
LA CONSTITUCION Y LA REFORMA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Jesús González Pérez*

INTRODUCCIÓN

La incidencia de la Constitución de 1978 en la Justicia administrativa ha sido desorbitada. Ante algunos de los muchos comentarios que se produjeron a raíz de su entrada de vigor, se tiene la impresión de que antes el ciudadano se encontraba huérfano de asistencia jurisdiccional frente a las arbitrariedades de unas Administraciones Públicas que actuaban sin sujeción a norma alguna. Que había sido la Constitución la que había impuesto y garantizado la sumisión de los órganos públicos al Ordenamiento.

Las normas de la Constitución en que —según una opinión generalizada— se encuentran las bases de la profunda transformación que su entrada en vigor supuso en nuestra Justicia administrativa, obligando «a convertir el contencioso-administrativo en un sistema judicial plenario en donde no tienen ya cabida los viejos privilegios de exención del principio»¹, son: el art. 24, con la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva; el 106.1, con la proclamación del sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, y el art. 117.3, al sentar el principio de que la potestad jurisdiccional corresponde a los órganos jurisdiccionales en todo tipo de pro-

* Sesión del día 31 de marzo de 1998

¹ Así, GARCÍA DE ENTERRIA, *La jurisdicción contencioso-administrativa hoy*, DA, núm. 220, p. 11.

cesos, lo que significó atribuirlos el poder exclusivo de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Más es lo cierto que el derecho a la tutela jurisdiccional se encontraba reconocido en las Leyes fundamentales (Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, IX; art. 30, Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967), en términos análogos a los de casi todas las Constituciones de la postguerra de muy distinto signo político²; el principio de que la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios de lo contencioso-administrativo —como en los demás— corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, estaba consagrado en términos casi idénticos a la Constitución vigente en el art. 31 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, y la sumisión plena de la Administración al Ordenamiento jurídico y no tan solo a la Ley era uno de los principios que informaban la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, como se proclamaba en su E. de M., calificada de magistral en la STC 76/1996, F.J. 6º, B, como ha destacado el Presidente del Tribunal Supremo, en el Discurso de apertura del año judicial 1997-1998, recordando que ofreció a los juristas una espléndida lección del concepto del Derecho como Ordenamiento jurídico³.

El Ordenamiento anterior a la Constitución de 1978 hubiera permitido a los jueces impartir una tutela judicial efectiva frente a los arbitrariedades de la Administración. Y hay que reconocer que en buena parte fueron superando algunas de las deficiencias del texto inicial de la Ley de 1956. Pero, excesivamente respetuosos con el Poder, los jueces no agotaron todas las posibilidades que ofrecía para garantizar al administrado una tutela jurisdiccional plena.

Lo que verdaderamente ha incidido en la actuación de la Jurisdicción contencioso-administrativa ha sido, más que el texto constitucional, los nuevos aires que se respiraron a raíz de su entrada en vigor. Fue principalmente el nuevo ambiente por él creado el que condujo, además de a estimar derogados los preceptos de la vieja Ley que se consideraron contrarios a los principios en él consagrados, a una interpretación de todos más conforme con el acceso a la Justicia y al enjuiciamiento en cuanto al fondo de las pretensiones ante ella formuladas⁴.

² GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª ed., Civitas, 1989, pp. 22 y ss.

³ DELGADO BARRIO, *El poder de los Jueces*, Discurso pronunciado en el acto inaugural del año judicial 1997-1998, Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 27.

⁴ DELGADO BARRIO, *El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisdicción contencioso-administrativa*, en «La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez», Civitas, 1993, II, p. 1190.

Pero no puede negarse que se ha desorbitado la incidencia de la Constitución en la reglamentación de la Justicia administrativa. Y en la misma medida en que se exageraban las excelencias de la nueva norma fundamental, se denunciaban los defectos de la legislación vigente en la fecha de promulgación, llegando a ponerse en tela de juicio la totalidad del sistema instaurado por la Ley de 1956. No se limitaba la crítica al «lamentable sistema de ejecución de sentencias y a la falta de medidas cautelares», sino que se hablaba de «la configuración de todo el proceso administrativo como proceso revisorio»⁵. Y de que «la Ley, a pesar de los laudables propósitos que se expresan en su Exposición de Motivos —se ha dicho— mantenía no pocas limitaciones para el acceso a una tutela judicial efectiva, rigideces formales y elementos de desigualdad entre las partes, como no podía ser de otro modo en razón a las circunstancias de todo tipo —políticas unas, técnicas las otras— del momento histórico en que se aprobó»⁶.

Se organizaron Jornadas, seminarios y coloquios sobre la «Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativos». Como el curso que, con este título, organizó el Consejo General del Poder Judicial, en el que uno de los ponentes hizo estas solemnes afirmaciones: «Las consecuencias de los artículos 24.1, 106.1 y 117.3, CE, en el ámbito contencioso-administrativo han sido de tal magnitud que permiten hablar, incluso, de una nueva concepción superadora de la idea tradicional de un proceso al acto o de mera protección de la legalidad objetiva»⁷.

Las citas podrían multiplicarse.

En este ambiente, no es de extrañar que, veinte años después de la Constitución, se elaboren leyes cuyas Exposiciones de Motivos tanto recuerdan a las de aquellas Leyes de los años posteriores a nuestra Guerra. En la del proyecto del Gobierno de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, al referirse a la regulación del recurso frente a la inactividad de la Administración, se decía: «de esta manera se cierra un importante agujero negro de nuestro Estado de Derecho y se otorga un arma efectiva al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones». Tal expresión fue suprimida por el Senado. Más tarde veremos en que consistía ese «importante agujero negro» y en qué consiste el «arma efectiva» que se otorga al ciudadano para cerrarlo.

⁵ SORIANO, *Los poderes del juez. La Ley y la reforma del contencioso*, RAP, núm. 124.

⁶ SANCHEZ MORON, *Las partes en el anteproyecto de la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo*, DJ, núm. 51(1986), p. 753.

⁷ FERNANDEZ MONTALVO, *Incidencia de la Constitución en la apreciación de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo*, en «Incidencia de la Constitución en el proceso contencioso-administrativo», CDJ, XI, 1992, p. 179.

Para valorar lo más objetivamente posible el significado de la Constitución ha de partirse de las innovaciones en nuestro Ordenamiento procesal administrativo que se atribuyen a su entrada en vigor, en relación con el sistema anterior.

El derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de toda persona a que se «haga justicia», se traducirá en el ámbito jurídico administrativo en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos estatales independientes y preparados. Presuponiendo, por tanto, la existencia de una adecuada estructura judicial, el derecho a la tutela judicial desplegará sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el de acceso al proceso; segundo, una vez en él, haciendo posible la defensa y la obtención de la solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, al llegar la hora de hacer efectivos sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.

Veamos las respuestas a estas exigencias por la legislación derivada de la Constitución, en confrontación con la situación anterior. Verifiquemos cual era la situación anterior a la Constitución, cuales son las innovaciones atribuidas a ésta y cómo se proyectaron estas innovaciones en los proyectos de reforma, concretamente en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. Ley, que tal y como salió del Congreso —y en este aspecto no mejoró las cosas el Senado—, desconoce las más elementales reglas de la técnica legislativa. Ha resultado un texto denso, amazotado, oscuro. Artículos desmesuradamente largos, divididos a su vez en apartados desmesurados, con incisos que hacen difícil a veces llegar a su verdadero sentido.

ACCESO A LA JURISDICCION

Acceso a la Jurisdicción

La primera exigencia del principio de tutela jurisdiccional es la posibilidad de formular cualquier tipo de pretensión, cualquiera que sea su fundamento y el objeto sobre el que verse. Sustraer del conocimiento de la Jurisdicción cualquier tipo de litigio supondría un atentado al principio. Los órganos jurisdiccionales, cada uno en su esfera y dentro de los límites de su competencia deben conocer y atender todas las pretensiones que ante ellos se formulen, abstracción

hecha del Derecho material que la sirva de fundamento y de la persona frente a la que se dirijan.

La historia de la Justicia administrativa ha sido una continuada lucha por reducir las inmunidades del poder y eliminar cualquier tipo de exclusión del control jurisdiccional de la Administración.

La Ley de 1956 marcó un hito decisivo en la historia de nuestro contencioso-administrativo. En el momento de su promulgación fue más allá de la mayoría de los Ordenamientos jurídicos. Lo que aún hoy se suele reconocer. Contenía, indudablemente, algunos requisitos que obstaculizaban el acceso a la Jurisdicción. Algunos de ellos fueron eliminados por la jurisprudencia —como lo que quedaba del requisito del previo pago en la Ley de 1956— y otros por ley —como la supresión de algunas materias excluidas del control. Sin embargo, al entrar en vigor la Constitución de 1978 subsistían algunos obstáculos procesales. Algunos de ellos desaparecieron como consecuencia de la derogación de las normas reguladoras por la aplicación directa de la Constitución. Respecto de otros, no fue necesario acudir a la derogación, y bastó con una interpretación de la normativa más congruente con el principio de la tutela jurisdiccional, reduciendo los motivos de inadmisibilidad.

Los obstáculos más ostensibles del acceso a la Jurisdicción que habían sido denunciados afectaban tanto a la legitimación activa como a los requisitos que debían concurrir en la actuación de la Administración para que fuera admisible el control jurisdiccional y al régimen de los plazos. Y existió otro, sobre el que no se hizo demasiado hincapié, pero que ha adquirido una singular relevancia ante la delimitación de competencias de la nueva ley, por lo que voy a ocuparme de él en primer lugar.

La confusa delimitación de la competencia

Cuando en el contencioso-administrativo francés, ante el problema del excesivo número de recursos que se acumulaban ante el Consejo de Estado, se iniciaron las reformas encaminadas a modificar la simplista regulación de la competencia, se llegó a afirmar que la complejidad de la delimitación de competencias estaba más allá del entendimiento⁸.

⁸ Así, RIVERO, *La réforme du contentieux administratif*, «Revue de Droit public et de la Science politique», 1953, p. 934. Por mi citado en *Derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1964, I, p. 298.

Ante la complejidad de las normas delimitadoras de las competencias de los distintos órganos en la nueva regulación, casi resultaría válida aquella afirmación. Si se hubiera buscado deliberadamente la confusión, no podía haberse hecho mejor. El Senado intentó poner remedio al caos de competencias del proyecto primitivo, que el Congreso de los Diputados no mejoró. Y aunque el texto que salió del Senado eliminó algunas contradicciones de las que adolecía el inicial, el sistema no puede ser más complicado y confuso.

Se ha olvidado la recomendación que venía haciendo la doctrina, al enumerar los criterios en que debía inspirarse la regulación de la competencia y citar en primer lugar la «claridad»⁹.

La entrada en vigor de la Ley planteó, no ya las dificultades que siempre plantea una modificación de la organización jurisdiccional, sino una generalizada desorientación, que se traducirá en interminables conflictos de competencia, nulidades de actuaciones y, en definitiva, demoras en la tramitación de los procesos.

La legitimación activa

La crítica de la regulación de la legitimación activa se concretaba fundamentalmente en los aspectos siguientes¹⁰:

— Que al reconocer legitimación únicamente a los titulares de un interés directo, se limitaba extraordinariamente el acceso a la Justicia, al excluir otros intereses legítimos que, sin ser directos, merecían protección jurídica.

— Que al vincular la legitimación a la pretensión que se dedujera, el titular de intereses solo podía demandar del Tribunal la anulación del acto.

⁹ Así, DELGADO BARRIO, *Los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa y su competencia*, «Poder judicial», XV, p. 90. En parecidos términos, GONZÁLEZ RIVAS, *Reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa: urgencia y criterios orientadores*, «Poder Judicial», XV, p. 181.

¹⁰ RODRIGUEZ-ZAPATA, *Incidencia de la Constitución en las normas que regulan la legitimación en el proceso administrativo*, en «Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativos», cit., pp. 147 y ss.; FERNANDEZ TORRES, *La legitimación corporativa en la Jurisdicción contencioso-administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva*, en «La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez», cit., IL pp. 1379 y ss.

— Que no existía razón para limitar la legitimación para impugnar las disposiciones generales del Estado a las entidades corporativas, como hacía la Ley de 1956.

Y se atribuye a la incidencia de la Constitución el haberse eliminado estas limitaciones subjetivas para demandar justicia frente a una Administración pública.

Olvidando:

1.º Que la exigencia de que el interés fuese «directo», que establecía el texto de 1956, había dejado de tener relevancia en la jurisprudencia mucho antes de la Constitución como tampoco tiene relevancia en orden a la ampliación de la legitimación activa la calificación de «legítimo» que aparece en el texto constitucional. Por la sencilla y elemental razón de que, a la hora de decidir en un proceso concreto si el demandante está legitimado, los Tribunales prescinden de todas esas zarandajas que se inventó la doctrina —sobre todo italiana— sobre el carácter «personal», «directo», «legítimo» o «difuso», y acaban definiéndolo con arreglo al Diccionario de la Academia, reconociendo que existe legitimación cuando el éxito de la pretensión reporta al que la fórmula «beneficio», «utilidad», «ganancia», «provecho», «comodidad», o dicho de otro modo, que le evitará un «perjuicio», «incomodidad»..., que es como define la Academia el interés. La jurisprudencia —la nuestra y la de fuera— está acudiendo, no a un concepto de la ciencia jurídica, sino al Diccionario, para verificar cuál es «el sentido propio de las palabras», como impone el artículo 3º.1 del Código civil¹¹.

2.º Que pese a la vinculación que, ciertamente, existía en la Ley de 1956 entre legitimación y pretensión, la jurisprudencia interpretó la norma que establecía que el demandante titular de un interés podía pretender la anulación del acto (artículo 41 de dicha Ley) en el sentido de que la anulación suponía la extinción de las relaciones jurídicas de ella derivadas, lo que podía también ser objeto de la pretensión formulada por el titular de un interés. En definitiva, se reconocía legitimación para demandar la adopción de cuantas medidas fuesen necesarias para restablecer la situación jurídica perturbada por la actuación frente a la cual se reaccionaba, cualquiera que fuera la posición o configuración doctrinal sobre el derecho subjetivo o el interés legítimo.

¹¹ Me remito a mi trabajo *Las partes en el proceso administrativo*, en «La reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa», Academia de Ciencias Morales y Políticas», 1997, p.50.

3.º Queda, por tanto, como única incidencia positiva de la Constitución en el ámbito de la legitimación la derogación de la norma de la Ley de 1956 (art. 28.1.b) que la limitaba a las entidades que ostentaran la representación de intereses de carácter general o corporativo para demandar la nulidad de una disposición general del Estado.

Lo que, ciertamente, fue una conquista positiva en las garantías constitucionales. Pero tampoco hay que exagerar. No es que antes, con arreglo a la Ley de 1956, el ciudadano careciera de tutela jurisdiccional para defenderse frente al ejercicio por el Estado de la potestad reglamentaria. Porque se admitía legitimación general para impugnar directamente reglamentos del Estado siempre que la normativa en ellos contenida afectare directamente al demandante «sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual», y siempre para impugnarles al ser aplicados. Y es que, por lo general, el administrado, cuando reacciona frente a un reglamento ilegal es cuando sufre sus consecuencias al serle aplicado. En tanto no se le aplicara, existía la posibilidad de que alguna entidad o corporación creadas para defender sus intereses, que tendrían sus servicios jurídicos propios para estar al tanto de las innovaciones que se produjeran en el Ordenamiento, reaccionaría a tiempo para demandar justicia frente al reglamento contrario a Derecho. Por lo que no estaba tan desasistido el ciudadano simple y sencillo, que siempre podía, por sí, sin necesidad de acudir a ninguna entidad representativa, impugnar el reglamento que se le aplicara directamente sin necesidad de acto de aplicación, y, al serle aplicado, cuando se requiriese acto administrativo expreso, aparte de la garantía que suponía la excepción de ilegalidad, al no poder el juez de cualquier orden jurisdiccional aplicar un reglamento ilegal, tanto con arreglo a la vieja Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 (art. 7) como con arreglo a la vigente (art. 6)¹².

Requisitos exigidos para que la actuación administrativa sea susceptible de control jurisdiccional

La crítica

No vale la pena siquiera hacer alusión a las afirmaciones, por otro lado tan frecuentes, de que el contencioso-administrativo existente al entrar en

¹² GONZÁLEZ PÉREZ, *El juez ordinario defensor de la legalidad administrativa*, RDp, 1971, pp.87 y ss.

vigor la Constitución era un contencioso al acto, concepción incompatible con la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos que ella consagraba. Ni la Ley de 1956 reguló un proceso administrativo al acto, ni el texto de la Constitución permitía llegar a las disquisiciones doctrinales que nos invadieron a raíz de su entrada en vigor.

Lo cierto es que la Ley de 1956, al configurar el proceso administrativo, aceptó plenamente la concepción de Guasp, situando la pretensión procesal como centro del sistema. El objeto del proceso administrativo no era el acto ni la disposición frente a los que podía formularse la pretensión. El objeto del proceso era la pretensión que se formulaba por el demandante. Ya quedó reflejada esta concepción en el artículo 1º de la Ley, en un texto inequívoco, que ha sido respetado en todos, absolutamente en todos, anteproyectos y proyectos redactados con posterioridad a la Constitución y que se mantiene en la nueva Ley. No habrá significado tanto la Constitución en este aspecto cuando se mantiene la norma de la Ley de 1956.

Sí es cierto que para que la pretensión fuese admisible se establecía como presupuesto la existencia de una disposición o acto. Entre otras razones, porque para poner en marcha la complicada y costosa maquinaria de la Justicia es lógico que se demande de ella algo que no ha podido obtenerse pacíficamente de aquel al que se considera obligado. Si acudimos a un juez para que condene a pagar el precio a quien hemos vendido algo, es porque el comprador no nos paga. Si a quien demandamos es a la Administración, es porque no da, hace o deja de hacer aquello a que estimamos viene obligada por el Derecho aplicable.

De aquí que el acto —o la manifestación de que no está dispuesta a acceder a lo que se reclama— sea presupuesto procesal.

Ahora bien, la crítica de la regulación vigente al entrar en vigor la Constitución se centraba, fundamentalmente, en dos aspectos:

— Que la Ley no se contentaba con exigir la existencia de acto, sino que, además, establecía como condición que hubiese puesto fin a la vía administrativa.

— Que la exigencia de acto dejaban sin tutela jurisdiccional efectiva a los supuestos de inactividad de la Administración contraria al Ordenamiento jurídico.

El agotamiento de la vía administrativa

La Ley de 1956, siguiendo la tradición de nuestras leyes reguladoras del contencioso-administrativo, estableció como requisito de admisibilidad de la pretensión frente a los actos de la Administración que éstos no fueran susceptibles de recurso administrativo ordinario (art. 37.1): si el acto era dictado por un órgano administrativo con superior jerárquico, debería interponerse, salvo excepciones, recurso de alzada ante éste; si el acto no era susceptible de recurso de alzada, era preceptivo el recurso de reposición. Este era el esquema de la Ley de 1956, en relación con la Ley de procedimiento administrativo de 1958. No era admisible el «contencioso-administrativo» sin haberse interpuesto recurso de alzada o de reposición, según los casos. Si la exigencia de la alzada tenía por finalidad que antes de iniciarse la vía procesal tuviera conocimiento de la pretensión el órgano superior de la organización, y la del recurso de reposición la conveniencia de que la Administración en general tuviera oportunidad de conocer —y acceder— a la pretensión antes de nacer el proceso —fundamento este último que se adujo por el Tribunal Constitucional para justificar la no inconstitucionalidad de la vía administrativa previa, por ejemplo, en STC 60/1989—, la doctrina ha considerado que no son argumentos suficientes para mantener el agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal.

La concepción tradicional, en la que el requisito constituye un privilegio de la Administración, debe dejar paso —se dice— a una distinta, según la cual el recurso administrativo pasara a concebirse como garantía del administrado¹³.

La generalidad —casi unanimidad— de la doctrina se muestra contraria al mantenimiento del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal¹⁴, elogiándose la regulación del proceso para la protección de los dere-

¹³ Así, TORNOS MAS, *Vía previa y garantías de los administrados*, en «La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez», cit., I, pp. 647 y ss., proponiendo que la vía administrativa se estructure ante órganos especializados que pudieran decidir los recursos con objetividad, descargando de trabajo a los Tribunales.

¹⁴ PEMAN GAVIN, *Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial efectiva*, RAP, núm. 127, pp. 145 y ss.; T.R. FERNANDEZ, *Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso*, DA, núm. 221, pp. 5 y ss.; GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, reimpresión de la 3ª edición, 1992, II, pp. 488 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Civitas, 1992, pp. 46 y ss.; GONZÁLEZ BERENGUER, *La aplicación de la Ley de procedimiento al mundo de la Ley del Suelo*, «Revista Vasca de Administración pública», núm. 37, p. 306.

chos fundamentales en la LPDF (art. 7º.1)¹⁵. No tiene sentido el tradicional requisito procesal.

Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieren resultado lesionados. Si bien, debe admitirse la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del Ordenamiento jurídico en que el acto incurre o circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por esta vía, sin tener que acudir al proceso, siempre más lento, complicado y costoso, ha de admitirse la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil¹⁶. Y, por supuesto, no tiene sentido establecer un sistema de recursos sometidos a distinto régimen jurídico, con las consiguientes dudas y dificultades a la hora de tener que agotar la vía administrativa. Un único recurso administrativo y potestativo.

Sin duda en atención a esta crítica, los redactores de la LRJPA eliminaron el recurso de reposición —incluso con carácter potestativo—. Pero mantuvieron como preceptivo el recurso de alzada —al que se llama recurso administrativo ordinario— siempre que el órgano que dictó el acto administrativo contra el que se va a interponer el contencioso tuviera un superior jerárquico, salvo los supuestos exceptuados. De este modo se volvió a la situación anterior a la Ley de 1956. En consecuencia, ante el proceso administrativo existen dos tipos de actos: unos, respecto de los que no es posible incoar el proceso sin interponer el recurso administrativo previo que ponga fin a la vía administrativa; otros, respecto de los que no es posible recurso administrativo alguno, y no existe otra vía de impugnación ordinaria que la contencioso-administrativa.

¹⁵ CAMPO CABAL *Otro ejemplo del carácter de gravamen de la vía administrativa gubernativa para los administrados*, en «La protección jurídica del ciudadano», cit., I, pp. 1109 y ss., en el que se encuentra una referencia completa de los trabajos en el sentido elogioso expresado.

¹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, *La LRJPA dos años después*, RAP, núm. 136, pp. 45 y ss.

Que es, justamente, lo contrario de lo que demanda la tutela judicial efectiva, tal y como había señalado la doctrina. De aquí, las críticas a tan desdichada Ley¹⁷.

Pues bien, cuando, después de dos años en el poder, el Gobierno popular se decide a remediar el caos originado por aquella Ley y elabora al fin un proyecto de reforma, en éste, como en tantos otros aspectos, desaprovecha la ocasión y, en parte, deja las cosas como estaban, si no las empeora.

El proyecto, sí, atendiendo a un aspecto de la crítica, restablece el recurso de reposición con carácter potestativo. Pero lo restablece en aquellos supuestos en que no es presupuesto el recurso de alzada. Resulta, por tanto:

1.º Que siempre que la actuación frente a la que se ha de demandar justicia proceda de un órgano administrativo sujeto a la jerarquía de otro, será necesario, salvo los supuestos exceptuados —que vienen a ser los que existían en la normativa anterior— interponer el recurso de alzada y esperar a que se produzca la denegación presunta antes de que sea admisible el acceso a un juez imparcial, aunque esté convencido de la inutilidad de la alzada. Y esto, no por haber cambiado la concepción del recurso administrativo en el sentido señalado y configurarlo como garantía del administrado, sino, justamente, por mantener un privilegio tan censurado¹⁸.

2.º Y contraviniendo otra de las críticas generalizadas al sistema de recursos, se articulan dos recursos distintos, en lugar de facilitar la actuación del administrado, simplificando la regulación de tal modo que solo existiera un recurso administrativo ordinario, si bien el órgano competente para decidirlo variará en función del órgano de que proceda el acto —el mismo que lo dictó o el superior jerárquico.

¹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *La LRJPA dos años después*, cit., p. 47; GARCÍA DE ENTERRIA, *Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común*, REDA, núm. 75, pp. 325 y ss. En análogo sentido, COBO OLVERA, *La LRJPA. Especial referencia a la Administración local*, Madrid, 1994, pp. 544 y ss.; ESTEVE CAIRETA, *Los recursos administrativos*, en la Ob. Col. *Administración pública y procedimiento administrativo* (coordinador TORNOS MAS), Barcelona, 1994, p. 442; LLISSET BORRELL y otros, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, El Consultor de los Ayuntamientos, 1994, pp.329 y ss.

¹⁸ TORNOS MAS, *Vía previa*, cit., p. 650.

La tutela jurisdiccional frente a la inactividad administrativa.

Era éste uno de los «agujeros negros» que, según la Exposición de Motivos del proyecto de la nueva Ley, existían en nuestra legislación procesal anterior a la Constitución. Expresión, por otra parte, que no podía ser más desafortunada. Porque se llama «agujero negro» no a la falta de algo, sino precisamente al exceso.

a'). Ese «agujero negro» de nuestro contencioso-administrativo consistía, no en que no fuera posible acudir a los órganos del orden contencioso-administrativo en demanda de protección frente a la pasividad de las Administraciones públicas, sino en que no resultaba eficaz tener que seguir previamente la vía administrativa para la provocación de un acto formal denegatorio, y después todo un proceso declarativo o de declaración para llegar a una sentencia que dejara abiertas las posibilidades de la ejecución forzosa para que se realizara lo que aquéllas no quisieron hacer. En efecto, el panorama, según la regulación de la Ley de 1956 era el siguiente:

Si la Administración venía obligada a hacer algo o a dar algo según el Ordenamiento jurídico, aquel que tuviera, no solo derecho subjetivo a ello, sino un interés en que se realizara, podía formular su petición ante la Administración competente. Por ejemplo, pedir que se pagara una subvención a que se tenía derecho para realizar una actividad industrial o de investigación; pedir que se le impusieran a una industria que despedía humos nocivos las medidas correctoras; pedir que se adoptaran las medidas adecuadas para eliminar los obstáculos que dificultaban el paso por una vía pública...

— Formulada la petición ante la Administración, si ésta no accedía a lo pedido, se presumía denegada la petición, y este acto presunto dejaba abierto el acceso a la justicia administrativa.

— Formulada la pretensión procesal una vez cumplido el requisito del acto denegatorio, los Tribunales no ponían reparo alguno a la admisibilidad. Y había que seguir el calvario del proceso administrativo en el que se verificaría si, efectivamente, la Administración tenía obligación de realizar aquello que no realizaba. Entraba, por tanto, en la cuestión de fondo. Otra cosa era que, ya en el examen de la cuestión, entendiera que no existía obligación. Por ejemplo, la vieja Ley de arrendamientos urbanos imponía al Gobierno la actualización de las rentas congeladas en plazos perfectamente delimitados. Planteado el contencioso-administrativo por una Cámara de la propiedad urbana a fin de que se condenara al Gobierno a dictar el correspondiente Decreto, el TS entendió que el ejercicio de esta potestad discrecional dependía de circunstancias de muy diver-

sa índole, y que no era procedente el recurso contencioso-administrativo. No se declaraba inadmisibile el «recurso contencioso-administrativo» —problema procesal—, sino que se desestimaba la pretensión en cuanto al fondo.

b') La crítica generalizada estaba cargada de razón. Por lo pronto, existían supuestos de inactividad de la Administración que no podían obtener tutela a través de los cauces de un proceso. Pensemos en una prestación sanitaria urgente, en el pago de una subvención imprescindible para la continuidad de una empresa, en la intervención del Servicio de bomberos para apagar en fuego, en la necesidad de que la grúa municipal quite de la entrada de nuestro garaje un coche que impide el acceso... Por sumario que fuera el proceso, cuando llegara la sentencia el paciente que necesitaba el tratamiento médico habría muerto, la empresa subvencionada habría quebrado, la casa habría desaparecido por el incendio, y nuestro coche habría quedado abandonado durante años a las inclemencias del tiempo por no ser posible la entrada al garaje.

Pero es que, además, lo absurdo del sistema radicaba en no tenerse en cuenta que existen dos tipos de proceso que responden a pretensiones de distinta naturaleza y sujetos a régimen distinto:

— Por un lado, el proceso declarativo, cuyo objeto es decidir si, efectivamente, con arreglo al Ordenamiento jurídico, la persona frente a la que se deduce la pretensión viene obligada a dar o a hacer lo que se pide. Acaba en sentencia decidiendo si efectivamente existe o no obligación. Y, una vez declarado que es así, vendrá la ejecución.

— Por otro lado, está el proceso ejecutivo. Está articulado, no para decidir si el demandante tiene derecho a lo que pide, si el demandado viene obligado a dar o hacer lo que se pretende. Aquí ya no se discute el derecho. El juez no tiene que declarar si existe o no el derecho a lo reclamado. Esto ya está decidido por un título ejecutivo. El objeto del proceso no es, por tanto, resolver, dictar sentencia. Lo que se pide, no es una declaración, sino una actividad material: que el demandado realice lo que no hace voluntariamente. Por eso, no termina en una sentencia. Sino en un hacer: toda la actuación procesal está dirigida a hacer efectivo lo ya declarado.

De aquí que en aquellos supuestos en que no está en litigio la existencia de una obligación —v.gr., porque ya existe acto administrativo ejecutivo—, no tenga sentido seguir todo un proceso declarativo, como es el administrativo, para llegar a una sentencia que decidirá algo que está prejuzgado, para abrir la vía de la ejecución. Lo lógico es empezar por ésto.

Y cuando todavía no existe el título ejecutivo previo y, por tanto, no puede excluirse el pronunciamiento del juez declarando si existe efectivamente obligación de hacer lo que se demanda, la naturaleza de las prestaciones materiales puede exigir un proceso, no ya sumario, sino sumarísimo, reconociendo al órgano judicial además la posibilidad de adoptar medidas cautelares expeditas. Lo que, pese a todo, no impedirá que existan prestaciones para cuya efectividad no es el proceso el medio de defensa idóneo¹⁹.

c') Y ¿qué es lo que hace la Ley para llenar ese «agujero negro»? Pues dejar las cosas como estaban. O, más exactamente, si prevaleciera el texto literal de la nueva normativa —esperemos que no sea así—, empeorarlas²⁰.

En efecto, la nueva Ley ha insistido en que es admisible el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad, dedicando un artículo a reconocerlo expresamente (art. 29)²¹, regulando lo que puede pretenderse en estos supuestos (art. 32) y el contenido de la sentencia (art. 71.1.c). Pero resulta:

1.º Que, para poder acudir al proceso, es necesario previamente reclamar de la Administración el cumplimiento, y —si no existe resolución expresa— esperar un plazo, que en el proyecto del Gobierno era de tres meses, que *era el plazo que con carácter general prevé la LRJPA para que se produzca el acto presunto. Por muchas sutilezas que se utilizaran para catalogar esto*, no creo que difiriera mucho del sistema anterior. Lo cierto es que, tanto según la Ley de 1956 como según la nueva Ley, para poder demandar justicia ante un juez frente a la inactividad de la Administración, el afectado tiene que esperar un plazo. Antes, como ahora, ello supone que el proceso resultará inútil en la inmensa mayoría de los supuestos de inactividad. Al pasar el proyecto del Gobierno por la Comisión de Justicia del Congreso, se intentó remediar este gravísimo defecto de la nueva normativa, reduciendo el plazo de tres meses a uno. Pero únicamente

¹⁹ Así, en mi trabajo *Nuevos sistemas de control de la Administración pública*, en la Ob. Col. *Justicia administrativa*, UNSTA, Tucumán, 1981, pp. 92 y ss.

²⁰ Llamó la atención sobre la nueva norma GARRIDO FALLA, en *El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos impugnables y pretensión*, en «La reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa», Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997, pp. 108 y ss., así como sobre norma análoga de anteproyectos anteriores en *La vía de hecho y la actividad de la Administración*. -Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación-, n° 26 (1995).

²¹ Quizás, obsesionados los redactores del anteproyecto por la idea de que la Ley anterior regulaba un proceso al acto y ello suponía la exclusión del control de la inactividad.

cuando existía acto administrativo firme y la Administración pública no realizaba la actividad encaminada a la ejecución. Por lo que, en todos los demás supuestos, sigue vigente el plazo de tres meses para poder acudir al proceso.

2.º Pero, además, transcurrido el plazo señalado, el proceso al que ha de acudir para poder obtener satisfacción de la pretensión, es el proceso administrativo ordinario. Luego antes, como ahora, el administrado no se libra del calvario de años —o, si mejoraran las cosas, meses— para obtener una sentencia. Y una sentencia que, según la nueva Ley —art. 71.1.c)—, se limitará a establecer plazo para que se cumpla el fallo. Esto es, después de tener que esperar los mismos plazos que ahora para poder incoar el proceso, después de los trámites del proceso, todo esto para obtener una sentencia, que decidirá si la Administración viene obligada a hacer aquello que no hizo y establecer un plazo para que lo haga. Y, transcurrido este plazo, ¡a empezar el nuevo calvario de la ejecución forzosa!

También aquí la Comisión de Justicia del Congreso intentó remediar los defectos en que incurría el proyecto del Gobierno, estableciendo que, en estos casos, no se seguiría el proceso administrativo ordinario, sino un procedimiento abreviado, que se regula por primera vez en la nueva normativa. Pero resulta que:

1.º Este proceso abreviado únicamente puede seguirse en los mismos supuestos en que el plazo para acudir a la vía procesal es de un mes, es decir, cuando ya existe acto administrativo obligatorio y ejecutivo. Así lo dispone el artículo 29.2. Por lo que en los demás casos hay que seguir el proceso ordinario.

2.º Que este proceso abreviado que regula el artículo 78, sigue siendo un proceso declarativo que termina en una sentencia. Cuando lo cierto es que la tutela judicial que aquí se demanda no consiste en que se declare la procedencia de una condena a hacer algo —esto ya está decidido por el acto firme— sino que lo que se pretende es que se ejecute el acto.

3.º Que está por ver, por muchos que sean los Juzgados que se creen y por muy juristas de prestigio y esforzados trabajadores que sean los jueces que se seleccionen de la noche a la mañana, cuánto será el tiempo que ha de transcurrir para que en esos «procedimientos abreviados» se obtenga una sentencia y que es lo que ocurrirá a la hora de ejecutarla.

4.º Pero, como decía, una interpretación literal de la nueva norma (art. 29.1) permite entender que se ha dado un paso atrás en la línea de las garantías jurisdiccionales del administrado. Porque, en efecto, como señalé, con

arreglo a la Ley de 1956, si la Administración venía obligada a hacer algo (lo que constituye el fondo del proceso), estaba legitimado activamente para pedirlo el que tuviera un derecho subjetivo y, además, el que tuviera un interés, éste es, aparte de cualquiera —en las materias en que estuviera reconocida la acción pública—, todo aquel al que la realización de la actividad omitida le supusiera un «beneficio», una «utilidad», un «provecho»... Sin embargo, según el artículo 29 de la nueva Ley resulta que:

— La actuación de la Administración frente a la que puede reaccionarse en vía administrativa es aquella que consiste en omitir «una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas». Quedarán fuera de la tutela jurisdiccional, por tanto, todos aquellos supuestos de inactividad que no consisten en prestaciones concretas en favor de persona determinada, como en los de actividad a que viene obligada en interés general —v.gr., protección del medio ambiente, protección del patrimonio histórico, protección de la legalidad urbanística.

— Y, consiguientemente, estarán legitimados activamente los que tienen derecho a la prestación. Son ellos —y solo ellos— los que podrán demandar el cumplimiento de la obligación.

Esperemos que nuestros Tribunales se alejen de esta interpretación literal y, congruentemente con el principio de la tutela judicial efectiva, sigan manteniendo el sistema actual.

Mientras no se establezca un proceso ejecutivo para los supuestos de inactividad en que exista título ejecutivo y un proceso sumarísimo para los demás de inactividad, siempre será mejor el que establece el artículo 29 de la nueva Ley.

La tutela judicial frente a la vía de hecho

La doctrina española ha venido estimando que no existe razón para que, cuando la Administración realiza una actividad sin cobertura jurídica, se excluya la tutela judicial de los Tribunales del orden contencioso-administrativo en tales supuesto de vía de hecho, limitando la tutela a la que imparten los Tribunales del orden jurisdiccional civil. Y así lo había venido admitiendo la jurisprudencia.

No estamos, por tanto, ante una novedad legislativa. La Exposición de Motivos dice que «la acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con

la regulación de las medidas cautelares». Y, ciertamente, para arbitrar, realmente, una eficaz vía de protección jurídica frente a las vías de hecho, lo procedente hubiera sido regular un proceso administrativo interdictal análogo al del proceso civil. Sin embargo, la nueva ley somete las pretensiones frente a la vía de hecho al régimen del proceso administrativo ordinario. Es cierto que en estos supuestos —como en los de inactividad de la Administración—, se imponen las medidas cautelares de modo casi automático e incluso antes de incoarse el proceso. Pero cuando estamos ante vía de hecho en sentido propio, se confunde el proceso principal-interdictal con el cautelar, ya que aquél debe ser lo suficientemente expedito para imponer la cesación de la vía de hecho, sin tener que seguir el calvario de un proceso plenario —con todos los trámites—, para llegar a una sentencia.

Régimen de los plazos

El plazo para incoar el proceso administrativo

Presuponiendo el proceso administrativo una actuación —o inactividad— de la Administración pública frente a la que se reacciona y configurada inicialmente la acción procesal administrativa como un «recurso», las leyes reguladoras del contencioso-administrativo han venido estableciendo unos plazos, por lo general breves, para la iniciación del proceso, al margen por completo del plazo de prescripción del derecho subjetivo que trata de defenderse, sancionando la no interposición del «recurso contencioso-administrativo» con la caducidad, y, consiguientemente, con la inatacabilidad de la situación jurídica derivada de la actuación, cualquiera que fuere el grado de la infracción del Ordenamiento jurídico en que se hubiere incurrido.

La doctrina, si no unánimemente, sí con bastante generalidad, había estimado que tal regulación no era congruente con una tutela jurisdiccional efectiva.

Sin embargo, los distintos proyectos de reforma —y el que ha llegado a obtener la sanción legislativa—, no solo no ha tratado de poner remedio a la situación existente, sino que la agravan. Veámoslo.

Naturaleza del plazo

El plazo para interponer el «recurso contencioso-administrativo» sigue siendo un plazo de caducidad. Una vez haya transcurrido, no es admisible el

recurso contencioso-administrativo contra el acto. Y si con posterioridad la Administración, ante una nueva petición del particular, dicta un acto en el mismo sentido, no será admisible el «recurso». La nueva Ley, en términos análogos a las del siglo pasado, nos dirá 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» (art. 28). La única norma de la Ley de 1956 en que afloraba la vieja concepción del proceso al acto, se ha venido manteniendo por los redactores de los distintos anteproyectos, la mayoría de los cuales no se han cansado de censurar el viejo texto por entender que en él prevalecía aquella concepción. Y no puede ser más lógico que la nueva regulación mantenga la doctrina del «acto consentido». Porque resulta sorprendente la reiteración con que se emplea la palabra «recurso» y la de recurrente. Lo que conduce al resultado de que «si no se recurre» el acto de autoridad deviene inatacable ¡Esto si que es proceso al acto!

Al comentar el anteproyecto manifesté la esperanza de que la jurisprudencia no abandonara al menos la doctrina que hasta ahora había venido manteniendo y siguiera considerando que la excepción de acto consentido no operaba respecto de los actos nulos.

Al llegar el proyecto de Ley al Congreso, reflejando lo que era doctrina jurisprudencial añadió al artículo 28 este último inciso: «salvo que se trate de actos nulos de pleno derecho». Pero el Senado suprimió este inciso, quedando el artículo con el texto inicial. Ya no se hace salvedad respecto de los actos nulos. ¿Supone ésta supresión que se ha querido, por ley, eliminar aquella prudente doctrina jurisprudencial? La supresión del inciso por el Senado no ha podido ser más inoportuna. ¡Y no pretenda justificarse con razones de técnica legislativa!

La brevedad de los plazos

Respecto de la brevedad de los plazos, la nueva legislación no es que mantenga la situación anterior. Es que la empeora. Y, en mi opinión, hasta atenta contra el principio de la tutela jurisdiccional.

En efecto, el plazo que como regla general establecía la Ley de 1956 para incoar el proceso administrativo, era de dos meses, plazo que no regía en los supuestos de silencio administrativo. La razón de la especialidad era obvia: como el llamado silencio administrativo —en la concepción tradicional— no exi-

me a la Administración de dictar resolución expresa y es una ficción legal para dejar abierta la vía procesal, se establecía un plazo muy superior —un año—, a fin de dar tiempo a que la Administración dictara resolución expresa, si el administrado prefería esperar a ésta, cuando tenía esperanzas fundadas de que fuese estimatoria.

En realidad, si existe obligación de resolver expresamente, no tiene sentido fijar un plazo para incoar el proceso frente al acto presunto²². Debería reconocérsele al demandante la posibilidad de esperar hasta que se produjera la resolución expresa y ésta se le notificara con los requisitos legales. La experiencia demostró que aquel plazo de un año era insuficiente, y que, por lo general, transcurría sin que hubiese llegado la resolución. Lo que, unido a la doctrina jurisprudencial que estimó que la resolución expresa tardía no reabría el plazo extinguido, dió lugar a las notificaciones que me permití calificar en una conferencia que pronuncié en los años sesenta «notificaciones con recochineo»²³. Se produjeron en el antiguo Ministerio de la Vivienda, en que un Director General muy escrupuloso de sus deberes, resolvía expresamente y, naturalmente, debido al cúmulo de asuntos que había que tramitar por orden riguroso de presentación, la resolución se producía después de transcurrir el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo. Al notificar, cumpliendo las exigencias de la legislación sobre procedimiento administrativo, se venía a decir al interesado lo siguiente: contra la resolución que se notifica hubiera cabido recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses; pero como ha transcurrido un año desde que se produjo la denegación presunta por silencio administrativo y, según la jurisprudencia, la resolución expresa no reabre el plazo para recurrir, ya no cabe recurso alguno.

Pues bien, la nueva Ley, no solo no ha eliminado el plazo para recurrir contra la denegación presunta, sino que, siguiendo el proyecto anterior elaborado durante el Ministerio Belloch, que critiqué²⁴, ha eliminado el plazo de un año y, en un principio, el plazo para incoar el proceso administrativo en los supuestos de silencio administrativo era el general de dos meses —como preveía el proyecto del Gobierno popular reiterando el del Gobierno socialista—. La Comi-

²² Así lo he venido defendiendo (cfr., por ejemplo, mi trabajo *Silencio administrativo e interesados que no incoaron el procedimiento administrativo*, RAP, núm. 48, pp. 236 y ss.). Cfr., también, GARCÍA TREVIANO, *Recursos contra resoluciones presuntas por silencio administrativo*, RAP, núm. 110, pp. 45 y ss.

²³ GONZÁLEZ PÉREZ, *Las expropiaciones forzosas por razón de urbanismo*. «Problemas políticos de la vida local», Madrid, 1965, V. pp 123 y ss.

²⁴ En *La LRJPA dos años después*, cit., pp. 57 y ss.

sión de Justicia del Congreso modificó el plazo, que amplió a seis meses. El Congreso, en este punto, fue más generoso. Pero si el plazo de un año no era suficiente para que se cumpliera la obligación de resolver expresamente, no resulta difícil imaginar lo que ocurrirá con un plazo de seis meses. Y, por supuesto, queda sin resolver el gravísimo problema planteado en los procedimientos administrativos triangulares sobre el plazo para iniciar el proceso frente al silencio administrativo por el que no provocó el acto presunto. Porque, ¿puede seriamente estimarse que no infringe el principio de tutela jurisdiccional establecer, como establece el artículo 46.1 que el plazo se contará a partir del día siguiente a aquél en que se produzca el acto presunto «para el solicitante y *otros posibles interesados*? ¿Cómo tienen constancia de la producción del acto presunto los que no incoaron el procedimiento?»

EL PROCESO DEBIDO

Principio general

La tutela jurisdiccional no quedará prestada efectivamente con la recepción de la pretensión por un órgano jurisdiccional y con la emisión de una sentencia decidiendo acerca de su conformidad con el Ordenamiento jurídico. La tutela solo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y, antes de dictar la sentencia, sigue un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes. No se emplea, por tanto, la expresión proceso debido en el sentido estricto en que se utiliza. Llamo proceso debido a aquel proceso que reúne las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, que las concreto en las siguientes:

- Juez predeterminado por la Ley.
- Defensa en el proceso.
- Sentencia dictada por un juez investido de plenos poderes para restablecer el orden jurídico perturbado.
- Y proceso sin dilaciones indebidas.

Juez independiente predeterminado por la ley

El juez. pieza fundamental del sistema

Carnelutti, hace unos años, en unas conferencias pronunciadas en castellano, lo dijo rotundamente: «El juez es verdaderamente la figura central del Derecho. Un Ordenamiento jurídico se puede conseguir sin reglas legislativas, pero no sin jueces. El hecho de que en la escuela europea continental la figura del legislador haya sobrepujado en otro tiempo a la del juez es uno de nuestros más graves errores. Es preferible para un pueblo tener malas reglas legislativas con buenos jueces, que malos jueces con buenas reglas legislativas», pues «es el juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el hombre del legislador es, desgraciadamente, una marioneta o un títere. Y solo el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y con su mal, puede inspirar esa visión suprema que es la intuición de la justicia»²⁵.

Por lo que todo cuanto se haga para garantizar la independencia y preparación de los jueces será poco. De su independencia y preparación dependerá que vivamos en un Estado de Derecho. Como recordaba Jorge R. Vannossi, en su intervención en la Academia de Jurisprudencia, al ingresar como Académico honorario, «dime qué jueces tienes y te diré que Estado de Derecho hay».

Son problemas generales, y no exclusivos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, si bien adquieren en éste especial relieve, por ser una de las partes el Estado u otra entidad pública investida de las prerrogativas del Poder.

La independencia

La Constitución trató de garantizar la independencia de los jueces atribuyendo el gobierno del Poder judicial a un Consejo integrado por el Presidente del Tribunal Supremo y veinte miembros, de los que doce serían nombra-

²⁵ En *Arte del derecho (seis meditaciones sobre el Derecho)*, Buenos Aires, 1956 (cit. por RECASENS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 2ª edición, México, 1973, p. 130).

dos entre los Jueces y Magistrados (art. 122.3). Desde que la LOPJ, con infracción de este artículo, atribuyó al Congreso de los Diputados y al Senado la competencia para proponer al Jefe del Estado la totalidad de los miembros que habían de integrar el Consejo General del Poder Judicial, la politización —con todo lo que ello supone— impera en la Administración de Justicia. Al menos, en tanto los partidos políticos apliquen la norma repartiéndose los Vocales en proporción a sus parlamentarios, en vez de esforzarse en encontrar personas que, en opinión de todos, reúnan las imprescindibles condiciones de preparación e independencia de criterio, abstracción hecha de su filiación política. Es éste un problema grave —no exclusivo del orden contencioso-administrativo—, al que me he referido con la debida extensión en otro lugar²⁶.

Voy a limitarme aquí a referirme a un problema más concreto, ya denunciado por Andrés de la Oliva en un excelente trabajo²⁷: la ausencia de reglamentación por ley de la creación o modificación en su composición o en sus atribuciones de las Secciones de las Salas de lo contencioso-administrativo, con el consiguiente riesgo de violación del derecho al juez predeterminado por la ley, que constituye una garantía esencial de la tutela jurisdiccional efectiva.

Porque, en efecto, lo que este derecho supone —así lo ha reconocido el TC—²⁸ es:

— Que el órgano jurisdiccional que haya de conocer de un proceso haya sido creado previamente por ley.

— Que la ley, con generalidad y anterioridad, contenga los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el juez o Tribunal llamado a conocer del caso.

Pues bien, ante la falta de reglamentación legal, se cambian —así en la Sala 3ª del TS el número de Secciones, los Magistrados adscritos a las Secciones y los asuntos atribuidos a cada una de ellas, por simple acuerdo de la Sala de Gobierno, que apenas recibe publicidad.

²⁶ *Justicia y política*, en «Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», XXXIX, núm. 64 (1987), pp. 55 y ss.

²⁷ *Los verdaderos Tribunales de España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la Ley*, Madrid, 1992.

²⁸ Me remito a mi trabajo *El derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., pp. 129 y ss. Cfr. RUIZ RUIZ, *El derecho al juez ordinario en la Constitución española*, Madrid, 1991; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *El juez predeterminado por la Ley*, Madrid, 1990.

De este modo «ocurre que los criterios para asignar asuntos a uno u otro órgano jurisdiccional —como es en realidad cada Sección—, no solo no aparecen en un texto legal, sino que no son anteriores (sino posteriores) al caso ya atribuido y generador de un proceso pendiente. Y sucede, asimismo, con mucha frecuencia, que por decisión de un órgano gubernativo se desposea a unos órganos jurisdiccionales del conocimiento ya atribuido a ellos, de una serie de casos o asuntos»²⁹. Hay que reconocer que, en este punto, la nueva ley ha remediado en parte la situación anterior, al disponer el artículo 17.3 que en el supuesto de resultar alterada la competencia de los Juzgados con sede en un mismo partido judicial, de las diversas Salas de un mismo Tribunal o de las diversas Secciones de una Sala por razón de una nueva distribución de asuntos, *de los procesos en tramitación continuará conociendo y fallará el órgano jurisdiccional que resultare competente al tiempo de interponer el recurso*, según los acuerdos entonces vigentes.

Por último, me referiré al art. 197, LOPJ, que, dada su redacción, podría dar lugar —y ha dado lugar— a una interpretación contraria al principio de tutela judicial efectiva. Según este artículo, «podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estimen necesario para la administración de justicia». A tenor de su texto literal, no existe límite temporal alguno al ejercicio de esta facultad, por lo que podrían ser llamados los Magistrados a formar Sala en un proceso ya señalado para la deliberación y fallo, y en el que la Sala constituida con el número de Magistrados previsto en la ley, no solo había iniciado su función de juzgar, sino que estaba a punto de culminarla y habían fijado una línea de planteamiento para su decisión. Así ocurrió al dictarse la S. de 5 octubre 1995 (Ar. 2345. Ponente: RODRIGUEZ GARCÍA), lo que dio lugar a dos votos particulares de los Magistrados CONDE MARTIN DE HIJAS y GARZON HERRERO, por estimar que sustraer el conocimiento de un asunto a la Sala formada que estaba conociendo de él y que ya había adoptado criterio (en aplicación del sentido literal de la norma de la LOPJ) podría atentar contra la garantía del juez predeterminado por la ley. Porque —dice el primero de los votos particulares citados— «la exigencia de predeterminación no parece compatible con el hecho de que, constituida la Sala, y después de haber casi agotado ésta su cometido jurisdiccional, pueda avocarse el asunto desde fuera de sus componentes para una Sala de composición distinta, aunque en ella se integren los Magistrados componentes de la anterior, que venía conociendo con exclusividad. La idea de predeterminación, según la naturale-

²⁹ DE LA OLIVA, Ob. Cit., p. 131 .

za de las cosas, no se concilia con lo que es una auténtica post-determinación del colegio jurisdicente.³⁰

³⁰ Más tarde, dice: «En realidad desde la indicada perspectiva constitucional todo el art. 197 LOPJ resultaría problemático, si no se estableciesen en su aplicación límites para adecuarla a esa exigencia constitucional superior del artículo 24 CE. Desde esa perspectiva existe una indudable diferencia según que la composición especial de la Sala se produzca antes de iniciar el conocimiento del asunto, o cuando la Sala ya formada ha iniciado el ejercicio de su jurisdicción, y mayor aún si ha deliberado ya el asunto para dictar sentencia, y expresado, como lo hizo en este caso, un criterio básico en el enjuiciamiento del proceso. Como es asimismo de diferente significación (esta vez desde la perspectiva de la independencia de los Magistrados que componen la Sala, art. 117.1, CE, que es garantía de cada uno de éstos, no sólo frente a poderes ajenos al judicial, sino incluso frente a los propios Titulares de cargos de la propia estructura interna de ese poder), el que la iniciativa para llevar el asunto al Pleno de la Sala surja de los propios Magistrados que están conociendo del proceso, o que les venga impuesta desde el exterior por cualquiera de los dos cauces previstos en el art. 197 LOPJ. El llamamiento «para formar Sala» (arts. 196 y 197 LOPJ) no tiene por qué extenderse a una facultad de sustituir la Sala ya formada, debiendo ser esta circunstancia factor a ponderar, a la hora de insertar el precepto comentado en el superior marco contextual, que imponen los artículos 24.2 y 117.1, CE, en una obligada interpretación sistemática y ordinamental del precepto.

La idea de predeterminación del Juez, como exigencia contraria a la designación del Juez «ad hoc», creo que no se detiene ante la identidad orgánica de un determinado Tribunal, sino que se extiende también a una similar exigencia de predeterminación y de objetivación de los criterios conforme a los que, dentro de un Tribunal colegiado, orgánicamente identificado, deben designarse los concretos Magistrados que van a «formar Sala», pues es esta Sala y no el Tribunal «in genere», la que en el caso concreto actualiza, constituyéndolo, el órgano jurisdicente, que es así más una referencia procesal que orgánica.

Desde esta concreción es oportuno remitirse al fundamento jurídico 4º de la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 101/1984, de 8 noviembre, cuando dice que «la generalidad de los criterios legales garantiza... que una vez determinado en concreto el Juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las leyes, el Juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos».

Evidentemente en este caso no está en cuestión la competencia del órgano; pero la desposesión de la concreta Sala actuante creo que merece el rechazo expresado en los términos transcritos, incluso aunque esa desposesión no la produzca un órgano gubernativo, sino uno de la propia Sala, como es su Presidente.

La figura de la «avocación», que paladinamente se utiliza en la Providencia del excelentísimo señor Presidente de la Sala de 22 febrero 1994, y que es instituto tradicional dentro de la organización administrativa (vid. Artículo 14 de la Ley 30/1992, de Bases de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que viene a generalizar la previsión, de similar sentido,

Esta normativa de la LOPJ no resulta alterada por la contenida en el artículo 17.3, párrafo segundo, de la nueva Ley. Porque —según se ha dicho— ésta se limita a establecer que, en el supuesto de una nueva distribución de asuntos, «de los procesos en tramitación continuará conociendo y fallará el órgano jurisdiccional que resultare competente al tiempo de la interposición del recurso. Lo que supone respetar la posibilidad de que decida el proceso el Pleno de la Sala, sin impedir que esto pueda tener lugar en plena deliberación, cuando ya exista formado criterio sobre el sentido del fallo.

La especialización de los jueces

Uno de los aciertos de la Ley de 1956, que ni hoy se discute, es la alta especialización de los jueces que habían de impartir la Justicia administrativa con el sistema de selección por ella instaurado. Aunque en la Ley no llegó a adoptarse el sistema que figuraba en el anteproyecto inicial —en el que se propugnaba la oposición como único procedimiento para acceder a la categoría de Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo— y a él se añadió el concurso, fue suficiente para estimular entre los funcionarios de la carrera judicial la afición por los temas jurídico-administrativos.

Quiero dejar constancia aquí del nivel realmente excepcional que tuvieron las primeras oposiciones, no inferior a los que tradicionalmente se exigían para cubrir los cuerpos más prestigiosos de la Administración, de las que salieron espléndidos Magistrados.

La situación ha cambiado radicalmente. Lo reflejaba así hace unos años el actual Presidente del TS: «las pruebas selectivas que se vienen convocando todos los años están arrojando un resultado muy pobre en número: no se cubren plazas, a pesar de que con acierto se interpretan con gran flexibilidad las reglas

pero de menor alcance, del artículo 4 «in fine» de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958) en la que se explica por la estructura de dependencia jerárquica de los distintos órganos, estimo que se adecúa con harta dificultad estructural a la morfología del poder judicial, presidida por el principio de independencia de sus componentes.

Mal se aviene con este tratado el que los Magistrados, constitucionalmente independientes, puedan verse forzados, por exigencia superior, a ceder el conocimiento de un asunto, cuando ya estaban conociendo de él con exclusividad, para que lo conozca una Sala de composición distinta, postconstituída, aunque se integren en ella».

relativas al acceso a las pruebas; por ello, el porvenir presumible es sombrío»³¹. Las causas determinantes de esta situación son dos: una, general, que no es otra que el bajo nivel de las oposiciones; otra, que el esfuerzo que ello supone no se ve compensado por las perspectivas de ascenso en la carrera judicial que ofrecía el sistema implantado por la Ley de 1956.

Derecho de defensa

La defensa de las partes

Las garantías que debe contener la regulación del proceso responden a una finalidad: que las partes puedan defenderse realizando las actividades conducentes a su más favorable conclusión.

De los defectos de que adolecía la legislación del proceso administrativo, se destacaron dos: la regulación del emplazamiento de los posibles afectados por la sentencia y el desigual tratamiento procesal de que ha sido objeto la Administración pública como parte en el proceso, muy especialmente cuando es la estatal.

Emplazamiento de las partes afectadas por la sentencia

La defensa no será posible si los afectados por la sentencia que ponga fin al proceso no comparecen por no haber tenido conocimiento de su existencia y tienen noticia de él por primera vez en el momento en que trata de ejecutarse la sentencia que les afecta. De aquí que constituya una garantía esencial la notificación a los legitimados como demandados.

Esta exigencia de la tutela judicial efectiva resultaba infringida por la Ley de 1956, al haber mantenido el régimen del emplazamiento que la legislación anterior establecía para los coadyuvantes y aplicarlo también a los legitimados como demandados al lado de la Administración. Con arreglo a esta normativa tradicional, el anuncio de haberse interpuesto un recurso contencioso adminis-

³¹ DELGADO BARRIO, *Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa Y su competencia*, en «Poder Judicial», Número especial XV, p. 99.

trativo en los diarios oficiales servía de emplazamiento a todos aquellos que tuviesen un derecho subjetivo derivado del acto impugnado y a los que tuviesen interés en el mantenimiento. Es indudable que cuando a lo largo de la vía administrativa ha existido la comparecencia de administrados con intereses contrapuestos, es difícil que el que obtuvo resolución favorable al agotarse la vía administrativa, no se entere de la posible iniciación de un proceso sobre el mismo objeto, no ya por el diario oficial, sino por los propios funcionarios o incluso por la parte demandante; pero no resultaba insólito lo contrario, que el titular del derecho subjetivo viviera confiadamente sin tener la menor idea de que se había incoado y tramitaba un proceso del que dependía la vida de su derecho sin haber podido defenderse.

Esta fue una de las normas que el TC estimó derogada por el art. 24 de la Constitución. La publicación de los anuncios de la interposición del recurso en el Boletín Oficial no constituye garantía suficiente —declaró—, siendo el emplazamiento personal la única garantía eficaz para que puedan hacerse oír en un proceso los Titulares de derechos o intereses a los que pueda afectar la sentencia que se dicte.

Estamos, por tanto, ante una de las incidencias de la Constitución que fue destacada por la generalidad de la doctrina.

Ahora bien, aquí, como en tantos otros aspectos, las primeras manifestaciones terminantes de la jurisprudencia del TC fueron objeto de matizaciones posteriores, sentando el criterio de que la vulneración del derecho de defensa no se produce, a pesar de la falta de emplazamiento personal, tanto en el supuesto de que el demandado hubiera tenido conocimiento del proceso, como en el caso de que la falta de conocimiento fuera debida a la omisión de la diligencia que es razonablemente exigible (v.gr., STC 38/1987, de 1 de abril).

La jurisprudencia constitucional tuvo reflejo legal en la reforma de la Ley de 1956 por la Ley 10/1992, de 30 de abril³² y en la nueva.

La fórmula que, en definitiva, se adoptó, fue exigir el emplazamiento personal, a través de la Administración, a los que aparecieran como interesados en el expediente administrativo. Pero puede ocurrir que, en aplicación de las normas reguladoras del procedimiento administrativo, en el

³² GONZÁLEZ PÉREZ, *La nueva regulación del proceso administrativo*, 2ª edición, Civitas, 1993, pp.35 y ss.

expediente no «aparezcan» como interesados quienes tengan legitimación incuestionable. En efecto³³:

a') El artículo 49 del nuevo texto, partiendo de que todos son demandados, exige el emplazamiento en el domicilio y sólo lo admite por edictos «cuando no hubiera sido posible» el emplazamiento.

b') Pero resulta que son demandados los que «aparezcan como interesados en él» (el expediente). Y puede ocurrir que en el expediente no aparezcan como interesados quienes tengan legitimación incuestionable como titulares de intereses y hasta de derechos subjetivos. En efecto:

a") Respecto de los titulares de intereses, es evidente, partiendo de esa cualificación tan grave que para muchos tiene la especificación de que el «interés» sea directo. Porque la LRJPA, en su artículo 34, únicamente exige la comunicación de que existe el expediente administrativo a efectos de personación a los «titulares de derechos o intereses *legítimos y directos*». Luego resulta que, aunque aparezcan titulares de intereses que no sean «directos», por muy «legítimos» que sean, no habrá que comunicarles nada, y, por tanto, no habrán tenido oportunidad de personarse en el procedimiento administrativo, ni en consecuencia aparecerán en él como interesados. Ya sabemos que eso de que el interés sea *directo* ha quedado claro en la jurisprudencia que no supone ninguna limitación. Pero no era esta la opinión de los críticos de la Ley de 1956 ni la de los redactores de la nueva.

b") Y, en todo caso, lo que es incuestionable es que lo que el artículo 34, LRJPA, prevé es el emplazamiento en el procedimiento administrativo si durante su instrucción se advierte la existencia de tales personas «cuya identificación resulte del expediente». Pero puede ocurrir —de hecho ocurre en buena parte de procedimientos— que tal existencia no se advierta. Y, aunque no se advierta, existan. ¿Por qué no han de poder intervenir?

Ya sé que el emplazamiento a través de los periódicos oficiales de poco sirve. Pero lo que se está discutiendo no es el vehículo del emplazamiento. Es el emplazamiento mismo, al excluir de él —por estimar que no son partes, ni principales ni accesorias—, a quienes pueden tener indudable legitimación para ello y no aparecer como tales en el expediente.

³³ GONZÁLEZ PÉREZ, *Las partes en el proceso administrativo*, cit., pp. 47 y ss.

Por otro lado, es necesario destacar la subjetividad del TC al apreciar cuándo existe o no indefensión y, por consiguiente, pronunciarse sobre la nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento.

Y, para terminar, destacar una innovación de la nueva regulación que, en aplicación estricta de aquella jurisprudencia, incurriría en manifiesta inconstitucionalidad. Me refiero a la posibilidad de que el proceso cuyo objeto es una pretensión dirigida contra una disposición general se inicie mediante escrito de demanda (art. 45.5), en cuyo caso el régimen del emplazamiento será el de la Ley de 1956, es decir, no será personal, sino que servirá de emplazamiento la publicación del anuncio de la interposición del recurso contencioso-administrativo (arts. 47.2 y 49.5).

El desigual trato procesal de las partes

Que la Justicia no es igual para todos es algo que ya nadie duda, sobre todo en los procesos penales, en que existen procesados que se sientan en «banquillo» y procesados que se sientan en «sillón». Pero la desigualdad no solo se da en el proceso penal, sino en todos los ordenes jurisdiccionales.

La desigualdad procesal de las partes en el proceso administrativo ha sido constatada y denunciada antes y después de la Ley de 1956. Desigualdad, más que en las normas reguladoras del proceso administrativo, en la forma de aplicarlas. Y es que, como decía ALCALA-ZAMORA Y TORRES en 1943 —y he recordado en más de una ocasión—, «el Poder público es un gigante que, mientras no esté derribado, por mucho que acepte encorvarse siempre queda más alto que sus súbditos»³⁴. Años después, ya vigente la Ley de 1956, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO se refería al fenómeno diciendo que estamos ante lo que, con lenguaje del Fuero Juzgo, se ha denominado el «poderío» de la Administración, «es decir, la contingencia de que directa o indirectamente gravita sobre los Tribunales encargarlos de juzgarla»³⁵.

Ha sido manifiesto el rigor con que se ha tratado a las partes, e incluso a las Administraciones locales, con las excesivas consideraciones, respeto y tolerancia hacia la Administración del Estado, llegando esta actitud a olvidar

³⁴ *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, p. 56.

³⁵ En *Proceso administrativo*, trabajo incluido en «Estudios procesales», Madrid, 1975, p.461.

claros y contundentes preceptos legales, como los arts. 68.6 y 109 de la Ley de 1956. Solo excepcionalmente, ante conductas que resultaban excesivas, alguna sentencia se permitía recordar a los defensores de la Administración el art. 11 de la LOPJ, que exige un «juego limpio procesal», debiendo evitarse litigios innecesarios, que están siempre en la patología de la convivencia. Así, una S. de 1 marzo 1988, que me permití comentar en el «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid»³⁶, con la consiguiente reacción corporativa.

Una de las más graves manifestaciones de estas conductas de los agentes de la Administración se producía en el bloqueo de la tramitación de los procesos, como consecuencia de los retrasos en la remisión de los expedientes administrativos, «bloqueo —se ha dicho— debido en la mayor parte de las ocasiones a simples negligencias de los funcionarios y agentes obligados a dicha remisión, y también en otras a auténtica voluntad retardataria»³⁷.

La nueva Ley contiene normas bastante expeditas, que, si se aplican con el debido rigor, permitirán poner fin a esta corruptela. Pero, al mismo tiempo, mantiene —como consecuencia de una modificación introducida por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados— un recurso que supone un manifiesto atentado al principio de igualdad: el llamado «recurso de casación en interés de la ley», que no tiene de tal más que el nombre, pues es un recurso en defensa de los intereses de las Administraciones Públicas territoriales y corporativas. Únicamente se salva de la crítica el haber admitido la legitimación del Ministerio Fiscal en interés de la Ley.

La sentencia

Los poderes del «juez administrativo»

La limitación de los poderes del juez ha constituido —y todavía constituye— uno de los obstáculos que encuentra la tutela judicial en el orden jurídico administrativo. Al serle imposible condenar a la Administración a dar, hacer o

³⁶ Núm. 6/1988, pp. 71 y ss. Me remito a mi trabajo *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, 2ª edición, Civitas, 1989, pp. 163 y ss.

³⁷ CONDE MARTÍN DE HIJAS, *El procedimiento contencioso-administrativo*, en «La reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa», cit., p. 68.

no hacer lo que fuere necesario, incluso sustituyendo a la Administración para adecuar la realidad al Ordenamiento jurídico vulnerado, las pretensiones no serán satisfechas, no se habrá hecho justicia.

La Ley de 1956 fue mucho más allá que los Ordenamientos sobre el contencioso-administrativo a la sazón vigentes, incluso más allá que algunos —como el francés— considerados modelo, al admitir la sentencia de condena³⁸: a tenor de su art. 42, el demandante podía pretender, además de la anulación del acto, el reconocimiento de una situación jurídica y la adopción de las medidas adecuadas para el *pleno restablecimiento de la misma*, y, si lo pretendido era conforme a Derecho, la sentencia debía reconocer la situación jurídica y adoptar las medidas necesarias (art. 84.b de aquella ley). El texto de la norma permitía al juez dictar cuantos pronunciamientos fuesen necesarios al efecto, incluso sustituir los pronunciamientos anulados del acto frente al que se dedujo la pretensión, siempre que vinieran impuestos por el Ordenamiento y —como decía la Exposición de Motivos, apartado IV.3, párrafo octavo— éste no hubiera delegado «en la Administración la configuración según el interés público del elemento de que se trate». El juez administrativo no estaba sujeto a límites según la Ley de 1956 al dictar sentencia, aunque sí los tuviera en el proceso de ejecución, según el art. 110. Pero del tema de la ejecución hablaremos después.

Se ha atribuido, no obstante, a la Constitución, tal y como consagra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el reconocimiento al juez administrativo de los más amplios poderes³⁹. Y, ciertamente, la jurisprudencia posterior llegó a reconocer la posibilidad de que la sentencia determinara cual debía ser el contenido del acto e incluso del planeamiento urbanístico —considerado como norma— en aplicación, no solo de normas jurídicas de ineludible observancia, sino por ser el congruente con otros criterios, tal y como destacó DELGADO BARRIO en un excelente trabajo sobre la jurisprudencia recaída en el ámbito urbanístico⁴⁰.

No obstante, el legislador ha seguido manteniendo algunos de los límites tradicionales del juez administrativo. Los mantenía el proyecto de Ley ela-

³⁸ T.R. FERNANDEZ, *Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo. La Ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso francés*, REDA, núm. 51, p. 388.

³⁹ Cfr., por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRIA, *Aún sobre la reforma de la jurisdicción administrativa y el modelo constitucional. Nota última*, REDA, núm. 93, pp. 71 y ss.

⁴⁰ DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, 1993. Cfr., también, PONCE SOLE, *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas, 1996, en especial, pp. 152 y ss.

borado durante el Gobierno socialista —que no obtuvo la sanción legislativa, por la disolución de las Cortes Generales cuando estaba ultimado el procedimiento parlamentario— y se mantienen en la nueva Ley, respetuosa, en este aspecto como en tantos otros, con el texto anterior.

El artículo 71 es el que regula el contenido de la sentencia estimatoria, introduciendo alguna novedad, que interesa examinar, en función de la naturaleza de la pretensión y de la actuación frente a la que se dedujo.

Sentencia declaratoria de la nulidad de una disposición general

La nueva Ley establece dos limitaciones: una, respecto de las potestades del juez en orden al contenido del fallo; otra, respecto de los efectos sobre los actos administrativos dictados en aplicación de la disposición anulada.

Límites de las potestades del juez

El artículo 71.2, en la línea tradicional, establece que el órgano jurisdiccional no podrá determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen. Norma, en principio, lógica, al respetar la potestad reglamentaria, que corresponde constitucionalmente al Gobierno, según el art. 97, CE.

El propio apartado 2, según la redacción del proyecto del Gobierno, al referirse en su inciso segundo a la anulación de actos discrecionales y sentar la misma norma, hacía una salvedad: «que, como consecuencia de la anulación, solo sea posible una única solución». La redacción de la norma no parecía ofrecer duda de que esta salvedad se refería únicamente a actos, no a «disposiciones». Lo que no tenía sentido. Porque es incuestionable que los Tribunales no pueden sustituir al Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria; pero si cuando se controla la conformidad al Ordenamiento de una norma reglamentaria lo que se cuestiona es si esa concreta norma se ajusta o no a la Ley que desarrolla, no existe razón alguna para que el Tribunal no pueda en el fallo sustituir la norma anulada por la única admisible según la Ley.

Las Cortes dieron un paso atrás en la línea de las garantías. Y suprimieron la salvedad que se contenía en el proyecto del Gobierno. Por lo que, con arreglo al texto aprobado, en ningún caso cabe la sustitución, aunque solo fuera posible una solución. Esperemos que, a pesar de esta manifiesta intención del le-

gisador, de aumentar las inmunidades del Poder, los Tribunales sigan, al menos, la jurisprudencia anterior, que, sin duda, se ha querido rectificar a favor de la arbitrariedad administrativa.

Límites respecto de los actos dictados en aplicación de la disposición anulada

La nueva Ley (art. 72.2), llenando una laguna de la legislación procesal administrativa, viene a recoger el principio que inspiraba el art. 120 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958 y, en otro ámbito, el art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y establece que la declaración de nulidad de la disposición no afectará a «las sentencias o actos administrativos firmes que la hayan aplicado», salvo en el supuesto de que la declaración de nulidad supusiera la exclusión o reducción de las sanciones aún no ejecutadas.

Si el principio de seguridad jurídica no puede amparar que sigan produciendo efectos los actos sancionadores pendientes de ejecución, de aquí el inquestionable fundamento de la excepción, tampoco puede amparar la eficacia de otros actos desfavorables al administrado, como los que impongan una obligación o carga. Por lo que deberían haberse ampliado los supuestos de eficacia retroactiva.

Sentencia anulatoria de un acto

Eficacia respecto de las situaciones legitimadas por el acto anulado

Aunque en la Ley de 1956 quedó superada la rígida separación entre los llamados contenciosos de anulación y plena jurisdicción, el texto literal de los arts. 28.1 y 41, en relación con el art. 84, a), podía permitir una interpretación contraria a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que en los supuestos de anulación, el fallo no podía ir más allá de la declaración de anulación. La jurisprudencia, por lo general, interpretó la normativa antes vigente estableciendo que la anulación del acto conllevaría la desaparición de las situaciones jurídicas legitimadas por el acto anulado, aunque no se hubiera pedido expresamente por el demandante y la sentencia no contuviera pronunciamiento al respecto.

No obstante, como en alguna ocasión la jurisprudencia se apartó de esta línea de interpretación congruente con la tutela judicial, no estaba de más redactar la norma de modo que resultara indudable el sentido de aquella interpretación.

En este sentido no es muy correcta la norma del artículo 71.1.a), al establecer expresamente que la sentencia estimatoria anulará el acto o *«dispondrá que cese o se modifique la situación impugnada»*, cuando el cese o modificación de la situación legitimada por el acto impugnado, procederá también siempre que se anule el acto.

Sustitución del acto

Como se ha señalado al tratar de la sentencia sobre nulidad de una disposición, la nueva Ley prohíbe al juez administrativo determinar en la sentencia «el contenido discrecional de los actos anulados» (art. 72.2).

Por tanto, con carácter general, la sentencia determinará el contenido que debe contener el acto anulado para adecuarlo a lo que el Ordenamiento jurídico establece. La limitación de las potestades del juez solo alcanzaba —según el proyecto del Gobierno— a la determinación del contenido discrecional cuando fuera posible más de una solución con arreglo a la norma aplicable. Limitación que se ha estimado contraria a la tutela judicial efectiva⁴¹, ya que el juez, a fin de restablecer el orden jurídico perturbado, debe determinar en la sentencia el contenido discrecional del acto, no solo cuando solo sea posible una «única solución» con arreglo al Derecho —en cuyo caso no existiría discrecionalidad—, sino cuando sea la solución congruente con otros criterios no jurídicos que fueron alegados como fundamento de la pretensión y estimados correctos por el juez. Pues bien, como dijimos, el legislador ha suprimido hasta esta salvedad.

Sentencia estimatoria de una pretensión frente a la inactividad de la Administración

La nueva Ley establece que si la medida para restablecer el orden jurídico «consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación ju-

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRIA, *Aún sobre la reforma de la jurisdicción administrativa*, cit., pp. 71 y ss.

ridicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo» (art. 71.1.c).

Tal posibilidad no constituye una innovación de la nueva legislación, ya que estaba entre las medidas necesarias para restablecer la situación jurídica vulnerada (vulneración que podía darse como consecuencia de la actuación administrativa o de la falta de actuación).

La Ley de 1956 no respondía a las exigencias de la tutela judicial efectiva, porque en los supuestos de reacción frente a la inactividad de la Administración, lo importante no es que se dicte sentencia condenando a hacer lo que no se hace voluntariamente (lo que ya está prejuzgado en la generalidad de los supuestos), sino que efectivamente se haga. Hay que reconocer, sin embargo, que la nueva Ley supone un avance al regular la ejecución y reconocer al órgano jurisdiccional la posibilidad de ejecutar la sentencia «a través de sus propios medios»⁴².

Proceso sin dilaciones indebidas

Si la lentitud ha sido uno de los males endémicos del proceso, de todo proceso, hoy ha adquirido niveles inadmisibles en el ámbito de la Justicia administrativa. Resulta intolerable que el justiciable tarde hasta diez años —la cifra no es exagerada ni excepcional— en obtener una sentencia que decida su pretensión, para empezar el calvario de intentar se lleven a efecto sus mandatos cuando tiene la suerte de que la resolución le sea favorable. Lo que supone, pura y simplemente, que no existe tutela judicial efectiva. Lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional. «Desde el punto de vista sociológico y práctico —decía la STC 26/1983, de 13 de abril— puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva».

Al menos en este aspecto no se echan las culpas a la Ley de 1956 ni se depositan en las normas de la Constitución las esperanzas para superar el problema. Es más, a veces se atribuye a la Constitución, o al menos a la confianza en las instituciones que su promulgación despertó en los ciudadanos, que, adquiriendo conciencia de su posición central en un Estado de Derecho, dejaron de

⁴² Así, en mi trabajo *La eficacia de la sentencia administrativa*, conferencia pronunciada en las Jornadas sobre el anteproyecto de Ley de la Jurisdicción celebradas en la Universidad de La Coruña. Cfr. «Jornadas de estudio sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa», Universidad de La Coruña, 1998.

adoptar una posición pasiva, soportando pacientemente las arbitrariedades de los Poderes públicos —como ocurría en tiempos pasados— y acudieron al proceso administrativo siempre que estimaron que se atentaba contra sus derechos o intereses legítimos.

No es cierto que el aumento de la litigiosidad se deba a una mayor conciencia ciudadana de los derechos y a una mayor confianza en la Administración de justicia⁴³. Ni tampoco a la utilización abusiva del proceso administrativo —aunque no falte su utilización con fines bastardos— No puede explicarse por una mayor confianza en la Justicia cuando esta confianza ha ido decreciendo cada año en la misma medida en que aumentan los litigios administrativos. Las estadísticas publicadas al comenzar cada año judicial no pueden ser más expresivas ni más alarmantes.

No es que el ciudadano tenga una mayor confianza. Es que no le queda más remedio que litigar ante el tratamiento que recibe de una Administración cada día más intervencionista —aunque tanto se hable de liberalización— y más arbitraria. Estamos ante un fenómeno de masificación del proceso administrativo⁴⁴, frente al que ya resulta muy difícil reaccionar.

Varias han sido las propuestas para superar este gravísimo problema de la Justicia administrativa. Desde las reformas orgánicas hasta las de racionalización y mecanización de las oficinas, pasando por las de la regulación de los procedimientos⁴⁵.

Lo que parece indudable es que no va a resolver el problema la implantación de los Juzgados de lo contencioso-administrativo, que, contra viento

⁴³ GOMEZ DE LIAÑO, *Notas sobre la reforma del proceso contencioso-administrativo*, en «Crisis de la Justicia y Reformas procesales» (I Congreso de Derecho procesal de Castilla y León), Ministerio de Justicia, 1988, p. 47.

⁴⁴ L. MARTIN-RETORTILLO, *Diez años de evolución en el panorama de la justicia administrativa española*, «Poder Judicial», núm. 11, pp. 21 y ss.; XIOL, *Consideración de algunos aspectos del proceso administrativo como respuesta a los fenómenos de masificación social*, en «Jurisdicción contencioso-administrativa: aspectos procesales», CDJ, XV, 1992, pp. 133 y ss.

⁴⁵ GONZÁLEZ MONTES, *El estado actual de la justicia administrativa: problemas y soluciones*, en «Jornadas de estudio sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa», Universidad de La Coruña, 1998, pp. 31 y ss.; SABAN, *La necesaria reforma de la justicia contencioso-administrativa*, en «Otrosí» (revista del Colegio de Abogados de Madrid), diciembre 1995; TRILLO ALONSO, *La tutela judicial: especial referencia a las medidas cautelares*, en la Ob. Col. «El proceso contencioso-administrativo», Santiago de Compostela, 1994, pp. 71 y ss.

y marea, pese a una crítica bastante general, establece la nueva Ley. Así lo señaló muy expresivamente Delgado Barrio, al inaugurar el curso sobre «La reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa» celebrado en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, en abril de 1997, en estos términos⁴⁶:

«Nosotros empezábamos el año 1996 con 244.000 recursos contencioso-administrativos pendientes. Durante este año la jurisdicción Contencioso-Administrativa resolvió más de 113.000 asuntos. Sin embargo, después de haber resuelto tantos asuntos, terminábamos el año con 271.000 recursos pendientes. Es decir, terminábamos el año con casi 30.000 recursos más de los que teníamos a su comienzo. El 1 de Enero de 1997, pendían ante nuestras Salas de lo contencioso 271.000 asuntos. En definitiva, las estructuras actuales no permiten resolver, ni siquiera, el número de asuntos que entra cada año. Esta es la dura actualidad. No obstante, el proyecto del que insigues juristas van a hablar estos días, el proyecto que da respuesta acertada a muchos problemas, en mi opinión personal, subrayo «personal», no resuelve el de la lentitud de la jurisdicción contencioso-administrativa. Parece que su solución se confía a la creación de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, pero se trata de un remedio insuficiente. Sin entrar en el debate doctrinal respecto de la conveniencia o inconveniencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, en un terreno muy práctico, en el terreno propio de un gestor, que esta temporada es el mío, yo tengo que confesar mi profunda desconfianza en que los Juzgados de lo Contencioso Administrativo puedan contribuir a resolver el problema de la lentitud de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por eso, entiendo que la solución que con ello se busca es absolutamente insuficiente. Está prevista la creación de 114 Juzgados de lo Contencioso Administrativo. Con un cálculo optimista yo creo que pueden resolver unos 25.000 asuntos al año, pero no significa esto que vaya haber 25.000 asuntos menos, porque una buena parte de las sentencias que dicten los Juzgados será susceptible de recurso de apelación ante las Salas de lo Contencioso Administrativo, con lo cual ese número que, en principio, restaba el Juzgado a la Sala Tercera del Tribunal Supremo de justicia, en buena parte va a volver a caer en manos de las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Pero, además, esta solución es insuficiente porque yo no la veo viable en términos económicos y al cortísimo plazo, subrayo «cortísimo plazo», de las soluciones que exige la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Con cálculos, otra vez diré que optimistas, se dice que esos 114 Juzgados de lo Contencioso Administrativo pueden representar un desembolso de 6.000 millones de pesetas. Creo que son cálculos optimistas, pero, aún admitiéndolos, hay que tener en cuenta que 114 Juzgados de lo Contencioso Administrati-

⁴⁶ *La reforma*, cit., pp. 15 y ss.

vo exigen 114 locales, 114 Magistrados de lo Contencioso, pero también 114 Secretarios, oficiales, auxiliares y agentes; y todo eso es mucho dinero, yo creo que más de los 6.000 millones de pesetas que se calculan. Pues bien, como yo no veo posible que en este año, ni en el próximo —quizá en 1999 los presupuestos puedan contener previsiones más satisfactorias para la Justicia— se obtengan esos 6.000 millones de pesetas, me parece que sería una solución más adecuada incrementar el número de Magistrados de las Salas de lo Contencioso Administrativo. Con menos dinero y por consiguiente mucho más a la corta, la ampliación de las plazas en las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia podría contribuir, en mi opinión, a enjugar en alguna medida esa tremenda bolsa que hoy soporta nuestra Jurisdicción Contencioso Administrativa. Los resultados del año 1996 son, yo diría que deprimentes, no conducen a ningún optimismo. El panorama no puede ser más sombrío porque, después de un esfuerzo tremendo de las Salas de lo Contencioso que lograron resolver 113.000 asuntos, quedaron todavía en nuestra jurisdicción 271.000 asuntos. Es decir: casi 30.000 asuntos más de los que teníamos al comienzo del año».

La nueva Ley intenta asimismo poner fin a la lentitud de la Justicia administrativa con otras medidas, como las siguientes:

— Que en los supuestos de procesos masivos de idéntico objeto, aparte de la posibilidad de acumulación, el Tribunal puede acordar la suspensión del trámite de todos ellos, menos de uno o varios que se decidirán preferentemente, extendiéndose en su caso los efectos de la sentencia estimatoria a los demás (art. 37.2). Es obvio que, en caso de ser desestimatoria, se producirán desistimientos en masa, con la consiguiente eliminación de procesos.

— Establecer el carácter urgente de la tramitación de los recursos contencioso-administrativos directos contra disposiciones generales (art. 66), con lo que se conseguirá: si la sentencia es desestimatoria, eliminar los posibles recursos indirectos contra actos de aplicación que pudieran fundarse en la ilegalidad de la disposición; si fuese estimatoria, con la esperanza de que una Administración razonable —lo que quizás sea mucho esperar— no insistirá en aplicarla, y, por tanto, no se producirán nuevos actos que sería necesario impugnar dando lugar a procesos inútiles por prejuzgados.

— Prever la posibilidad que en el proceso administrativo ordinario pueda decidirse sin más trámites que la demanda y contestación, si así lo pide el actor y no se oponen las partes demandadas (art. 57).

— Crear un procedimiento abreviado para asuntos de no mucha relevancia, en el que se celebrará juicio oral (art. 78).

— Y, por último, facultando al Tribunal para someter a la consideración de las partes, la posibilidad de alcanzar un acuerdo, si bien esto último cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidades (art. 77).

La experiencia en los próximos años dirá quién tenía razón y, en su caso, sobre quien recaerá la gravísima responsabilidad de que la Justicia administrativa sea una caricatura —y caricatura mala— de la Justicia.

EFFECTIVIDAD DE LAS SENTENCIAS

Tutela jurisdiccional Y efectividad de las sentencias

La tutela jurisdiccional supone la plena satisfacción de las pretensiones conformes al Ordenamiento jurídico. La tutela no se agota en una sentencia en que el juez, investido de las más amplias potestades, adopta cuantas medidas y providencias fuesen necesarias para poner fin a la situación litigiosa y restablecer el orden jurídico perturbado. No se agota en el mandato que supone toda sentencia. La tutela no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido.

Tampoco será efectiva si en el momento de producirse el fallo —o en el de su ejecución— no tienen sentido los pronunciamientos en él contenidos. Porque las situaciones para las que se pretendía tutela ya se hubieran consumado de modo irreversible.

De aquí que la eficacia de las resoluciones de los Tribunales que exige la tutela jurisdiccional se proyecte en dos momentos distintos: uno, en el de la iniciación del proceso; otro, una vez pronunciada la sentencia. Medidas cautelares y ejecución forzosa son dos de los grandes temas de la Justicia administrativa, en los que las legislaciones reguladoras del proceso administrativo no han respondido a las exigencias del principio.

La Ley de 1956 se movió dentro de las limitaciones impuestas por las tradicionales prerrogativas de las Administraciones públicas tan arraigadas como

la prohibición de embargar sus bienes y despachar mandamientos de ejecución contra ellas.

De aquí que sus normas, como las de la generalidad —nos atrevemos a decir totalidad de los Ordenamientos jurídico-procesales de entonces e incluso posteriores, estuvieran muy lejos de garantizar al justiciable la eficacia de las sentencias dictadas en el orden contencioso-administrativo y en otros órdenes jurisdiccionales cuando fuere condenada una Administración pública.

Las sentencias se cumplían —y se siguen cumpliendo— cuando quieren los que en cada momento detentan el poder, y la legislación no regulaba medidas cautelares adecuadas que permitan a los órganos jurisdiccionales garantizar los efectos de la sentencia.

Medidas cautelares

La deficiente regulación de las medidas cautelares

La limitación de las medidas cautelares a la suspensión de «a ejecución del acto administrativo —única que preveían las legislaciones sobre el contencioso-administrativo— no permitía garantizar la eficacia de la sentencia. De aquí las críticas a la Ley de 1956.

Es cierto que la aplicación supletoria de la legislación procesal civil permitía a los jueces administrativos adoptar las medidas cautelares innominadas en los amplios términos del art. 1428, Lec⁴⁷, y que eran admisibles otras medidas típicas como la anotación preventiva de la demanda⁴⁸. Pero el cuadro legal no permitía a los órganos jurisdiccionales cubrir todos los supuestos en que resultaba absolutamente necesario adoptar una medida cautelar que garantizara la eficacia de la sentencia⁴⁹.

⁴⁷ CALDERON CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, 1992.

⁴⁸ LASO MARTINEZ, *Cautelas registrales en el proceso administrativo*, en «La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje del Profesor Jesús González Pérez», Civitas, 1993, II, pp. 1537 y ss.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRIA, *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, 1995, pp. 13 y ss.; CHINCHILLA, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, 1991, pp. 179 y ss.; CAMPO CABAL, *Perspectiva de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*, Bogotá, 1997, pp. 105 y ss.

Los anteproyectos de reforma que fueron apareciendo después de entrar en vigor la Constitución tampoco respondían plenamente a las exigencias del principio de tutela, distando considerablemente de los avances logrados en otros Ordenamientos. El proyecto de 1995 constituyó un ejemplo expresivo, como puso de relieve García de Enterría en una polémica mantenida desde las páginas de la Revista del Colegio de Abogados de Madrid «Otrosí» con los coautores del anteproyecto⁵⁰.

Aunque el proyecto de 1997 siguió en líneas generales a aquél, tuvo el acierto de apartarse en algunos capítulos de la regulación, como en el de las medidas cautelares, mejorándolo considerablemente, como puso de manifiesto el cuadro comparativo que hizo López Rodó⁵¹, aunque todavía ofreciera reparos en algunos aspectos. Al llegar el proyecto a la Comisión de Justicia del Congreso, en parte mejoró la redacción inicial: pero también se empeoró en muchos capítulos la normativa del proyecto.

Medidas provisionales urgentes

Una de las quiebras del sistema tradicional consistía en que, en buen número de supuestos, el tiempo transcurrido desde la solicitud de la cautela hasta que el órgano jurisdiccional decidía sobre su procedencia era suficiente para que la medida fuera inútil. Pensemos en que el acto administrativo impusiese el cese de una actividad en 24 horas, cesación que podía ocasionar daños al demandante de difícil reparación e incluso al interés público; o en la urgencia en realizar una prestación que se resiste a prestar la Administración...

Se impone, por tanto, la medida de la cautela. En el supuesto típico de suspensión de la ejecución, la suspensión automática desde la petición hasta la decisión sobre la cautela. Y así se regulaba en el proyecto. Pero la regulación en él contenida (arts. 126.2 y 131) ofrecía los siguientes reparos:

— Que únicamente podía adoptarse esta medida provisionálsima «abierta la pieza separada», una vez iniciado el proceso. Cuando se había veni-

⁵⁰ Recogida en el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia jueces y control de la Administración*, 3ª edición, Civitas, 1997.

⁵¹ En *Las medidas cautelares en la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en «La reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa», cit., pp. 130 y ss.

do postulando la posibilidad de que se adoptara la cautela antes de incoarse el proceso⁵².

— Que se exigía previa audiencia del representante de la Administración demandada o de ésta, si no se hubiere personado en el proceso por plazo de tres días. Si tenemos en cuenta el tiempo que ha de transcurrir para las notificaciones, el plazo resultaba incompatible en los supuestos de urgencia. Al tratar de garantizarse el derecho de defensa del demandado, se establecía una norma que podía convertir en inútil la medida cautelar. De aquí que fuera más congruente con el derecho de tutela jurisdiccional la práctica de algunas Salas de lo contencioso-administrativo que venían admitiendo la posibilidad de adoptar inmediatamente, incluso el mismo día de la solicitud, esta cautela preventiva de suspender la ejecución del acto en tanto se decidiera el incidente de suspensión cuando no admitía espera —ejemplo, cuando se acordaba el inmediato cierre de unas instalaciones de producción de energía eléctrica o el cese de la actividad de una residencia de ancianos que requieren asistencia médica—. Si el incidente se tramita con la diligencia debida la cautela especialísima nunca conllevará perjuicios graves, y siempre cabría el remedio de que la Administración pública demandada hiciese ver a la Sala las posibles graves consecuencias, a fin de que levantara la suspensión.

Es el texto definitivo, aunque no acoge la fórmula de la suspensión automática provisional en tanto se decide el incidente cautelar, trata de hacer efectiva la tutela jurisdiccional, previendo la adopción de la medida cautelar sin audiencia de las partes, si concurren circunstancias de especial urgencia, si bien con un trámite ulterior que deberá celebrarse dentro de los tres días siguientes, convocándose a las partes para decidir sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada.

Las causas legitimadoras de las medidas cautelares

Una importante doctrina jurisprudencial, elogiada y elogiada, estimó suficiente para acordar la medida cautelar la apariencia de buen derecho, el

⁵² ORTIZ, *Suspensión del acto impugnado en la vía contencioso-administrativa en Costa Rica*, Comunicación presentada al V Congreso mexicano de Derecho procesal, p. 233; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho procesal administrativo*, 2ª edición, Cívitas, 1992, pp. 556 y ss.

Sobre el problema de las medidas provisionalísimas, vid. GOMEZ y DIAZ CASTROVERDE, *En torno a la eficacia del proceso contencioso-administrativo ordinario a través de medidas provisionales*, en «El proceso contencioso-administrativo», Santiago de Compostela, 1994, pp. 278 y ss.

*famus boni iuris*⁵³, que se añadía a los supuestos que venía admitiendo la legislación vigente. El proyecto del Gobierno establecía como criterio único para fundamentar la adopción de las medidas cautelares que «existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieren», si bien siempre ponderando «todos los intereses en conflicto».

El *famus boni iuris*, tal y como se venía contemplando, era algo más que la existencia de «dudas razonables sobre la legalidad de la actividad». Ya que se suponía existía cuando el «recurso contencioso-administrativo interpuesto viniera de antemano justificado de tal manera que, sin prejuzgar la decisión final, pudiera de una manera ostensible entenderse que habrá de ser estimado»⁵⁴.

También en este aspecto concreto la Comisión de Justicia del Congreso se apartó de la regulación contenida en el proyecto del Gobierno y mantuvo la causa legitimadora tradicional en nuestra legislación procesal administrativa—que la ejecución del acto o aplicación de la disposición pudiera causar al demandante perjuicios de imposible o difícil reparación—, a la que añadió una nueva tomada de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: que la ejecución o aplicación «pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso». Como los Tribunales del orden contencioso-administrativo acudan a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para interpretar esta causa legitimadora ¡apañados van a estar los demandantes que traten de obtener tutela jurisdiccional cautelar!

Las medidas provisionales admisibles

La nueva Ley supone un avance muy importante al admitir con carácter general las medidas «que aseguren la eficacia real de la sentencia». El proyecto del Gobierno establecía que se ordenarían las que, «según las circunstancias fuesen necesarias, incluido en su caso el aseguramiento o regulación provisional de aquellos derechos o facultades controvertidos cuya naturaleza lo

⁵³ AGUADO I CUDOLA, *Evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo*, en «La protección jurídica del ciudadano», cit., II pp. 1680 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La nueva doctrina del TS sobre medidas cautelares: la recepción del principio famus boni iuris (A. 20 diciembre 1991) y su trascendencia general*, REDA, núm. 69, incluido también en *La batalla*, cit., pp. 203 y ss.; GOMEZ FERRER, *Apariencia de buen derecho y suspensión en vía contenciosa de actos de carácter tributario*, en «La protección jurídica del ciudadano», cit., II, pp. 1163 y ss.; CAMPO CABAL, *Perspectiva*, cit., pp. 51 y ss.

⁵⁴ LOPEZ RODO, *Las medidas cautelares*, cit., pp. 174 y ss.

permita» (art. 129). Este último inciso se suprimió en el texto, tal y como quedó redactado después de pasar por la Comisión de Justicia del Congreso.

Aunque el texto de la norma es lo suficientemente amplio y flexible, permitiendo a los Tribunales la adopción de cualquier medida necesaria para que, en su día, la sentencia no sea ineficaz, teniendo en cuenta el conservadurismo de nuestros jueces, quizás no hubiera estado demás especificar algún ejemplo, de modo que fuese admisible en casos en que así lo requiriera el pago anticipado de deudas, como ha admitido el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas⁵⁵.

La contra-cautela: caución para responder de los perjuicios derivados de la medida cautelar

Un problema que requiere especial atención es el de la garantía para responder de los perjuicios derivados de la medida cautelar.

Porque juegan dos intereses contrapuestos: por un lado, el del demandante, perfectamente responsable, al que no puede denegársele el derecho a la tutela jurisdiccional por falta de medios económicos —lo que ocurriría si se le exigiera la caución en todo caso, aunque careciera de medios para prestar la caución—, y el de los demandados, que podrían encontrarse con graves perjuicios patrimoniales derivados de la medida cautelar adoptada en un proceso en que se desestimó la pretensión, sin posibilidad de reparación por insolvencia del demandante.

Respecto de los demandados, la tutela judicial efectiva exige que la caución sea suficiente para responder de los perjuicios que pudieran derivarse de la medida cautelar, ya que en otro caso resultaría difícil, por no decir imposible, la reparación. Que es lo que desgraciadamente ocurre ante la resistencia de nuestros órganos jurisdiccionales a cuantificar debidamente la caución, señalando muchas veces cantidades ridículas, fáciles de prestar incluso por insolventes, sobre todo en los supuestos de acción pública, en que los verdaderamente interesados en que se adopte la medida cautelar —aún conscientes de la falta de fundamento de la pretensión procesal— quedan en la sombra, buscando a la persona insolvente que se presta a ejercitar la acción.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (referé-provision)*, RAP, núm. 142, pp. 225 y ss.

Respecto del demandante, por el contrario, la tutela judicial efectiva impone eximirle de prestar caución, siempre que, aún careciendo de medios, sea ineludible la adopción de medidas cautelares para asegurar la «eficacia real» de la sentencia.

No resulta fácil encontrar una fórmula legal que concilie unos y otros intereses.

La Ley de 1956 establecía que si de la suspensión «pudiera resultar algún daño o perjuicio» se exigiría «caución suficiente para responder de los mismos», (art. 124.1). El proyecto del Gobierno seguía la línea de la anterior, y únicamente admitía la adopción de las medidas cautelares «previa prestación de caución suficiente» siempre que de aquellas «pudieran derivarse perjuicios directamente cuantificables». Lo que suponía:

— Que, exigir la caución solo cuando de las medidas cautelares pudieran derivarse «perjuicios *directamente* cuantificables», deja fuera de la «contra-cautela» aquellos otros perjuicios. Con lo que, en los demás casos, podía quedar sin tutela judicial efectiva el demandado.

— Que al exigirla siempre que se dé el supuesto, podía quedar sin tutela judicial efectiva el demandante que careciera de medios.

En el texto definitivamente aprobado, por un lado, prevé la caución cuando de la medida pudieran derivarse perjuicios de *cualquier naturaleza* y, por otro, no la impone en todo caso, sino que faculta al órgano jurisdiccional para acordarla debidamente la caución, señalando muchas veces cantidades ridículas, fáciles de prestar incluso por insolventes, sobre todo en los supuestos de acción pública, en que los verdaderamente interesados en que se adopte la medida cautelar —aún conscientes de la falta de fundamento de la pretensión procesal— quedan en la sombra, buscando a la persona insolvente que se presta a ejercitar la acción.

La reglamentación de las medidas cautelares ha de reconocer al juez un amplio margen discrecional para ponderar las circunstancias concurrentes, facultándoles para adoptar las medidas cautelares necesarias sin caución, aunque de aquéllas puedan derivarse perjuicios, no solo cuando el demandante tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita, sino cuando acredite la falta de medios para prestar la caución. El hecho de que entre las modalidades de caución figure el «seguro de caución», la insolvencia puede impedir incluso la obtención de éste.

Ejecución de sentencias

La quiebra de la tutela jurisdiccional en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración

La impotencia del «juez administrativo» para hacer efectivas las sentencias condenatorias de la Administración ha sido —y es— una de las quiebras de todos los sistemas de Justicia administrativa. Sobre todo cuando la condenada es la Administración del Estado, las sentencias se cumplen cuando quiere y como quiere el político de turno.

Y —hay que reconocerlo— en buena parte hay que atribuirlo, no a la regulación de los procesos administrativos, sino a la prudentísima actitud de los jueces. Ciertamente, existen los obstáculos consistentes en ciertas prerrogativas de la Administración, como la inembargabilidad de los caudales públicos y la prohibición de despachar mandamientos de ejecución contra ellos. Pero este obstáculo opera —o solo debe operar— respecto de uno de los supuestos de condena, siquiera sea el más importante y frecuente —pago de una cantidad de dinero—. Por lo que no sería obstáculo al ejercicio pleno de las potestades del juez de hacer ejecutar lo juzgado en los demás supuestos de condena.

La Ley de 1956 —e incluso las anteriores— contenía normas que no podían ser más expeditas. Como la que preveía el art. 110.3, en el supuesto de que transcurrieran seis meses desde la recepción del testimonio de la sentencia sin que se hubiera ejecutado: sin perjuicio de adoptar las «medidas procedentes para el cumplimiento de lo mandado» —decía—, se «deducirá el tanto de culpa que correspondiere por delito de desobediencia para su remisión al Tribunal competente»⁵⁶. Mas, como dijo hace más de un siglo Lucas Mallada, ante una norma análoga de la Ley de 1888, «el tanto de culpa que se encarga frecuentemente averiguar a los Tribunales, casi siempre con dura frase, encerrada en órdenes severas y terminantes, es una de las bromas de la fantasía nacional»⁵⁷. No es que la eficacia de la norma sea muy relativa, por las enormes dificultades técnicas para llevar a cabo, con rapidez y, por tanto, con utilidad, la exigencia de la responsa-

⁵⁶ Medida configurada como automática. Así, FONT I LLOVET, *Medidas para hacer efectiva la ejecución de las sentencias*, en «La protección jurídica del ciudadano», cit., II, p. 1184.

⁵⁷ *Los males de la patria*, publicado en 1890, y reeditado por Alianza Editorial en 1969. Cfr. p. 156 de esta edición. Así lo recordaba en mi trabajo *La Justicia administrativa en España*, Cívitas, 1974, p. 120.

bilidad, como se ha dicho⁵⁸. Es que, como consecuencia del respeto de los jueces ante los que detentan el Poder, éstos han gozado de inmunidad. Lo ha dicho muy expresivamente un Magistrado, Álvarez de Linera y Uría, al referirse a los supuestos de inculpación de un Ministro: «Los casos que he conocido —dice— han terminado, *sin excepción*, en el archivo o sobreseimiento, acordado por la Sala segunda del TS; la lectura de estos autos me ha producido una sensación poco confortadora, y me atrevo a discrepar, de forma respetuosa, de alguno de los argumentos utilizados para acordar el archivo»⁵⁹.

De aquí que, ante lo drástico de la medida, se propusiera como más realista la de las multas automáticas⁶⁰.

Al promulgarse la Constitución, las dificultades en orden a la efectiva ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración se centraban en los puntos siguientes⁶¹:

- Atribuir al órgano que dictó el acto o disposición frente a los que se dedujo la pretensión la competencia para ejecutar la sentencia.
- Los limitados poderes del juez administrativo.
- Las prerrogativas de las Administraciones públicas.

⁵⁸ BORRAJO INIESTA, *Las facultades de los Tribunales para ejecutar sentencias condenatorias de las Administraciones públicas*, REDA, núm. 53, pp. 69 y ss., y FONT I LLOVET, *Medidas para hacer efectiva la ejecución*, cit., p. 1180.

⁵⁹ En *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, en «Jurisdicción contencioso-administrativa: aspectos procesales», CDJ, XV, 1992, p. 569.

⁶⁰ CORDERO TORRES, *Los primeros diez años de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, separata de la RGJ, 1966, p. 24.

⁶¹ Cfr., en «Jurisdicción contencioso-administrativa: aspectos procesales», CDJ, XV, 1992, los trabajos siguientes: PÉREZ TÓRTOLA, *Ejecución de sentencias: hacia una consecución de su efectividad mediante la reforma legal*, pp. 410 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA, *La ejecución de sentencias en general. La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, pp. 557 y ss.; ÁLVAREZ-LINERA, *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, pp. 557 y ss. Y en «Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativos», CDJ, XI, 1992, los siguientes trabajos: TORRES Y LÓPEZ DE LA CALLE, *Potestad jurisdiccional v derecho a la jurisdicción*, cit., pp. 13 y ss.; MALDONADO MUÑOZ, *Ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, pp. 503 y ss.; BANDRÉS, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas y el TC*, pp. 519 y ss.; PICO LORENZO, *Las dificultades de la ejecución de las sentencias y situación en el Derecho comparado: notas para una reforma*, pp. 563 y ss., y DELGADO RODRÍGUEZ, *Perspectivas de la reforma del proceso contencioso-administrativo en el ámbito de las modalidades de ejecución*, pp. 577 y ss.

La competencia para ejecutar la sentencia

La Ley de 1956 (art. 103) decía que «la ejecución de la sentencia corresponderá al órgano que hubiese dictado el acto o la disposición objeto de recurso». Texto que no impedía una interpretación que atribuía aquella competencia para la ejecución voluntaria, si bien, en el supuesto de que no se cumpliera la obligación de ejecutarla en el plazo de seis meses, la competencia ejecutiva revertía al Tribunal sentenciador. Así lo mantuvo Cuevas —que por cierto, fue el único administratista español que murió en el exilio, después de nuestra Guerra Civil—, ante el texto de la Ley de 1894, análogo al de la Ley de 1956⁶².

Y, en todo caso, la atribución de la ejecución de las sentencias a los Tribunales del orden contencioso-administrativo había sido consagrada hacía años en una Ley que tenía rango de fundamental. Fue la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 la que marcó en la evolución del contencioso-administrativo el hito que supuso la atribución a los Tribunales de la ejecución de las sentencias dictadas en los procesos administrativos. Y, por cierto, en términos más expresivos que el art. 117.3 de la Constitución de 1978 y el 2 de la LOPJ. Pues éstos se refieren genéricamente a que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional *en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado* corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales». Mientras que el art. 31 de aquélla disponía que «la función jurisdiccional, juzgando y *haciendo ejecutar lo juzgado*, en los procesos civiles, penales, *contencioso-administrativos*, laborales y demás que establezcan las leyes, *corresponde exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales».

La doctrina se preocupó de destacar la repercusión de aquella Ley en la regulación del proceso administrativo⁶³. A partir de su vigencia se imponía limitar la aplicación del art. 103 de la Ley de 1956 a la ejecución voluntaria —su función sería delimitar la competencia del órgano al que le corresponde el cumplimiento voluntario— y ampliar las facultades que el art. 110 de la misma Ley

⁶² CUEVAS, *La ejecución de las sentencias en el contencioso-administrativo*, «Revista de Derecho público», 1934, pp. 291 y ss., posición a la que me adherí en mi trabajo *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, Madrid, 1951.

⁶³ CANO MATA, *Ejecución judicial de las resoluciones contencioso-administrativas*, RAP, núm. 70, pp. 37 y ss. Sobre el tema, vid., también, MONTORO PUERTO, *Nuevas perspectivas en la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, REVL, núm. 166, pp. 203 y ss., y DE LA OLIVA, *Notas sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo*, DA, núm. 159 (1974), pp. 11 y ss.

reconocía al Tribunal sentenciador a las propias de la ejecución forzosa, aplicando supletoriamente las normas de la Ley procesal civil sobre ejecución⁶⁴.

Resulta inexplicable, pues, la trascendencia que quiere darse al art. 117.3 de la Constitución de 1978 en este orden jurisdiccional.

Se ha tratado de destacar la importancia de la Constitución, por el escaso valor normativo directo que podía atribuirse a la Ley Orgánica del Estado, que no llegó a tener reflejo a través de legislación ordinaria de desarrollo, siendo la Constitución de 1978 la que, por los términos de su art. 117.3, derogó el sistema de la Ley de 1956⁶⁵.

Creo, sin embargo, que las normas de la Ley Orgánica del Estado prestaban base suficiente para una interpretación progresiva de la Ley de 1956, interpretación, por otro lado, no tan progresiva, porque ya se había defendido —como he indicado— muchos años antes a la vista del texto de la Ley de lo contencioso-administrativo de 1894. Una vez más, la prudente actitud de los jueces no les permitió aprovechar las innovaciones legislativas. Y, años después de la Constitución, siguen actuando muchas veces como si todavía siguieran limitadas sus potestades en el proceso de ejecución⁶⁶.

Limitación de las potestades del juez administrativo

El texto literal del art. 110 de la Ley de 1956, ciertamente, dificultaba la interpretación antes expuesta. Ya que lo que reconocía al Tribunal era adoptar cuantas medidas fuesen adecuadas para promover y activar la ejecución. Pero si éste era el texto del número 1 del artículo, el número 2, referido al supuesto de que hubiesen transcurrido seis meses sin haberse cumplido el fallo, ya empleaba expresiones muy distintas. Ya no hablaba de promover y activar la ejecución, sino de adoptar «las medidas que consideren procedentes para el cumplimiento de lo mandado». Lo que, sobre todo después de haberse reconocido a los

⁶⁴ Si bien, se han puesto reparos a la aplicación supletoria de la LEC: GIMENO SENDRA, *Alternativas a la disfuncionalidad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, REDA, núm. 27, pp. 573 y ss., y FONT I LLOVET, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, Madrid, 1985, pp.89 y ss.

⁶⁵ Así, CÁNCER, *La ejecución de sentencias*, en «La reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa», cit., p. 184.

⁶⁶ Así, en mi trabajo, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, cit., pp. 97 y ss.

Tribunales del orden contencioso-administrativo la potestad de ejecutar las sentencias, unido a la disposición que establecía el carácter supletorio de la LEC, hubiera permitido acudir a las normas de ésta sobre la ejecución forzosa, salvo que lo impidieran las prerrogativas de las Administraciones públicas, a que me refiero a continuación⁶⁷.

Mas, como no se procedió así, no estaba de más que la Ley reconociera expresamente —y lo más concretamente posible— la amplitud de potestades. No era la primera vez que el legislador venía a suplir la falta de decisión de los jueces. Y la nueva Ley viene a cumplir esta finalidad, reconociendo al órgano jurisdiccional la potestad de «ejecutar la sentencia a través de sus propios medios» (art. 103.1, a), y regulando con detalle las medidas a adoptar, lo que, por supuesto, no supone excluir la aplicación supletoria de la Ley de enjuiciamiento civil.

La actitud de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS últimamente, aún con la resistencia reflejada en los votos particulares formulados —que no pueden ser más significativos, por la filiación de los Magistrados de los que proceden—, permite abrigar esperanzas y confiar en el Poder judicial cuando tenga que enfrentarse con la resistencia del Poder ejecutivo, en contubernio con el legislativo, fenómeno común en los regímenes parlamentarios⁶⁸.

Las prerrogativas de las Administraciones públicas

La suspensión e inexecución de sentencias

Una de las prerrogativas de la Administración pública era la posibilidad de suspender o inexecutar las sentencias condenatorias de la Administración, sustituyendo la prestación a que se refería la condena por el equivalente económico.

No puede considerarse prerrogativa la imposibilidad de ejecución, ya que si realmente se produce la imposibilidad, la sentencia no será ejecutable

⁶⁷ Sobre los problemas que planteaba la aplicación de la Ley procesal civil, cfr. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Cívitas, 1995.

⁶⁸ Se ha dudado de la eficacia práctica del sistema de ejecución por sustitución, «ya que es dudoso que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa con su actual composición y número estén capacitados para hacer frente a las nuevas competencias que les confieren». Así, CÁNCER, *La ejecución de sentencias*, cit., p. 201.

cualquiera que fuere el obligado, aunque sea un particular. De aquí que no tenga sentido establecer un plazo para que pueda plantearse la imposibilidad y que sean las Administraciones públicas las que puedan plantearla. Si no es posible ejecutar la sentencia, si no se puede realizar el mandato judicial, no solo la Administración, sino el particular, podrán en cualquier momento plantearlo, a fin de determinar la indemnización que proceda. ¿Es que por transcurrir el plazo previsto en la Ley sin que la Administración haya planteado la cuestión de la imposibilidad no cabe la indemnización?. Si es imposible la ejecución lo será antes y después del plazo. El transcurso del plazo no operará el milagro de hacer posible lo que antes era imposible. Y si, cualquiera que sea la causa de la demora en la ejecución, la imposibilidad de ejecución aparece después, ¿es que no podrá plantearse la adopción de las medidas previstas para reparar el daño? Por estas razones se criticó el sistema de la Ley de 1956⁶⁹. Y por eso es criticable la nueva Ley, al mantener en el art. 105.2 el mismo régimen.

Sí constituía una prerrogativa la potestad de suspender o inejecutar por las causas tasadas que preveía la Ley. La nueva Ley viene a mantener el sistema, si bien, en lugar de hablar de inejecución, reconoce la facultad de expropiación por causas tasadas, dentro del plazo que señala, superando así las críticas que se habían hecho al art. 18.2, LOPJ, que facultaba al Consejo de Ministros sin limitación temporal ni enumeración de causas legitimadoras para sustituir cualquier condena por la correspondiente indemnización: «por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración pública en una sentencia firme, antes de su ejecución»⁷⁰.

⁶⁹ Así, en la 2ª edición de mis *Comentarios a la LJ*, Civitas, 1994, comentario al artículo 107, pp.1360 y ss.

⁷⁰ La crítica había sido unánime. Cfr., por ejemplo, MARTÍN BASSOLS, *Ejecución de sentencias condenatorias de la Administración pública*, DA, núm. 209, p. 79; GABALDON, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, Poder Judicial, núm. XV, pp. 46 y ss. Entre los que salvan la norma —si bien aconsejan su interpretación restrictiva—, SOSA WAGNER y QUINTANA, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, DA, núm. 209, p. 38; MONTORO CHINER, *La ejecución de sentencias en el anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo*, DJ, núm. 51, pp. 156 y ss.

De la causa consistente en «peligro de trastorno grave del orden público» se había dicho que «incumplir la justicia por temor a algaradas o motines, difícilmente puede coonestarse con la afirmación de que vivimos en un Estado de Derecho». Así, JORDANA DE POZAS, *Derecho administrativo*, Madrid, 1924, p. 212, palabras que transcriben GUAITA, en *Ejecución de sentencias en el proceso administrativo español*, RAP, núm. 7, p. 93, y DE LA OLIVA SANTOS, *Notas sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo*, DA, núm. 159 (1974), p. 26.

La nueva regulación supone un positivo avance respecto de la anterior, en cuanto elimina de las causas legitimadoras de la expropiación (antes inexecución) el peligro de trastorno grave del orden público y el detrimento grave de la Hacienda pública, si bien este último supuesto se contempla expresamente en el supuesto de ejecución de condena al pago de cantidad líquida (art. 106.4), y se añade esta causa legitimadora: «peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos»⁷¹.

Pero es censurable la nueva regulación al no recoger algo que venía demandando la doctrina como garantía esencial: reconocer al Tribunal sentenciador competencia para verificar si se daban o no las causas legitimadoras. Podría entenderse que la omisión se debe a que se estimaba innecesario —y debe forzarse la interpretación en este sentido—. Mas resulta expresivo que, mientras que al regular los supuestos de «imposibilidad material o legal de ejecutar» se reconoce al órgano jurisdiccional la facultad de apreciar «la concurrencia o no de dichas causas» y adoptar las medidas necesarias (art. 105.2), al regular la expropiación no se hace la menor referencia a la apreciación de la concurrencia de la causa legitimadora, y, por el contrario, establece que, una vez reciba el órgano jurisdiccional la declaración del Gobierno de la Nación de la concurrencia de alguna de las causas, «señalará, por el trámite de los incidentes, la correspondiente indemnización».

Prohibición de despachar mandamientos de ejecución y providencias de embargo contra bienes de las Administraciones públicas

El obstáculo más difícil de superar en las condenas al pago de una cantidad líquida es el privilegio de las Administraciones públicas consistente en la prohibición de despachar mandamientos de ejecución y providencias de em-

⁷¹ Lo que no sabemos es si se ha eliminado la causa porque el Estado esté dispuesto a que se lleve a cabo la ejecución, garantizando que no se alterará el orden público, o porque la alteración del orden público —sobre todo en determinadas regiones— es el pan nuestro de cada día, sin que reaccionen las fuerzas encargadas de mantenerlo. O que se ha querido decir lo mismo pero con terminología más «democrática». Todo dependerá de cuales son los derechos o libertades de los ciudadanos cuyo ejercicio libre se quiere proteger: si los derechos reconocidos en la sentencia o los de los que no están de acuerdo con la sentencia, como los derechos de reunión, manifestación y huelga, utilizados con el acompañamiento de los inevitables piquetes informativos para impedir el cumplimiento del fallo.

bargo contra bienes de las mismas. Obstáculo que se da, no solo respecto de las sentencias dictadas por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino por los de cualquier otro orden jurisdiccional. La sentencia que condene a la Administración pública al pago se ejecutará «en la forma y con los límites del respectivo presupuesto» (art. 44.3, Ley General Presupuestaria).

Se propusieron fórmulas, con arreglo a la normativa anterior, para evitar que la falta de dotación presupuestaria recayera sobre las espaldas de acreedor impagado, como la de despachar el mandamiento judicial de pago contra la cuenta del Tesoro público del Banco de España⁷²

El TC subrayó la tensión que existe entre el principio «de seguridad jurídica, que obliga al cumplimiento de las sentencias, y el de legalidad presupuestaria, que supedita dicho cumplimiento a la existencia de una partida presupuestaria asignada a ese fin» y la necesidad de su armonización, armonización que «cualquiera que sea la forma en que se realice, no puede dar lugar a que el principio de legalidad presupuestaria deje de hecho sin contenido el derecho que la Constitución reconoce y garantiza» (STC 32/1982, de 7 de junio).

Que la situación tiene algo de paradójico —como ha dicho Tornos— lo pone de manifiesto el hecho de que el TC reconozca de forma repetida que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a la ejecución y al mismo tiempo mantenga la validez del sistema actual⁷³. Y mantener el sistema actual supone, sencillamente, que «el particular va a quedar a merced de la Administración y colmará su deseo cuando ésta lo tenga a bien o se arruinará incluso sin cobrar»⁷⁴

La nueva regulación ha intentado solucionar este viejo y siempre actual problema, estableciendo: por un lado, que el crédito presupuestario con cargo al que ha de hacerse el pago, «tendrá siempre la condición de ampliable», y, por otro, que si fuere necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la sentencia. Pero, ¿qué ocurre si no se cumple?. Sencilla-

⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre el principio de inembargabilidad: sus derogaciones y sus límites constituidos y sobre la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, REDA, núm. 52, pp. 495 y ss., incluido en *Hacia una nueva Justicia administrativa*, 2ª edición, Madrid, 1992.

⁷³ *La situación actual del proceso contencioso-administrativo*, RAP, núm. 122, p. 118.

⁷⁴ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva Justicia administrativa*, cit., p. 119.

mente, que el interés legal del dinero que en todo caso ha de abonarse al que obtuvo la sentencia favorable se incrementará en dos puntos. Resultado, las responsabilidades derivadas de los abusos de los gobernantes recaerán, como siempre, sobre las espaldas del contribuyente.

Y es que eludir el presupuesto o imponer a los representantes del pueblo soberano, que —al menos teóricamente— son las Cortes, la inclusión de una partida, no parece congruente con los más elementales principios. Han de ser las Cortes las que establezcan cómo, en qué y en qué medida ha de gastarse el dinero de los ciudadanos. Sin que los titulares de los órganos de las Administraciones públicas puedan rebasarlos. Si al elaborar los presupuestos —que luego aprobarán los legisladores— se incurrió en error, o se reflejaron falsamente las necesidades que se pretendía asumir, o después se gasta más de lo debido, colocando al Estado en situación de quiebra fraudulenta, han de ponderarse las graves consecuencias que de ello derivan.

Porque el problema de la ejecución de las sentencias condenatorias al pago de cantidades líquidas radica, pura y sencillamente, en el despilfarro de que hacen gala los administradores, en la alegría con que se asumen obligaciones, las más de las veces con fines electorales, acometiendo obras superfluas, pero populares...

El rigor de la Ley y la acción de la Justicia deben recaer inexorablemente sobre ellos. Pero no van por ahí las leyes penales a la hora de regular delitos como el de malversación⁷⁵.

Es preciso evitar la insuficiencia de partidas presupuestarias. Es necesario prever —así lo venimos defendiendo desde que se elaboró el anteproyecto de la Ley de expropiación forzosa de 1954— partidas presupuestarias en la cuantía que se considere necesario para responder de las condenas pecuniarias a la Administración por sentencia. Pero no rebasar arbitrariamente los límites del presupuesto.

Un ejemplo expresivo: cuando hace dos años estaba a punto de culminar el proceso de elaboración de una Ley nacional argentina sobre el contencioso-administrativo, en el que se reformaban —aunque mínimamente— las medidas para ejecutar las sentencias condenatorias de la Administración, el Ministro

⁷⁵ Me remito a mi intervención en la Academia de Jurisprudencia y Legislación del curso 1995-1996.

de Economía Cavallo elaboró un Memorandum que elevó al Senado, abortando el proyecto de Ley. Uno de los argumentos básicos esgrimidos no era otro que el siguiente: si con la legislación a la sazón vigente, según se decía, era insuficiente, y a pesar de ello, no era posible hacer frente a las condenas pecuniarias, ¿qué ocurrirá con una Ley que perfecciona el sistema?

Cavallo no siguió la política de otros antecesores suyos, no tan ortodoxos en Economía y Hacienda. Me lo refirieron en un Congreso de Derecho procesal administrativo, en el que la representación argentina —a diferencia de todas las demás— afirmaba que en Argentina se cumplían escrupulosamente las sentencias condenatorias de la Administración dentro de los plazos legales. Ante mi pregunta ingenua de cómo era posible cuando no había dinero, la respuesta no fue más simple y contundente: cuando no hay dinero, se hace.

CONCLUSION

Al aparecer la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se preguntaba Muñoz Machado el por qué de una nueva Ley, cuando hubiera sido más simple y tal vez más respetuoso con el viejo y noble texto, con toda la cultura doctrinal y jurisprudencial generada en su entorno, y con la seguridad misma, formular una Ley de reforma limitada a los aspectos precisos de variaciones. Y estimaba que la primera razón de no haberse hecho así era la siguiente:

«por el gusto del Gobierno por proponer al legislador una Ley de Procedimiento dictada durante la democracia, estando vigente la nueva Constitución. La insatisfacción por la ley anterior, no derivaría tanto de sus carencias técnicas, que son escasas, o de la necesidad de incorporar regulaciones nuevas, que no son tantas, sino de la prevención democrática contra una ley dictada en pleno fulgor de la dictadura franquista».

⁷⁶ En *la protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, 1993, I, p. 506.

Estoy plenamente convencido de que ésta ha sido también la razón de la sustitución de la Ley de 1.956 por una nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contenciosoadministrativa. No es ésta ni mucho menos la opinión general. A diferencia de la reacción ante los proyectos de sustitución de la Ley de procedimiento administrativo de 1.958 —de repulsa casi unánime—, la doctrina fue muy proclive a la elaboración de una nueva ley reguladora del proceso administrativo. Aunque por lo bajo, apartándose de lo dicho públicamente, más de uno, en distintos ámbitos —doctrinal, legislativo y judicial— me ha reconocido que hubiere bastado con modificaciones concretas —algunas en aspectos importantes— de la Ley de 1956.

Y esta fue la primera solución en la que pensó raíz de la Constitución de 1978. Siendo Ministro de Justicia Íñigo Cavero, encargó a la Comisión General de Codificación la elaboración de un anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativo. Y, dentro en la Sección de Administración Pública de aquello se designó una Comisión a tal efecto, presidida por José Luis Villar Palasí —que era Presidente a la Sección, en la que tuve el honor de colaborar con mis compañeros Fernando Sorrido Falla, Eduardo García de Enterría y Sebastián Martín Retortillo, y con los magistrados Federico Sáinz de Robles, Adolfo Carretero, Rafael Mendizábal y Angel Rodríguez García. El anteproyecto elaborado fue el último trabajo que ha hecho la Sección de Administración pública de la Comisión General de Codificación.

Lo cierto es que, una vez más, se elimina una Ley cuando hacía poco más de 40 años de su entrada en vigor, al prevalecer las corrientes innovadoras que nos están privando de contar con leyes centenarias, enriquecidas por la práctica y depuradas y adecuadas a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, en frase del artículo 3º.1 del Código, por la doctrina y jurisprudencia generadas por ellas.

Vamos a estrenar una nueva Ley que se enfrenta con uno de las más graves situaciones que ha atravesado jamás nuestra Justicia administrativa, la enorme lentitud de los procesos.

Veinte años después de la Constitución se ha duplicado, por lo menos, el tiempo de duración de los procesos administrativos. Y no se diga que esto es una consecuencia de la confianza en las instituciones democráticas y de una mayor conciencia ciudadana. Porque las encuestas ponen de manifiesto justamente lo contrario: cada año son más los que desconfían de la Justicia que imparten nuestros Tribunales.

La nueva Ley trata de superar esta grave crisis con una medida revolucionaria que modifica nuestra tradicional organización de la Justicia contencioso-administrativa, la creación de los órganos unipersonales, desoyendo críticas de algunos sectores de la doctrina, judicatura y abogacía, y con otras reformas procesales de menor importancia.

Deseamos sinceramente que tales medidas pongan fin o remedien la lamentable situación actual —proyección en este ámbito de la grave crisis de la sociedad— y que su aplicación ponga de manifiesto que estamos equivocados los que desconfiamos de ellas. Esperemos que los procesos se decidan con la rapidez que exige la norma constitucional, por jueces no improvisados, que unan a su independencia la madurez y preparación imprescindibles para enjuiciar la actuación de unas Administraciones cada vez más complejas y arbitrarias.