

La ocupación de terrenos por las administraciones públicas como actuaciones materiales que constituyen vía de hecho, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa

Marta SOBRINO GÓMEZ

Abogada

Diario La Ley, Nº 9246, Sección Dossier, 25 de Julio de 2018, Wolters Kluwer

ÍNDICE

[La ocupación de terrenos por las administraciones públicas como actuaciones materiales que constituyen vía de hecho, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa](#)

[I. Introducción](#)

[II. Dificultades formalistas](#)

[III. Legitimación](#)

[IV. Procedimiento y plazo para la interposición del recurso](#)

[V. Plazo para el requerimiento y la vía de hecho](#)

[VI. Competencia jurisdiccional](#)

[VII. Efectos de la acción](#)

Normativa comentada

L 29/1998 de 13 Jul. (jurisdicción contencioso-administrativa)

TÍTULO III. Objeto del recurso contencioso-administrativo

CAPÍTULO I. Actividad administrativa impugnada

Artículo 30.

TÍTULO IV. Procedimiento contencioso-administrativo

CAPÍTULO I. Procedimiento en primera o única instancia

SECCIÓN 2ª. Interposición del recurso y reclamación del expediente

Artículo 46.

3.

Comentarios

Resumen

Se efectúa un análisis de supuestos de ocupación ilegal de terrenos, llevados a cabo por las Administraciones públicas, sin que medien actuaciones que reúnan los caracteres típicos de los delitos de expropiación ilegal y prevaricación administrativa de autoridades o funcionarios públicos y que, por tanto, estarían dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trataría de aquellas actuaciones administrativas viciadas por alguna irregularidad administrativa, pero sin alcanzar los caracteres de un ilícito penal.

Palabras clave

Acto administrativo; vía de hecho; ocupación ilegal; jurisdicción contencioso-administrativa; Expropiación ilegal; Administración Local; expropiación forzosa; proyecto de obras; restitución; indemnización.

I. Introducción

El presente trabajo pretende analizar aquellos supuestos de ocupación ilegal de terrenos, llevados a cabo por las Administraciones públicas, sin que medien actuaciones que reúnan los caracteres típicos de los delitos de

expropiación ilegal y prevaricación administrativa de autoridades o funcionarios públicos. Es decir, su remisión a la jurisdicción contencioso-administrativa se justificaría por no apreciarse la existencia de unos hechos de apariencia delictiva y la participación voluntaria en los mismos de una Autoridad pública, y no por el razonamiento de que la finalidad perseguida por la norma determine que cualquier irregularidad en el proceder de la Administración deba quedar circunscrita al ámbito contencioso-administrativo.

Es necesario resaltar que se trata de aquellas actuaciones en las que previamente ha de descartarse el ilícito penal. El derecho penal no puede ceder ante una irregularidad administrativa; no puede dejar de aplicarse el derecho penal ante la excusa de que nos encontramos, también, ante lo intrínsecamente pudiera suponer o conllevar una irregularidad administrativa.

Por tanto, se deben diferenciar aquellas actuaciones en las que se produce una posible concurrencia, en un mismo supuesto, de varias ilicitudes distintas: delito cometido por funcionario público que puede tener consecuencias administrativas. La posible intromisión del derecho público no puede impedir que una conducta, que reúne todos los caracteres de un tipo penal, tenga las consecuencias penales correspondientes amparadas en el principio de las garantías penales, cuando reúne además de la tipicidad o antijuridicidad penal, la culpabilidad. El Derecho penal persigue la prevención, la represión y el castigo cuando es violado el orden jurídico general.

En los supuestos analizados se requiere de una actuación que suponga una vía de hecho, no ante una actuación administrativa llevada a cabo por la autoridad competente y a través del procedimiento adecuado.

Para García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, la vía de hecho administrativa se produce en aquellos supuestos en que la Administración Pública «pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirva de fundamento jurídico y en aquellos otros en los que, en el cumplimiento de una actividad material de ejecución, comete una irregularidad grosera en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública» y las divide en dos grupos de vía de hecho: «la inexistencia o irregularidad sustantiva del acto de cobertura, y la irregularidad o exceso de la propia actividad de ejecución».

Puede existir cierta confusión sobre la posibilidad de la vía a utilizar, pero hay que tener en cuenta la compatibilidad de vías jurisdiccionales distintas cuando se trata de cuestiones distintas en protección de bienes jurídicos distintos. En estos casos, hay que diferenciar las acciones dirigidas a una posible reivindicación de la posesión de unos terrenos que han sido ilegalmente ocupados, a través de la vía civil o administrativa, de esas otras acciones encaminadas a exigir las responsabilidades derivadas de los ilícitos penales cometidos. La jurisdicción penal habrá de ser utilizada cuando se imputa una actuación ilegal, configurada y tipificada en el Código penal, independientemente de que la posesión de los terrenos estuviera resuelta o no. De este modo, la jurisdicción contencioso-administrativa será la competente para el ejercicio de aquellas acciones que persigan el éxito de la acción interdictal, dirigida, simplemente, a mantener o recuperar un determinado estado posesorio frente a cualquier acto de perturbación o despojo.

En estos supuestos, al realizar una actuación material constitutiva de vía de hecho, la Administración debería perder sus prerrogativas y privilegios y colocarse en una situación de igualdad jurídico-procesal con los particulares, por lo que éstos deberían poder utilizar los medios de reacción propios del Derecho común y concretamente los interdictos civiles. Como veremos más adelante, no parece claro que esto siempre ocurra así.

Para estos supuestos la Ley ha instaurado el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho

Para estos supuestos, fuera del carácter revisor del proceso, la Ley ha instaurado el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho que viene a ser una especie de interdicto contencioso-administrativo, y que viene a sustituir a los interdictos ante el juez civil.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 1651 (LA LEY 1/1881) y 1652 de la LEC de 1881 (LA LEY 1/1881), precedentes legislativos de esta acción, el éxito de la acción interdictal que se dirige a mantener o recuperar un determinado estado posesorio frente a cualquier acto de perturbación o

despojo requería, en primer lugar, que el demandante acreditase hallarse en la posesión o tenencia actual y exclusiva de la cosa objeto de acción, dado que la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión (art. 445 del CC (LA LEY 1/1889)).

Se debe dar el primer requisito exigible en los procesos que se sustancien para que pueda prosperar la acción

posesoria, y tratarse de una situación posesoria que protegía el interdicto de recobrar consistente en una relación estable y definitiva con la cosa que conlleva su utilización o disfrute de manera continuada y exteriorizada; diferente de la mera realización de actos posesorios aislados, pasajeros o intermitentes, compatibles con la plena posesión de hecho del dueño u otra persona en distinto concepto.

En relación con este requisito, relativo al estado posesorio, y por lo que se refiere en concreto a la demanda que pretende recobrar la posesión, deben cumplirse las exigencias que impone su viabilidad como son una correcta, plena y exacta identificación o delimitación del ámbito material de lo poseído, y se precisa la real extensión cuantitativa de lo despojado o sustraído.

II. Dificultades formalistas

En primer lugar, hay que traer a colación que nuestro alto Tribunal tiene declarado que el principio antiformalista que rige en la jurisdicción impide cerrar el proceso jurisdiccional cuando es la propia Administración la que con su falta de diligencia confiere la carencia de cobertura legítima a la actuación administrativa propiciando presuntamente la actuación lesiva de los derechos fundamentales de los particulares. Se alude al criterio jurisprudencial reiterado que entiende convalidada la interposición prematura cuando al tiempo de constituirse la relación jurídico procesal se han cumplido los plazos establecidos para la producción del silencio administrativo, sin que la Administración hubiera dictado resolución expresa, como entiende que ha sucedido en el caso que resuelve y recuerda en las **Sentencias del Tribunal Supremo 25 abril 2003 (rec. 1916/2000 (LA LEY 2041/2003)) de fecha 14 de enero de 1998 (LA LEY 2448/1998)** En segundo lugar, debe hacerse una interpretación proporcionada de las normas para evitar el excesivo rigor en su aplicación teniendo en cuenta, al inadmitir el recurso presentado ante el mismo, la dificultad de cálculo del plazo señalado para recurrir.

Dicho lo cual, hay que partir de lo establecido en el art. 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LA LEY 2689/1998): «En caso de vía de hecho, el interesado *podrá formular* requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso Contencioso-Administrativo».

De la norma citada se desprende, claramente, que no hay una imposición, sino que se podrá formular requerimiento. A mayor abundamiento, sobre la cuestión de los requisitos y plazos para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa existen posicionamientos claros y concisos de toda *la jurisprudencia favorable a proteger el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa*. El principio *pro actione*, principio de obligada observancia para los Jueces y Tribunales, impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida. Las normas procesales deben interpretarse en sentido amplio y no restrictivo, esto es, con interdicción de aquellas decisiones que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia del cierre del proceso.

Según se desprende de la Exposición de Motivos de la propia norma el régimen del trámite de requerimiento previo le dota de una flexibilidad que se acerca a la pura irrelevancia. El contenido de las peticiones que se formulan en el no condicionan, en modo alguno, las pretensiones que luego puedan ejercitarse en el proceso, como se advierte explícitamente en la citada Exposición de Motivos. *Lo que persigue es sencillamente dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial*.

Hay que tener en cuenta que pueden existir actuaciones constitutivas de vía de hecho cuya consumación física se realiza en un plazo sumamente breve, de forma que su realización o materialización puede ser ignorada por el ciudadano, por tanto si la vía de hecho se interpretara de modo restrictivo no cabría utilizar el recurso *ad hoc* establecido en la LJCA.

El art. 30 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) mantiene un inexplicable silencio acerca del plazo en que dicho requerimiento ha de ser formulado, lo que permite una única interpretación en el sentido de que no existe plazo alguno para su formulación, el cual podría *formularse en tanto se mantenga la situación de vía de hecho*.

Limitar la posibilidad y el plazo para la interposición del recurso contencioso a la finalización de las actuaciones constitutivas de vía de hecho, supondría conferir a este específico proceso contencioso una virtualidad inferior al interdictal. La inexistencia de plazo en la propia norma es deliberada y entender lo contrario supondría un recorte injustificado del derecho a la tutela judicial efectiva.

Asimismo, la apertura indeterminada del plazo no se basa sólo en la utilización analógica de la regla contenida en el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (LA LEY 15010/2015), sino, sobre todo, en el principio recogido en el art. 40.3 (LA LEY 15010/2015) de la misma Ley. *Si la emisión de un acto administrativo formal (incluso legal) no es susceptible de iniciar el cómputo de plazo alguno cuando su notificación es defectuosa, con mayor razón no puede empezar a correr plazo de ningún tipo cuando no existe ni ya notificación, sino ni siquiera acto que ser notificado.*

La inexistencia de plazo no supone inseguridad jurídica de ningún tipo

Esta inexistencia de plazo no supone inseguridad jurídica de ningún tipo, porque la Administración puede forzar el inicio del cómputo de un plazo para recurrir notificando expresamente el acto que da cobertura a la actuación ilegal.

La limitación del plazo significaría que la Administración que ha actuado con manifiesto desprecio de las reglas de procedimiento se vería premiada, en clara contradicción con el principio general del Derecho que prohíbe obtener beneficios de la propia torpeza. El interesado sólo puede combatir una actuación ilegal cuando tiene conocimiento de ella y la soporta.

La **Sala Segunda del Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 335/2006 de 20 noviembre (LA LEY 145350/2006)**, ha señalado: «En concreto, en relación con el acceso a la jurisdicción el juzgador se encuentra vinculado por el principio *pro actione*, que despliega respecto de él su máxima eficacia, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre (LA LEY 10000/2004), F. 4). Del mismo modo, hemos dicho que las decisiones judiciales de cierre del proceso son constitucionalmente asumibles cuando respondan a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (por todas, STC 126/2004, de 19 de julio (LA LEY 13420/2004), F. 3), dada la vigencia aquí del principio *pro actione*.

Como consecuencia de la mayor intensidad con la que se proyecta dicho principio cuando se trata del acceso a la jurisdicción, los cánones de control de constitucionalidad se amplían, frente a los supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial (STC 256/2006, de 11 de septiembre (LA LEY 109029/2006), F. 5), lo que impide aquellas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales caracterizadas por el rigorismo, el formalismo excesivo, o la desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia del cierre del proceso que conllevan, con eliminación u obstaculización injustificada del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida (entre otras muchas, STC 63/2006, de 27 de febrero (LA LEY 21772/2006), F. 2)».

Esta misma **Sala del Tribunal Constitucional en Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 186/2006 de 19 junio (LA LEY 70014/2006)**, ha señalado: «...hay que acudir al de la proporcionalidad, que margina aquellas interpretaciones que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por la desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión que le ha sido sometida (STC 86/1998, de 21 de abril (LA LEY 6130/1998), F. 5, entre otras muchas)» (...) «En síntesis, la doctrina indicada parte de que el silencio administrativo es una mera ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración (STC 204/1987 (LA LEY 98504-NS/0000), F. 4), y de la consideración de que no puede calificarse de razonable una interpretación que prime esa inactividad y coloque a la Administración en mejor situación que si hubiera cumplido su obligación de resolver expresamente y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales (STC 6/1986 (LA LEY 537-TC/1986), F. 3). Y aunque la cuestión relativa a la caducidad de las acciones constituye, en principio, un problema de legalidad ordinaria que corresponde resolver a los órganos judiciales "ex" art. 117.3 CE (LA LEY 2500/1978), "adquiere dimensión constitucional cuando... la decisión judicial supone la inadmisión de una demanda como consecuencia de un error patente, una fundamentación irrazonable o arbitraria y, consecuentemente,

el cercenamiento del derecho fundamental a obtener una resolución de fondo suficientemente motivada que deseche cualquier interpretación rigorista y desproporcionada de los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio de la acción ante los Tribunales" (STC 39/2006 (LA LEY 16771/2006), F. 2)».

Del mismo modo en su **Sentencia núm. 94/2009, de 20 abril (LA LEY 41017/2009)**, ha manifestado: «En otras palabras, en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dado que rige en estos casos del principio *pro actione*, principio de obligada observancia para los Jueces y Tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida, quedando aquéllos compelidos a interpretar las normas procesales, no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, con interdicción de aquellas decisiones que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia del cierre del proceso».

En este mismo sentido sobre la interpretación de las normas procesales que la regulan no sólo de manera razonable y razonada sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, véanse por todas (SSTC 220/2003, de 15 de diciembre (LA LEY 10897/2004), F. 3; 3/2004, de 14 de enero (LA LEY 11176/2004), F. 3; 294/2005, de 21 de noviembre (LA LEY 226970/2005), F. 2; 63/2006, de 27 de febrero (LA LEY 21772/2006), F. 2; 127/2006, de 24 de abril (LA LEY 43852/2006), F. 2; 358/2006, de 18 de diciembre (LA LEY 160303/2006), F. 3; 1/2007, de 15 de enero (LA LEY 215/2007), F. 2; 52/2007, de 12 de marzo (LA LEY 8638/2007), F. 2.

En la primera de las sentencias citadas en el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional ha señalado: «Si, además, el momento procesal en el que se aprecia la caducidad de la acción es el del acceso al proceso a la búsqueda de una primera resolución judicial sobre el fondo de las pretensiones esgrimidas, es claro que el juzgador se halla vinculado —como se ha dicho— por la regla hermenéutica *pro actione*, debiendo quedar marginadas aquellas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida (SSTC 71/2001, de 26 de marzo (LA LEY 3030/2002), F. 4; 218/2001, de 31 de octubre (LA LEY 8735/2001), F. 3; 13/2002, de 28 de enero (LA LEY 3034/2002), F. 3; 203/2002, de 28 de octubre (LA LEY 268/2003), F. 3; y 188/2003, de 27 de octubre (LA LEY 10000/2004), F. 4)».

El art. 24.1 CE (LA LEY 2500/1978) impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales» (SSTC 71/1991, de 8 de abril (LA LEY 1972-JF/0000), F. 3; 210/1992, de 30 de noviembre (LA LEY 2085-TC/1992), F. 3; 311/2000, de 18 de diciembre (LA LEY 27/2001), F. 3).

Igualmente, el Tribunal Supremo, entre otras, en **Sentencia de 19 de abril de 2012 (LA LEY 43159/2012)** ha señalado que no puede hacerse una interpretación contraria al principio de proporcionalidad que debe estar presente en la aplicación de los requisitos procesales y, en definitiva, incompatible con el principio *pro actione* que ha de presidir la resolución de la controversia cuando está en juego el acceso a la jurisdicción. En esta misma línea sentencias de 16 de junio de 2008 (casación 1093/2007 (LA LEY 79137/2008)) de 20 de octubre de 2004 (casación 5614/2001 (LA LEY 10169/2005)), 16 de junio de 2008 (casación 1093/2007 (LA LEY 79137/2008)) y 14 de julio de 2011 (casación 378/2008 (LA LEY 119916/2011)), en las que se corrigen diversas interpretaciones rigoristas de los requisitos procesales que resultaban igualmente vulneradoras de los referidos principios *pro actione* y de proporcionalidad.

En aplicación de toda esta jurisprudencia el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), en su **Sentencia núm. 576/2004, de 24 de noviembre (LA LEY 247779/2004)**, en un supuesto de vía de hecho con la ocupación de terreno sin ajustarse al procedimiento establecido, ante los argumentos del Abogado del Estado oponiéndose a la inadmisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo por considerar que es extemporáneo al considerar que dicha extemporaneidad deriva del hecho de que, dice, el requerimiento de cesación de la actuación en vía de hecho dirigido a la Administración se efectuó transcurridos más de 20 días desde que dicha vía de hecho comenzó, día de comienzo que el Abogado del Estado sitúa en el 17 de marzo de 1999, formulándose el requerimiento el 18 de mayo de 1999, ha señalado: «La cuestión

viene regida por los arts. 30 (LA LEY 2689/1998) y 46.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LA LEY 2689/1998), que establecen lo siguiente:

"En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso Contencioso-Administrativo";

"Si el recurso Contencioso-Administrativo se dirigiera contra una actuación en vía de hecho, el plazo para interponer el recurso será de diez días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo establecido en el art. 30. Si no hubiere requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho".

Como vemos, no se establece plazo alguno para la formulación del requerimiento. El Abogado del Estado afirma que lo lógico es entender que si el recurso Contencioso-Administrativo directo ha de interponerse en 20 días, lo mismo habrá que predicar del requerimiento previo. Ahora bien, también puede considerarse que dentro de los 20 días el interesado puede dirigirse sin requerimiento previo directamente a la Jurisdicción, en evitación de mayores dilaciones en lograr una tutela judicial pronta; pero que si no muestra este grado de diligencia, y renuncia a la reacción urgente e inmediata, tiene después que sujetarse a la carga de dar a la Administración previamente la oportunidad habitual de pronunciarse en primer lugar, formulando el requerimiento mencionado; de acuerdo con esta interpretación no hay razón alguna para limitar el plazo de realización del requerimiento a 20 días, sino que cabría hacerlo mientras se mantengan los efectos de la vía de hecho. Con esto queremos decir que la interpretación defendida por el Abogado del Estado no es la única imaginable y que, no siéndolo, y no estableciendo la Ley plazo alguno para la formulación del requerimiento, no hay justificación bastante para acoger la interpretación que sería contraria al principio *pro actione*. En suma, pues, hay que rechazar este motivo de inadmisibilidad».

Por tanto, en los supuestos que el recurso es presentado dentro del plazo establecido ya que, incluso en el día de la demanda, la situación de vía de hecho se mantiene con la ocupación real de los terrenos por parte de la Administración, debiera entenderse hecho dentro del plazo establecido.

III. Legitimación

La acción debe dirigirse contra quien ha llevado a cabo los actos de despojo en cuya actuación concurre un *animus spoliandi* que, tal como nos dice la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7.ª), en su Sentencia núm. 513/2002 (LA LEY 162656/2002), de 3 octubre de 2002, consiste «en el conocimiento o consciencia de que se está atentando contra la posesión de un tercero, o que se está actuando de forma arbitraria e indebida sin título adecuado que lo autorice, sin que en cualquier caso sea exigible para apreciarlo ni un especial ánimo ilícito (SAP de Lérida, de 19 junio 1981, SAP de Toledo, de 13 febrero 1993) ni la existencia de culpa (SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 27 febrero 1998) ni la existencia de dolo (SAP de Lérida, de 19 febrero 1981) ni la existencia de mala fe (SAP de Las Palmas, de 17 octubre 1996; SAP de Toledo, de 13 febrero 1993 o SAP de Burgos, de 26 noviembre 1993)», requisito subjetivo que debe concurrir en la parte demandada, puesto que es suficiente por parte del agente que el acto que se cometa sea fruto de un obrar arbitrario contra el derecho del poseedor.

IV. Procedimiento y plazo para la interposición del recurso

a) Teniendo en cuenta que la demanda pretende recobrar la posesión el proceso debe sustanciarse según el cauce procesal regulado en los arts. 30 (LA LEY 2689/1998) y 32 de la Ley de la Jurisdicción (LA LEY 2689/1998), y mediante el procedimiento correspondiente establecido en la citada norma.

b) El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo es de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Cuando el acto no es expreso, el plazo es de seis meses, a contar:

- para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su norma específica, se produzca el acto presunto;
- cuando media recurso de reposición, desde el día siguiente a aquel en que se notifique la resolución expresa del recurso de reposición o aquel en que éste deba entenderse presuntamente desestimado;
- en el caso de proceso de lesividad, a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.

Sin embargo, el plazo para interponer el recurso contra la vía de hecho es de diez días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo de otros diez establecido para que la Administración conteste al requerimiento. Si no hubiere requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

V. Plazo para el requerimiento y la vía de hecho

No obstante a lo señalado anteriormente, el art. 439.1 de la LEC (LA LEY 58/2000), en relación con el art. 460 del Código Civil (LA LEY 1/1889), establece como requisito temporal que dispone que la demanda debe formularse antes de que transcurra un año desde que tuvo lugar el acto de despojo.

El art. 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LA LEY 2689/1998) establece lo siguiente: «En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso Contencioso-Administrativo».

A tenor del art. 46.3 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) el plazo para interponer el recurso será de diez días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento que el interesado puede formular a la Administración intimando la cesación de la actuación en vía de hecho y, si no hubiera requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

La reducción del plazo general para interponer recurso contencioso-administrativo, que pasa a ser de diez o veinte días según se haya formulado o no requerimiento a la Administración actuante intimando la cesación de la actuación constitutiva de vía de hecho, ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, pues aunque aparentemente pudiera parecer un beneficio para los interesados por ver acortados los plazos para acudir a la vía jurisdiccional, en realidad esta reducción de plazos sólo beneficia a la Administración al establecer más dificultades a los particulares.

Se comprueba que en el caso en que el interesado opte por acudir directamente a la vía jurisdiccional el plazo de veinte días establecido al efecto se computa desde el día en que se inició la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho, y sin embargo, si opta por requerir a la Administración para que cese en su actuación, no se establece que el requerimiento haya de efectuarse en ningún plazo.

Por tanto, cabría afirmar que si hubiesen transcurrido veinte días desde el inicio de la actuación constitutiva de vía de hecho, el interesado no puede recurrir directamente contra la actuación en vía de hecho pero puede requerir a la Administración para que cese en su actuación y, si no lo hiciera en diez días, interponer, en el plazo de otros diez días contados a partir del día siguiente a la terminación de aquel recurso contencioso-administrativo.

En relación con los plazos, merece la pena realizar mención a algún caso revelador de las dudas de algunos órganos jurisdiccionales. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Toledo, ante la presentación del recurso por ocupación ilegal (vía de hecho) por una Administración Pública el 25 de febrero de 2010, con fecha 2 de diciembre de ese mismo año se dicta Auto por el que se recibe a prueba, concediendo a las partes el plazo de 15 días para su proposición. Mediante Diligencia de Ordenación de 14 de marzo de 2012 se declara concluso el periodo de prueba. Posteriormente, transcurridos casi tres años, sin que medie ningún hecho nuevo, el 24 de julio de 2013, el mismo Juzgado dicta Sentencia con el siguiente fallo: «Debo inadmitir e inadmito el recurso contencioso-administrativo interpuesto por..., contra la actuación material constitutiva de vía de hecho del..., al amparo de lo dispuesto en el art. 69.e) (LA LEY 2689/1998) en relación con el 46.3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (LA LEY 2689/1998)». Es decir, son necesarios casi tres años para, después de haberlo admitido, *argumentar que el escrito inicial del recurso es presentado fuera del plazo* (art. 69.e), en relación con el plazo de presentación del recurso a contar del requerimiento de la vía de hecho (art. 46.3), cuando era algo, en su caso, apreciable desde el momento de su misma presentación.

VI. Competencia jurisdiccional

Antes de la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio (LA LEY 2689/1998), de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), los interdictos civiles constituían la única vía para combatir una posible vía de hecho por parte de la Administración, pero con la entrada en vigor de la citada ley, la cuestión aparece de forma distinta, algunos autores como Leguina Villa consideran que no es posible que los órganos judiciales civiles puedan fiscalizar la

actuación administrativa a través de interdictos, por entender que dicha competencia ya no encontraría cobertura en la cláusula residual del art. 9.2 LOPJ (LA LEY 1694/1985), por estar expresamente atribuido el conocimiento de la vía de hecho a la jurisdicción contencioso-administrativa a tenor del art. 25.2 LJCA (LA LEY 2689/1998).

Otros autores, entre otros, Francisco López Menudo, han entendido que de partiendo de aprobación de la Ley 4/1999 (LA LEY 156/1999) de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LA LEY 3279/1992) (LRJ-PAC), que es posterior a la LJCA de 1998 (LA LEY 2689/1998), ha respetado en su integridad lo dispuesto en el art. 101 de la LRJ-PAC (LA LEY 3279/1992) que establece: «No se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido» que interpretado a «sensu contrario» entienden que son posibles los interdictos contra la vía de hecho administrativa.

Sin embargo, la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su art. 105 (LA LEY 15010/2015), ha modificado la redacción y ya no habla de interdictos sino de acciones posesorias, con el siguiente tenor: «No se admitirán a trámite acciones contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido». Este cambio, aun considerando esta segunda interpretación, hace difícil seguir concluyendo que es posible la coexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de dos posibles vías de ataque contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho administrativa.

No ha resultado unánime la opinión de algunos órganos jurisdiccionales sobre que jurisdicción es competente en estos casos

Se puede apreciar que no ha resultado unánime la opinión de algunos órganos jurisdiccionales sobre que jurisdicción es competente para el examen y pronunciamiento de estos supuestos de ocupación ilegal de terrenos por las Administraciones Públicas; incluso en una misma Audiencia Provincial podemos encontrar criterios diferentes entre sus diferentes Secciones.

La cuestión no es baladí, por su trascendencia, por lo que respecta a las posiciones procesales y, sobre todo, en cuanto al plazo para el ejercicio de la correspondiente acción.

Para poner de manifiesto el contraste, se ha escogido el análisis de algunas sentencias de un mismo órgano jurisdiccional con pronunciamientos distintos, u otras con alguna singularidad. De este modo, podemos encontrar como la **Audiencia Provincial de Toledo, en Sentencia de 11 diciembre 1992**, Rollo de Apelación núm. 317/1992, consideró competente la jurisdicción civil cuando la Administración puede ser demandada en el ejercicio de las acciones interdictales cuando actúe en «vía de hecho». Interdicto de obra nueva: desestimación: demolición de los muros de una finca propiedad del interdictante llevada a cabo por Órgano de la Administración Local: Competencia del Ayuntamiento en todo lo relativo a las actuaciones urbanísticas ilegales dentro del procedimiento legalmente establecido: acto de edificación llevado a cabo por el particular sin la pertinente licencia.

Señala: «A juicio de esta Sala, y aun reconociendo la relativa discrepancia doctrinal y jurisprudencial existente sobre la materia, resulta posible interponer interdictos de obra nueva frente a la Administración pública. En este sentido, ha de recordarse la reciente Sentencia de esta misma Sección Primera de 21-11-1992 (Rollo de Sala 263/1992), donde se dan suficientes razones para llegar a esta conclusión. Así, en primer lugar, de acuerdo con el art. 125 de la Ley de Expropiación Forzosa (LA LEY 43/1954) y los arts. 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LA LEY 102/1958) y 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LA LEY 28/1957), así como el art. 403 de la anterior Ley de Régimen Local, vedan el ejercicio de las acciones interdictales contra los actos administrativos dictados por las autoridades en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. De tales disposiciones se desprende, interpretadas a contrario, la viabilidad de los interdictos en caso de actividad administrativa ajena a la competencia del órgano del que dimana, y de ejercicio de la misma al margen del procedimiento predeterminado por la Ley, o, como con más propiedad destaca la doctrina, en los casos de inexistencia o irregularidad sustancial del acto de cobertura e irregularidad o exceso en la propia actividad de ejecución. Las razones que justifican el amparo posesorio del particular ante tales circunstancias derivan de la proscripción de la vía de hecho, cuyo empleo por la Administración, aun con la finalidad de ejercitar sus legítimas facultades, afecta a su actuación privándola de las prerrogativas que le son propias y posibilitando el control por los Tribunales a través de los procedimientos de Derecho común».

Añade: «A toda la argumentación señalada, que sirve por sí sola para justificar la procedencia de los interdictos de obra nueva contra actos de la Administración, cuyo civil, cabe añadir otro dato de extraordinaria virtualidad, en la medida en que implica el reconocimiento por el propio legislador de dicha posibilidad. En efecto, el último párrafo del art. 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 1/1881), en la redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 abril (LA LEY 1293/1992), afirma que lo dispuesto en los dos párrafos anteriores —donde se establece un fuero territorial privilegiado en favor del Estado, las Entidades estatales de Derecho público, los órganos constitucionales, las Comunidades Autónomas y las Entidades de Derecho público dependientes de las mismas— no será de aplicación a los juicios universales "ni a los interdictos de obra nueva y obra ruinosa", lo que sólo se comprende si se admite, como así debe hacerse, que la Administración puede ser demandada en el ejercicio de acciones interdictales de esas características».

En este mismo sentido **Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.ª), Sentencia núm. 133/2001 de 27 febrero (LA LEY 46358/2001)**, rec. de Apelación núm. 210/2000, ha señalado:

«Que la imposibilidad de ejercitar interdictos contra la Administración (Estatal-Provincial-Local-Autonómica) se basa en la existencia de dos requisitos puestos de manifiesto por el art. 101 de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992), consistentes en que el acto esté dentro de la competencia de la Autoridad de que se trate y de que haya sido realizado de acuerdo al procedimiento legalmente establecido. En los supuestos en los que el acto de cobertura no existe o sea irregular, podrá ejercitarse el interdicto contra la Administración. La limitación impuesta a la Jurisdicción civil respecto del análisis más o menos completo del expediente administrativo y de sus requisitos legales (SSTS 18 abril 1963, Autos 19 junio 1970, 22 diciembre 1987), no excluye el supuesto de inexistencia del acto, inexistencia de competencia o de inexistencia de notificación. Es a estos supuestos a los que viene refiriéndose la doctrina como vías de hecho. El Tribunal Constitucional SS 22/1984 (LA LEY 8565-JF/0000), 166/1986 (LA LEY 678-TC/1987), 160/1991 (LA LEY 1771-TC/1991), reputa vía de hecho el acto administrativo falto de cobertura legal o de cobertura jurídica, entendiéndolo en este caso todos aquellos a los que les faltan los requisitos esenciales.»

En **Sentencia núm. 50/1997 de 7 febrero (LA LEY 6762/1997)**, Rollo de Apelación núm. 395/1996, la misma Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.ª), considera la viabilidad del interdicto cuando se trata de actuaciones llevadas a cabo por órganos de la Administración en materias que no son de su competencia o con infracción de las garantías procedimentales sustanciales.

La **Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª), en Sentencia núm. 181/1998 de 22 julio**, Rollo de Apelación núm. 410/1995, también entendió que existió una perturbación de la posesión y frente a ella es adecuado el cauce interdictal emprendido.

En cambio, la propia Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.ª), en **Sentencias núm. 83/2003, de 7 marzo (LA LEY 47016/2003)**, rec. de Apelación núm. 241/2002 y **Sentencia núm. 234/2004, de 3 septiembre, (LA LEY 183042/2004)** rec. de Apelación núm. 74/2004, ha apreciado apreciando de oficio la incompetencia de la Jurisdicción civil para conocer del presente litigio, por comprender a la jurisdicción contencioso-administrativa. Ha considerado la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, al entender que «este criterio ha de variar necesariamente tras la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, que establece en los arts. 25.2 (LA LEY 2689/1998), y 32.2 (LA LEY 2689/1998) la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones materiales de la Administración que constituyen vía de hecho, y la modificación de la L.O.P.J operada por la L.O. 6/1998, de 13 de julio (LA LEY 2683/1998), en cuya virtud el art. 9.4 (LA LEY 1694/1985) de aquella reconoce expresamente la competencia de los Tribunales del orden contencioso-administrativo para conocer de dichas actuaciones, que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase, de manera que se atribuye el control cautelar de la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho a la jurisdicción contencioso-administrativa».

No obstante, la opinión mayoritaria es la que considera que son competentes los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo del lugar en el que se hallan los terrenos ocupados, en virtud de los criterios de atribución de competencia que al respecto recogen los arts. 8 (LA LEY 2689/1998) y 14 de la Ley Jurisdiccional (LA LEY 2689/1998).

Según el art. 25 apartado 2 (LA LEY 2689/1998): «También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en

esta Ley».

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, que establece en los arts. 25, 2 y 32, 2 la admisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo contra las actuaciones materiales de la Administración que constituyen vías de hecho, y la modificación de la LOPJ, operada por Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio (LA LEY 2683/1998), en cuya virtud el art. 9, 4 de aquélla reconoce expresamente la competencia de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo para conocer de dichas actuaciones, que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase, de manera que se atribuye el control cautelar de la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho a la jurisdicción contencioso-administrativa. -(Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.ª). Auto núm. 58/2006 de 12 mayo (LA LEY 133910/2006); (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de abril de 2002; Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.ª) núm. 83/2003 de 7 marzo (LA LEY 47016/2003) y núm. 234/2004 de 3 septiembre (LA LEY 183042/2004).

La Sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos de fecha 20 de octubre de 1999 (LA LEY 3462/2000), así como la mayoría de las Audiencias (Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos de 25 de abril de 2001 o de León de 2 de marzo de 2001, de Girona de 10 de enero de 2001), establecen que la actual regulación en materia de competencia contenida en el art. 25.2 de la citada Ley de la Jurisdicción Contenciosa (LA LEY 2689/1998), así como el art. 9.4 de la Ley del Poder Judicial, (LA LEY 1694/1985) claramente confiere la competencia a dicho Tribunal al declarar que el recurso contra la inactividad de la administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vías de hecho queda atribuida al Tribunal Contencioso-Administrativo, y establece, además un cauce procesal específico para el control de éstas actuaciones por vía de hecho (arts. 30 (LA LEY 2689/1998), 32.2 (LA LEY 2689/1998) y 46.3 de la LJCA (LA LEY 2689/1998)).

La **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sección 5.ª, de 30 de septiembre de 1996 (LA LEY 1869/1997)**, rec. de Apelación núm. 8510/1991 señala: «sin haber seguido el preceptivo expediente expropiatorio, expediente que, por otra parte, pese a su promesa en el impugnado Acuerdo 25 mayo 1989, sigue sin iniciar a efectos de legitimar *a posteriori* tal ocupación, es evidente que nos encontramos ante una auténtica vía de hecho contra la que la actora puede innegablemente reaccionar amparada en el art. 33.3 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) que expresamente invoca en la demanda y para la reacción ante la cual está sin duda alguna habilitada por sus reclamaciones ante aquél, sin que al efecto debiera haber acudido a la vía interdictal civil o a cualquiera otra acción de esta naturaleza, puesto que aunque el art. 125 de la Ley de Expropiación Forzosa (LA LEY 43/1954) remita expresamente ante situaciones análogas a los interdictos de retener y recobrar, ello lo hace sin perjuicio de los demás medios legales procedentes, entre los que indudablemente se encuentra el recurso contencioso-administrativo previa la constitución del exigible acto recurrible, en este caso producida, siendo consecuencia de tal precedente reacción, conforme a dicho art. 125, el amparo judicial...».

Como se ha señalado anteriormente, la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su art. 105 (LA LEY 15010/2015), ha modificado la redacción y ya no habla de interdictos sino de acciones posesorias, con el siguiente tenor: «No se admitirán a trámite acciones contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido».

Este cambio parece que viene a aclarar la interpretación que se ha de dar a la cuestión de la competencia jurisdiccional en ocupación por la vía de hecho. No parece posible, a la vista de esta última modificación legal, poder seguir manteniendo la interpretación de la jurisdicción civil, ni seguir concluyendo que es posible la coexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de dos posibles vías de ataque contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho administrativa.

VII. Efectos de la acción

Concurriendo los requisitos exigidos en la Ley, todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser restituido por los medios que las leyes de procedimiento establecen, según el art. 446 del CC. (LA LEY 1/1889)

En este sentido cabe hacer mención a acordado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid que dictó Sentencia con fecha de 4 de marzo de 1988, estimando íntegramente el recurso. En sus Fundamentos de Derecho, la Sentencia de la Audiencia advierte que el Ayuntamiento deberá someterse a las

normas de procedimiento vigentes, pues si no lo hace, actúa por la vía de hecho, quedando desprovisto de todas sus [...], lo que lleva consigo la nulidad de pleno derecho, quedando así la Administración desprovista de todas sus prerrogativas pudiendo el particular usar de todos los medios de defensa que tendría frente a cualquier ciudadano que realice iguales actos.

Igualmente la **Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5.ª) del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1990** acepta y hace suyos, en lo esencial, los razonamientos de la Sentencia apelada y añade los siguientes y esclarecedores argumentos: En primer lugar, rechaza que en este caso haya que examinar si la actuación del Ayuntamiento fue, en el orden material, jurídicamente legítima «porque lo que aquí habría que probar es que no ha habido vía de hecho y que su actuación se adecuó a la vía procesal aplicable». La utilización del procedimiento establecido no es una mera formalidad sin otro valor que el de cubrir las actuaciones administrativas para evitar el rechazo social, sino que cumple una función sustantiva en la medida en que sirve a la realización del principio de confianza entre la Administración y los ciudadanos. En este caso, la Sala del Tribunal Supremo, igual que antes la de la Audiencia Territorial, no duda que ha habido vía de hecho en la actuación municipal.

Sobre la vía de hecho la **Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en el Fundamento Cuarto de su Sentencia de 18 mayo 2001 (LA LEY 99913/2001)**, ha señalado: «La posibilidad de recurrir la vía de hecho aparece recogida en la vigente Ley de la Jurisdicción, Ley 29/1998 de 13 de julio, cuyo art. 25.2 (LA LEY 2689/1998) señala. También es admisible el recurso contra la inactividad de la administración y contra sus actuaciones materiales que constituyen vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley. En su regulación, el art. 30 señala en caso de vía de hecho el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo. El Tribunal Constitucional en su sentencia 160/1991, de 18 de julio (LA LEY 1771-TC/1991), precisaba ya los límites de la vía de hecho, en especial respecto a los actos presuntos y los actos tácitos, señalando: "En la expresión actos de la administración Pública sujetos al derecho administrativo y otras similares con que las leyes vigentes definen el objeto del recurso contencioso-administrativo han de entenderse comprendidos los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos, y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hechos. Y es que frente a una actuación material de la administración sólo caben dos posibilidades; bien considerar dicha actuación como un conjunto de *facta concludentia*, de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma, esto es, una declaración de voluntad administrativa manifestada a través de la actuación material o, si no es así, concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, es decir como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica". De aquí, podemos inferir que estamos ante una vía de hecho cuando se da la actuación material de la administración sin cobertura jurídica, es decir con ausencia de acto administrativo, o, cabe añadir, cuando los vicios de ese acto administrativo resultan tan groseros, al faltar sus elementos esenciales, que se presenta como inexistente, con el resultado de la producción de una lesión a los derechos e intereses legítimos, elemento finalista, como recoge la Exposición de Motivos».

En aquellos supuestos en los que ni siquiera concurren razones de interés general en mantener lo construido, por existir otras posibilidades menos perturbadoras y favorables, no cabe más que la restitución de los terrenos ocupados, ya que para proceder a una expropiación faltaría el requisito previsto en el art. 15 de la Ley de Expropiación Forzosa (LA LEY 43/1954) que establece que la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes que «sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación». De mantenerse la ocupación de los terrenos se estaría vulnerando el art. 33.3 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) que establece: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social,...». Entendemos que en estos supuestos no cabe como solución una posible indemnización por los terrenos ocupados, ya que eso supondría una desviación de poder y una tergiversación del procedimiento expropiatorio, siendo la única justa solución la restitución y devolución de los terrenos ilegalmente ocupados, además de la indemnización que proceda por los perjuicios causados. **Sentencia núm. 133/2001, de 27 febrero, de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.ª) (LA LEY 46358/2001)**, Recurso de Apelación núm. 210/2000; **núm. 50/1997 de 7 febrero, (LA LEY 6762/1997)** Rollo de Apelación núm. 395/1996; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª), núm. 181/1998, de 22 julio**, Rollo de Apelación núm. 410/1995.

El **Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª)**,

Sentencia núm. 170/2003 de 8 marzo (LA LEY 47560/2003), rec. contencioso-administrativo núm. 380/1999, señala: «En efecto, la vía de hecho genera per se un vicio de nulidad de pleno derecho o incluso de inexistencia sobre el actuar administrativo, ya que no se puede calificar de otro modo una actividad que prescinde de todo procedimiento (art. 62. 1 e de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LA LEY 3279/1992), Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Dicho vicio no puede ser convalidado o subsanado dada su magnitud (art. 67.1. (LA LEY 3279/1992) a contrario) por lo que el acuerdo impugnado al tratar de subsanar el vicio es contrario a derecho. Por lo que hace al procedimiento expropiatorio la razón es clara: si su finalidad es servir de garantía al particular permitiendo su audiencia y en su caso defensa frente a posibles excesos, o incluso articular alegaciones sobre la necesidad de ocupación o sobre la legalidad de las actuaciones, es evidente que si la actuación se produce deja de tener sentido todo procedimiento posterior, cuyo único objeto ya será reiterar lo hecho pues no cabe imaginar que la Administración se desdiga de lo ya hecho, lo que anula las garantías del administrado de cara a la formación de la voluntad del órgano administrativo».

De no producirse la recuperación del terreno expoliado podría suponer que, en cualquier momento, pueden verse inmerso en otra nueva vía de hecho que supondría nuevas expropiaciones, que se podrían repetir de forma infinita hasta acabar con toda la propiedad del particular; con lo que, además de no cumplirse los requisitos esenciales de utilidad pública y de necesidad de ocupación, una Autoridad pública vería satisfechas sus posibles intenciones de actuar con el ánimo, desde todo punto de vista temerario, de apropiarse de unos terrenos de forma torticera que, sólo en el peor de los casos, si los titulares lo advirtiesen, formularan demanda y existiera una hipotética decisión judicial, tendría que abonar una hipotética indemnización que no se haría a su costa personal, sino con cargo a fondos público. En definitiva, se estaría beneficiando al infractor, por lo que no debiera haber más solución que la recuperación de los terrenos por parte de los particulares, máxime cuando pudieran existir terrenos suficientes y adecuados para cumplir la finalidad del interés general.

Es cuanto menos exigible a una Administración Pública un actuar riguroso de respeto a los derechos de los ciudadanos; es obligación de éstas obtener la disponibilidad de los terrenos antes de ejecutar cualquier obra, sin que sea admisible la excusa del error frente a los ciudadanos.

No obstante, y considerándolo como supuesto excepcional y no repetible, cabría entender, como lo ha hecho la jurisprudencia, cuando lo avanzado de las obras hiciera de la restitución una pretensión antieconómica y contraria al interés general. Sería procedente, ante la imposibilidad de ejecución in natura al no poder restituirse los terrenos ocupados a su estado anterior, establecer una indemnización por el equivalente económico, que se determinará en ejecución de sentencia, que a falta de otros posibles perjuicios que pudiera alegar y probar el particular, debe consistir al menos en:

- el valor de dichos terrenos más el premio de afección para no hacer la ocupación ilegal de peor condición que la expropiación;
- una indemnización por la ilegal privación al propietario equivalente al 25 % del valor de sustitución de los bienes ocupados;
- los intereses legales desde la fecha de la ocupación hasta su pago.

En este sentido, existen pronunciamientos del Tribunal Supremo: **Sentencias de 10 de marzo de 1992 (LA LEY 5298/1992)**, rec. núm. 1373/1990; **11 de noviembre de 1993**, rec. núm. 9183/1990; **21 de junio de 1994**, rec. núm. 6674/1991; **18 de abril de 1995**, rec. núm. 1785/1992; **8 de noviembre de 1995**, rec. núm. 954/1992; **23 de septiembre de 1997**, rec. núm. 14176/1991 y la de **18 de enero de 2000**, rec. Casación núm. 9422/1996 (LA LEY 3449/2000), entre otras.

La persistencia de las Administraciones Públicas debieran ser consideradas temerarias cuando, después de un evidente vicio, obliga a los demandantes a acudir al vía judicial, por lo que debería acordarse por los Tribunales la expresa condena en las costas procesales (art. 139. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (LA LEY 2689/1998), de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).