.º de la STS de 17 de junio de 2002 (Sala Tercera, Sección Sexta, rec. 2355/1998) al afirmar que «no deja de ser sorprendente que una Administración pública que ha incumplido el deber que la ley le impone de resolver expresamente, con lo que obstaculiza ya, con esa omisión, el acceso del administrado a las vías revisoras ulteriores, entre ellas y en último término, la vía judicial, invoque el no agotamiento de la vía administrativa como causa impeditiva [...]», aunque lo cierto es que tal reproche se convierte en negación efectiva de la inadmisión con ocasión de un caso concreto de dudas interpretativas sobre la adaptación y transitoriedad de procedimientos (disposición transitoria segunda y disposición adicional tercera de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el art. 94 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), esto es, «por haberse impugnado un acto que, según su forma de entender esos preceptos, no habría alcanzado todavía firmeza en la vía administrativa».