

TRIBUNA SOBRE
LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

DIRIGIDA POR:
EXCMO. SR. D. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

REAL ACADEMIA DE
CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS



UNAS palabras breves de bienvenida a esta Tribuna que se celebra en el edificio civil más antiguo de Madrid, que cobija la Real Academia Española de Ciencias Morales y Políticas constituida en la fecha lejana de 1857.

Estas palabras de bienvenida quieren servir de agradecimiento a quienes son intérpretes de este curso. Un curso inspirado, programado y organizado por nuestro académico don Jesús González Pérez y al cual han prestado su colaboración personalidades destacadas de la Magistratura y personalidades, también destacadas, del mundo académico, tanto en el sentido universitario como en el sentido de las Reales Academias. Creo que hemos compuesto un conjunto de colaboraciones difíciles de reunir. Que se deben a la generosidad con que han correspondido a nuestra petición quienes componen el programa del curso.

Su propósito como ustedes conocen y el programa detalla, es instrumental: servir fundamentalmente en un momento muy importante, para el cambio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para aportar aquellas ideas que personas competentes pueden realmente realizar con el fin de mejorar los proyectos. Estamos a tiempo de tener una posibilidad de intervenir dentro de una legislación programada del cambio de una Jurisdicción que según todos los especialistas necesita una reforma.

También quiero agradecer al Consejo General del Poder Judicial su colaboración, pues como el programa indica el curso se ha organizado con la cooperación estrecha tanto de la propia Academia como del Consejo General del Poder Judicial cuya presencia en este acto realmente obliga a agradecer el que haya distraído su tiempo de otras tareas más importantes para tratar de manifestar con su presencia el interés del propio curso.

Mi agradecimiento también a tres Fundaciones que protegen y amparan económicamente las tareas de la Real Academia y que nos permiten estas excursiones en mundos que realmente serían imposibles si no contásemos con el apoyo financiero y la asistencia respecto de la selección de los temas que deben inspirar el quehacer Académico: me refiero, concretamente, a la Fundación Ramón Areces, la Fundación BBV y a la Fundación de Caja de Madrid, que han secundado con su generoso esfuerzo las actividades de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Por último repetir una vez más que de esta manera, la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas pretende cumplir los objetivos fundacionales, definidos en sus viejos y vigentes Estatutos del 30 de septiembre de 1857: «Ilustrar las cuestiones de mayor importancia y actualidad, trascendencia y aplicación, según los tiempos y circunstancias».

ENRIQUE FUENTES QUINTANA

PRESIDENTE DE LA

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

INTRODUCCIÓN

La Justicia española —y en especial la Justicia administrativa— ha llegado a una situación insostenible. Si en todos los órdenes jurisdiccionales los tiempos de duración de los procesos exceden con mucho lo que el principio de la tutela judicial efectiva impone, en el contencioso-administrativo batien todos los récords, como constataba el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en el Discurso pronunciado en el acto inaugural del presente año judicial, al referirse al sombrío panorama que ofrece la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Aunque la lentitud es, sin duda, el más grave de los defectos de que adolece la Justicia administrativa, existen otros, determinantes asimismo de que el ciudadano español se encuentre sin una protección jurisdiccional eficaz frente a las arbitrariedades de unas Administraciones públicas casa día más gravosas.

La reforma de la legislación procesal administrativa constituye, por tanto, una necesidad ineludible, al margen de la profunda innovación en nuestro Ordenamiento jurídico que supuso la entrada en vigor de la Constitución de 1978. No obstante, fue a raíz de ésta, cuando se inició la elaboración de anteproyectos que fueron: primero, de reforma de la Ley vigente de 1956, como el que se redactó en el seno de la Comisión General de Codificación, por la que se constituyó por Magistrados especializados en Derecho administrativo y Catedráticos de Derecho administrativo; más tarde, por anteproyectos de nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

A medida que se sucedían los Gobiernos y los Ministros de Justicia, se fueron elaborando sucesivos anteproyectos, de los cuales sólo

uno llegó a ser proyecto de Ley y tener entrada en las Cortes, aunque por la disolución de éstas, no llegó a obtener la sanción legislativa, circunstancia ésta que no fue ciertamente lamentada por la doctrina, con la esperanza de que, al abordarse de nuevo, se reconsiderase enteramente aquel proyecto antes de remitirlo a las Cámaras.

Antes de someter a la aprobación del Gobierno el nuevo anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia, ha estimado conveniente la colaboración de las instancias corporativas y asociativas de cuantos coadyuvan a la Administración de Justicia, así como la de profesionales destacados y de cuantos puedan aportar sugerencias que contribuyan a que la reforma haga que la Justicia contencioso-administrativa sea mejor, más eficaz y más humana.

A esta idea responde la organización de este curso sobre la reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa por el Consejo General del Poder Judicial en colaboración con la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en el que durante unos días, Magistrados que ejercen sus funciones en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y Catedráticos de Derecho administrativo que unen a su condición universitaria su experiencia profesional como abogados en ejercicio, harán un examen exhaustivo de la regulación contenida en el anteproyecto, aportando las sugerencias que estimen oportunas, que, sin duda, serán tenidas en cuenta antes de someterse a la consideración del Consejo de Ministros.

De esta manera las Conferencias que se reproducen a continuación pueden constituir una importantísima contribución a las tareas legislativas, precisamente de una Ley que tanto significa en la estructura de un eficaz sistema de garantías del ciudadano.

PRESENTACIÓN DEL CURSO

EXCMO. SR. D. JAVIER DELGADO BARRIO

*Presidente del Tribunal Supremo
y del Consejo General del Poder Judicial**

Tengo que agradecer, ante todo, a esta Real Academia de Ciencias Morales y Políticas la organización de este curso sobre un tema trascendental para el Estado de Derecho y, además, de plena actualidad.

Aunque muy brevemente, puesto que ustedes esta tarde no han venido a oírme a mí, quiero poner de relieve el empeño de esta Real Academia en tener una presencia social, una actuación en beneficio de una sociedad que está esperando en estos momentos una solución para el problema del proceso contencioso administrativo. Presencia social de la Academia que muy pronto se va a ver fortalecida por otros cauces puramente procesales. Según tengo entendido, el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil que actualmente está elaborando el Ministerio de Justicia y que muy pronto se va a repartir, ante todo, en los Departamentos de Derecho Procesal y en otras instancias relacionadas con el mundo del Derecho, mantiene un recurso de casación en interés de la Ley para cuya interposición se va a otorgar legitimación activa, entre otras, a la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Con ello se pretende, sin duda, aprovechar el caudal de reflexión que tan seriamente puede producirse en esta casa.

Y esta presencia social, decía que se refería hoy, esta tarde, a un tema trascendental para el Estado de Derecho y de plena actualidad. Trascendental para el Estado de Derecho pues nuestra Constitución ha tenido una preocupación obsesiva por hacer ostensible su desig-

* Lunes, 7 de abril. Transcripción de la intervención oral que se reproduce en sus propios términos.

nio de trazar, de dibujar, un Estado de Derecho. Ese Estado de Derecho aparece en el preámbulo de la Constitución, aparece en su artículo 1.º *nominatim* y, después, a lo largo de distintos preceptos que expresan su contenido y en la mención expresa del principio de legalidad.

Ese Estado de Derecho tiene como cauce fundamental, no exclusivo, para su realización el del proceso contencioso administrativo. Ciertamente, podría entenderse que el derecho a la tutela judicial efectiva, que aparece en el artículo 24.1 de la Constitución, resulta bastante para amparar, para proteger al ciudadano en sus derechos e intereses legítimos cuando considere que han sido indebidamente menoscabados por la Administración. Podría bastar con esa mención del artículo 24.1, con esa tutela judicial de los derechos e intereses legítimos, pero a la Constitución no le ha parecido bastante recoger ese derecho a la tutela judicial efectiva, sino que ha creído necesario reiterar lo que establece el artículo 24 en su artículo 106, al señalar que corresponde a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa.

Aquello que desde el punto de vista del artículo 24 era la tutela de los derechos e intereses legítimos del ciudadano, es, desde el punto de vista del artículo 106 de la Constitución, un tema de interés público porque el Estado, con su división de poderes, está profundamente interesado, la Constitución está profundamente interesada, también desde el punto de vista del interés público, en que la Administración actúe con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Ciertamente, el artículo 106 de la Constitución confía a los Tribunales globalmente el control de la actuación administrativa, no sólo a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puesto que la Administración puede actuar con sometimiento a otros ordenamientos jurídicos, pero, sin duda, el más importante es el de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y este control jurisdiccional se lleva a cabo por la Jurisdicción Contencioso Administrativa precisamente por el cauce procesal que traza, hoy todavía, la Ley del 56 a la cual quiero rendir hoy, una vez más, homenaje. Es una ley magnífica, elaborada por dos grandes juristas, uno de los cuales está en este momento sentado en esta mesa, que produjo importantes resultados. Permitió una preconquista del Estado de Derecho antes de la Constitución. Hizo posible un importante acercamiento al Estado de Derecho, todo ello favorecido, además, como comentábamos hace unos momentos, por una doctrina que, nacida en el año 1950, con la Revista de Administración Pública, llevó a cabo una profunda transformación, quizás un nuevo nacimiento de

nuestro Derecho Administrativo. Fue la generación de la RAP, la que en realidad hizo posible esta Ley, e hizo también posible la jurisprudencia nacida a su amparo por obra de la nueva Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, pues, ese control de la Administración Pública se desarrolla precisamente, en lo fundamental, por el cauce procesal que trazaba esta Ley que ahora se trata de modificar. Estamos, por consiguiente, ante una cuestión trascendental para el Estado de Derecho y de gran actualidad.

De actualidad, porque está en trámite el anteproyecto de reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Pero, además, y sobre todo, de dura, de muy dura actualidad, porque ocurre que la Jurisdicción Contencioso Administrativa atraviesa un momento que yo no dudo en calificar de catastrófico.

Nosotros empezábamos el año 1996 con 244.000 recursos contencioso administrativos pendientes. Durante ese 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 casi con 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 insig-nes 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 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 sus-

ceptible 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, aun admitiéndolos, hay que tener en cuenta que 114 Juzgados de lo Contencioso Administrativo 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 estos 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.

En estos términos, pues, me parece que la solución es insuficiente y yo espero que las reflexiones que se produzcan en este importante curso, iluminen las que, sin duda, un proyecto tan decisivo como éste ha de provocar en el trámite parlamentario, y que todas ellas acierten a buscar otras medidas que contribuyan a la mejora de este proyecto, cuyos aspectos encomiables son evidentes y que, en definitiva, aspira a una mejor realización de la tutela judicial efectiva, esto es, a una mejor realización del control jurisdiccional de la Administración Pública. En suma, a una mayor efectividad del Estado de Derecho.

PRESENTACIÓN DEL CURSO

Estado de Derecho que, traza la Constitución, y lo traza con acierto, pero que es una conquista diaria. Está en la Constitución, pero hay que hacerlo vivo cada día en nuestra vida ordinaria, y la vida ordinaria de los Tribunales es la aplicación de nuestro Derecho Administrativo en nuestra Jurisdicción Contenciosa a través del cauce que va a marcar esta Ley. Espero que estas reflexiones arrojen alguna importante luz que sirva para mejorar esta Ley, para mejor realización del Estado de Derecho.

ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y SISTEMA DE RECURSOS

EXCMO. SR. D. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA*

*Catedrático de Derecho Administrativo
y Académico de Número de la Real Academia Española*

En esta revisión colectiva de los principales problemas que plantea la Reforma de la Jurisdicción Administrativa yo coincido totalmente con las lúcidas y valientes palabras del Presidente del Tribunal Supremo, que no en vano ha sido gran Magistrado especialista en esta jurisdicción.

Me corresponde tratar dos temas, la parte orgánica de planta judicial del Proyecto de Ley, en este momento Anteproyecto de Ley, en relación con la situación existente, y el sistema de recursos contra las sentencias.

La parte orgánica comprende dos novedades si partimos de lo que fue proyecto Belloch y de lo conocido en este momento del Anteproyecto actual, todavía en fase de informes del Consejo General del Poder Judicial, que ya lo ha emitido, por cierto, y del Consejo de Estado donde se encuentra actualmente. Concretamente, esas dos novedades son: la creación de los Juzgados de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo y el problema de la competencia, de la Audiencia Nacional. Voy a tocar sucesivamente estas dos cuestiones y terminaré la parte orgánica, por fuerza muy esquemática, tocando un problema no referido ni en el Proyecto Belloch ni en el Anteproyecto en marcha actualmente, pero que considero de una extraordinaria trascendencia práctica, que es el problema de los Magistrados suplentes.

En favor de la creación de los Juzgados de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo se arguyen dos motivos concretos: por una parte, se trata de hacer efectiva una previsión que se encuentra ya

* Lunes, 7 de abril.

hace once años en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985; en segundo lugar, se trataría de una fórmula que se entiende que descongestionaría los Tribunales Superiores de Justicia de una manera relevante. Yo no tengo inconveniente en manifestar mi oposición completa a esta idea y me satisface extraordinariamente las palabras del Presidente del Tribunal Supremo, a cuyo lado es una tranquilidad estar.

El primer argumento, el de que no se trata más que de llevar a término una previsión ya definida en una Ley Orgánica hace más de diez años, no me parece un argumento concluyente; más bien lo contrario: si han pasado más de diez años sin que se halla llevado a término, ello es porque se ha estimado que el Juez unipersonal no cuadra en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Puede invocarse aquí un precedente que me parece especialmente espectacular. La vieja Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Montero Ríos, que se llamó Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial y que por ser provisional vivió 103 años de 1870 a 1973, al trazar la planta judicial preveía en materia civil los Tribunales de partido, y esta previsión no fue nunca derogada. Preveía los Jueces unipersonales de instrucción pero en materia civil preveía los Tribunales de Partido. 103 años de vigencia de esta Ley no bastaron para entender que lo que había sido, sin duda, una iniciativa animada de la mejor intención pero, con toda seguridad, no acertada, debiera realizarse. Se ofrece un ejemplo que me parece bastante expresivo de la necesidad de no fiarse demasiado a la hora de la organización de lo que en un plano abstracto han establecido las respectivas Leyes Orgánicas.

El segundo argumento, el de que los Juzgados unipersonales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa servirían para descongestionar el atasco considerable que hoy sufren las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, lo ha contestado perfectamente el Presidente del Tribunal Supremo, que repito tiene una enorme experiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que para mí es una tranquilidad ponerme sencillamente a su rueda. Yo participo absolutamente de la misma convicción. Si se mantiene todo el procedimiento ordinario, que es lo que hacía el Proyecto de Ley Belloch y el Anteproyecto actual en cuanto es conocido y resulta que es todos y cada uno de los pequeños asuntos que se quieren confiar a estos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo han de tramitarse por el proceso formal hoy existente, la ganancia será mínima.

Por otra parte, la apelación, como también ha dicho el Presidente del Tribunal Supremo, devuelve una buena parte de los asuntos conocidos por los Juzgados a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores a las que se quiere descongestionar.

Me parece mucho más simple, más expeditivo y bastante más económico la fórmula que ha sugerido el Presidente del Tribunal Supremo, la de ampliar el número de Magistrados de las actuales Salas de lo Contencioso-Administrativo y acompañar esta ampliación, mucho más económica, que no rompe además el principio de colegialidad que es sustancial, luego lo veremos en materia Contencioso-Administrativo; acompañar esta adición de Magistrados, con una corrección del sistema procesal siguiendo una fórmula más o menos parecida a la que en septiembre del año pasado propuso el Seminario de la Magdalena en la Universidad Menéndez y Pelayo de Santander, fórmula a la que luego aludiré.

Antes de entrar en ello, diremos que el órgano unipersonal es incompatible, a mi juicio, con la sustancia misma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en todo el mundo civilizado. Con las excepciones a que inmediatamente aludiré, la regla de la colegialidad es general y es absolutamente imprescindible para evitar peligrosísimas personalizaciones de la Justicia Contencioso-Administrativa, de la que felizmente la experiencia de esta Jurisdicción ha sabido huir de una manera sumamente efectiva. Pero por otra parte la colegialidad es imprescindible si se ha de mantener el criterio básico de la Ley de 1956, que fue una de las grandes aportaciones de esta benemérita Ley, la especialización de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo sólo en el seno de un órgano judicial plural, colegial es posible. Como quiere la Ley que haya por lo menos un tercio de Magistrados especializados, naturalmente esto se rompe si la facultad de juzgar se atribuye a Jueces unipersonales. Si se mantuviese la misma proporción del tercio habrá un tercio de Jueces unipersonales que estén especializados y dos tercios que no lo estén, lo cual es absolutamente inadmisibile. A esto se ha respondido diciendo que habría que procurar nutrir esas plazas de los Jueces unipersonales con un sistema en que todos resultaran especializados, pero esto es un pío deseo irrealizable, que además obligaría a realizar una reforma de todo el sistema de provisión de plazas judiciales, puesto que es evidente que las plazas de los Juzgados unipersonales serían accesibles a todos los Magistrados y no exclusivamente a éstos de una especie de especialización secundaria.

A la fórmula de los Juzgados unipersonales me parece absolutamente superior la fórmula de los Magistrados delegados de la Sala, que fue la fórmula propuesta por el seminario de Santander, debo decir que no siguiendo ninguna opinión más o menos autorizada, sino que fue una posición que se gestó colegiadamente, colectivamente en aquel seminario en que estaban presentes treinta Magistrados de lo Cont-

cioso-Administrativo y más de 150 juristas de distintas especialidades. Los Magistrados delegados es una fórmula que ha aparecido precisa y recientemente en la organización de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Francia y en Alemania. Y es una fórmula que permite articular la ventaja de una posible resolución rápida con la colegialidad que en último extremo subsiste a través del control último, que no naturalmente en el acto de la sentencia, que es completamente independiente, pero sí en cuanto a los criterios generales que se pueda manejar; estos Jueces, estos Magistrados delegados pueden realizar. Concretamente en ese seminario se propuso que esta figura fuese acompañada por la creación de un procedimiento especial en el que, a juicio de las Salas, se determinase que los asuntos banales, repetitivos, etcétera, pudiesen ser ventilados en juicios verbales sumarios, de tal manera que, por ejemplo, multas de tráfico se pueden resolver en una mañana cuarenta, sino ochenta, y no seguir todo un sistema procesal pensado para situaciones un poco más complejas, o asuntos repetitivos de los cuales hay tantos en las Secretarías, en los Registros de los Tribunales Superiores de Justicia. Pongo por ejemplo, una liquidación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos, el antiguo arbitrio de plusvalía; cuando se pone en marcha un nuevo edificio y mucho más una colonia, se hacen las liquidaciones del impuesto sobre el valor de los terrenos y normalmente recurren una buena parte de los nuevos propietarios; en realidad todos están recurriendo lo mismo, que es el valor del suelo, que es el mismo si yo soy propietario del primero que del quinto, que del octavo. Todo eso se puede sustanciar muy rápidamente por la fórmula de los Magistrados delegados y por la adopción resuelta de la técnica del juicio verbal, que es una técnica que hay que decir que se ha prestigiado por su espectacular éxito en la jurisdicción que quizá más asuntos despacha, cuantitativamente, que es la jurisdicción social. La jurisdicción social que es la que tiene el número de asuntos más importante, y con un número de Magistrados no mayor que la contencioso-administrativa, sin embargo es la que lleva los asuntos más al día. ¿Por qué? Precisamente por el manejo resuelto del juicio verbal, que permite una actuación desenvuelta de estos Magistrados. Como abogado rarísima vez he acudido a un Juzgado de lo Social, antiguas Magistraturas de Trabajo, pero es un gozo realmente ver que en una mañana un Magistrado pone a veces 20 Sentencias y además las proclama en el mismo acto en que termina el juicio verbal. Esto me parece que es absolutamente más eficaz, que puede significar un esfuerzo efectivo para absorber esas enormes masas de recursos que duermen en las Secretarías de nuestras Salas y mucho más ortodoxo con

los principios de la Jurisdicción. Me remito de nuevo a la alusión tan explícita que ha hecho el Presidente del Tribunal Supremo, porque es una opinión verdaderamente autorizada.

En cuanto al tema de la Audiencia Nacional, en el Proyecto Belloch se incrementaba notablemente la competencia de este órgano, lo cual es paradójico porque era entonces, no sé las estadísticas actuales, el órgano con un retraso acumulado más fuerte. En la Ley Orgánica del Poder Judicial, se le asignan los recursos contra los actos de los Ministros y de los Secretarios de Estado, pero hay determinaciones de Leyes no Orgánicas que sorprendentemente se han aceptado, que puedan alterar la Ley Orgánica del Poder Judicial, como son la Ley de Procedimiento Económico Administrativo, que ha metido también como una competencia la de los recursos contra las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central, y la Ley de Defensa de la Competencia, recursos contra Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. Yo creo que realmente hay que pensar en descongestionar este órgano, no en recargarle, y por de pronto, a mi juicio, la jurisdicción las resoluciones de la llamada Jurisdicción Económico Administrativa, que no es tal jurisdicción sino una vía administrativa previa, no hay ninguna razón para residenciarlas más que el prestigio de los vocales de este Tribunal de considerarse con el máximo rango; lo mismo vale para el Tribunal de Defensa de la Competencia, que no hay ninguna razón para que tengan que ser atribuidos a la Audiencia Nacional. En este momento me parece que salvo señalar esta directiva que no sólo no procede aumentar la competencia ya existente a la Audiencia Nacional sino descargarla resueltamente, hay que decir que la Audiencia Nacional como órgano no tiene tampoco paralelo en otros sistemas Contenciosos-Administrativos. Me parece que es una línea que hay que seguir.

Finalmente, para acabar con el tema de la parte orgánica haré una pequeña alusión a los Magistrados suplentes, comprendo que éste no es un tema exclusivamente de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino que es un tema general, propio de Ley Orgánica del Poder Judicial, pero ocurre que en la Jurisdicción del Contencioso-Administrativo este tema sí afecta directamente a su sustancia misma. Se ha hecho normal el que entren como Magistrados suplentes funcionarios en el momento de su jubilación y funcionarios que plantean ante los ciudadanos un cierto temor, pues los han tenido durante toda su vida enfrente, inspectores de Hacienda, abogados del Estado, etc., que se cambian la caperuza y a partir de ese momento, en vez de ser duros gestores de parte, pasan a intentar administrar una justicia objetiva.

Naturalmente, no tengo nada que decir contra la independencia personal de la inmensa mayoría de estos jueces suplentes, pero sí recordar que según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, la independencia no debe ser sólo la esencia de la Jurisdicción Judicial sino que este valor de la independencia debe ser aparente y no sólo efectivo en la conciencia de cada juzgador, de modo que inspire una resuelta confianza en los justiciables antes que una pura eficacia resolutive. Entiendo que sobre este punto también las propuestas del seminario de la Magdalena de septiembre pasado deberían ser atendidos.

Y termino porque tendría que hablar a continuación de los Recursos. Yo querría hablar contra el Recurso de Casación, que fue una nefasta novedad, a mi juicio, de la Reforma de 1992 y en favor del Recurso de Apelación. Debo decir que el que gestionó la Reforma de 1992 Antonio Nabal, un gran Magistrado, ha dicho, y ahora va a publicarlo en un artículo, que el gran error de esa reforma fue haber sustituido la apelación por la casación, lo cual es una opinión que me parece de peso porque es el autor mismo de la Reforma. Pero en fin, sobre esto, la necesidad de un retorno a la apelación que permite un control mucho más efectivo conforme a los valores del artículo 24 de la Constitución y al restablecimiento de la segunda Instancia, que no hay ninguna razón para eliminar en esta orden jurisdiccional, he visto en el programa que hay, el próximo día, un ponente que va hablar específicamente de este tema. Y por consiguiente aquí termino mi intervención, agradeciéndoles a ustedes su atención.

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO POLÍTICO

EXCMO. SR. D. RAMÓN TRILLO TORRES*
Magistrado del Tribunal Supremo

La idea de que haya un control jurisdiccional de la actuación política del Gobierno, creo que no es algo que nazca —histórica y conceptualmente— como una noción aislada, fruto de una especie de «fiat lux» que iluminase la mente de un genio jurídico, sino que ha surgido con la naturalidad del normal orden de sucesión y maduración de las cosas, necesitando, para consolidarse, de un razonable margen de tiempo, que en ningún caso puede considerarse comparativamente excesivo, si pensamos que algo que hoy nos parece tan inexcusable como el hecho de que órganos jurisdiccionales inamovibles e independientes examinen con plenitud de jurisdicción las actuaciones administrativas del Poder Ejecutivo, necesitó, para su definitiva implantación, de casi un siglo de sutileza, ponderación, gradualismo y hasta una cierta capacidad de disimulo del Consejo de Estado francés, de modo que suavemente, sin aristas ni estridencias, evitando recelos del propio poder controlado, pero también con firmeza, quedase fijado el dogma de que el Estado de Derecho pasa necesariamente por la posibilidad de que los actos del poder público sean puestos en entredicho ante alguien con potestad para dejarlos sin efecto y restablecer la integridad de los intereses y derechos lesionados y que ese alguien tiene que ser un órgano con las notas definidoras de lo judicial, por lo que no puede extrañar que también llegaría el momento en que, inexorablemente, los Jueces tendrían que plantearse el problema del límite que para sus poderes de revisión representa la exención jurisdiccional definida por el concepto de acto político, habida cuenta de que si bien el poder que ejercen es

* Lunes, 7 de abril.

el que tiene las facultades más estrictamente delimitadas y regladas de los tres que componen la doctrina clásica de la división de poderes, tanto porque se expresa por la vía de unos procesos fuertemente institucionalizados, como porque las alternativas sobre la resolución de fondo vienen también notablemente predeterminadas por la Ley, sin embargo no por eso la magistratura resulta totalmente inmune a la tendencia expansiva predicable de cualquier Poder, aunque en ella particularmente embridada por las circunstancias mencionadas.

Son dos, a mi entender, los elementos que han determinado la clara tendencia actual a no detenerse en los límites de la tradicional exención jurisdiccional de la actividad política del poder ejecutivo: primero, el perfeccionamiento de las técnicas jurídicas de control, que permiten a los juristas penetrar con mejor intensidad y hondura en la esencia jurídica de los conceptos legales e institucionales, sin padecer ni ellos ni la comunidad el vértigo del puro voluntarismo judicial; segundo, la llamada constitucional de la sociedad a los jueces para la solución de conflictos particulares a los que no aciertan a dar respuesta satisfactoria otras instancias de poder.

Estos dos elementos acreditan, a mi modo de ver, la sanidad sustancial del instinto judicial dirigido a aminorar las zonas de poder inmunes a su control, entendida aquella expresión en el sentido con que Ortega y Gasset consideró acreditada la buena fibra del instinto político del Marqués de Mirabeau, cuando después de constatar su turbulenta vida, llena de alborotos y desórdenes familiares, económicos y sentimentales, no dudó en arruinarse de nuevo para comprar la mejor biblioteca de Francia —que era la del naturalista Buffon— cuando se le presentó la ocasión de hacerlo.

De la misma forma, aunque con evidente menor plasticidad dramática, los jueces administrativos acreditan su buena fibra en la tendencia a revisar la actividad política del Gobierno, cuando las circunstancias jurídicas del caso y su función como poder del Estado les presente la oportunidad de hacerlo, y la doctrina aplicada al ordenamiento jurídico les facilite técnicamente los medios de operar, sujetándose con firmeza al principio de legalidad, iluminado por la Constitución.

Desde el punto de vista histórico, al tener el proyecto de Ley que constituye el punto de referencia de esta intervención la vocación de sustituir a esa verdadera gema de nuestro ordenamiento jurídico que es la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, serán ella y la Constitución vigente, de 1978, los hitos formales sobre los que expresaré algún apunte en torno a la evolución de las posturas jurisprudenciales sobre los llamados actos políticos del Gobierno.

La Ley, cuya Exposición de Motivos es, con la de Alonso Martínez a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una de las mejor escritas y más fecundas de la historia legislativa de España, hace en la propia Exposición una primera advertencia sobre los actos políticos: «no constituyen una especie de género de los actos administrativos discrecionales, caracterizados por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales».

Por otra parte, en el artículo 2-b) afirma que no corresponderán a la Jurisdicción Contencioso Administrativa «las cuestiones que se susciten en relación a los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar».

La primera de las declaraciones —la contenida en la Exposición de Motivos— va a mantenerse sustancialmente viva e influir en la elaboración postconstitucional sobre el control judicial de los actos del Gobierno.

En cuanto al mandato del artículo 2-b), será necesariamente, por imperativo legal, el pivote con el que girará una jurisprudencia que, aunque con evidentes altibajos, dejará señalado un vector, cuya dirección y sentido final serán los de estrechar en lo posible el ámbito de la exención por acto político.

De este modo, y en cuanto al requisito subjetivo de que los actos políticos, para calificarse como tales, procedieran del Gobierno, hubo sentencias como, entre otras, una de 10 de octubre de 1959, que calificaba como materia política —ignorando este matiz subjetivo— un recurso contra una Orden del Ministerio del Aire por la que se convocaba el Curso de Estado Mayor; u otra de 10 de febrero de 1960, que inadmitió igualmente un recurso interpuesto contra una Orden del Ministerio de Trabajo que dispuso la disolución del Patronato de una Universidad Laboral.

La recepción definitiva del nuevo planteamiento legal puede decirse que comienza con la sentencia de 10 de febrero de 1962, en la que se señala con rotundidad que el artículo 2-b) configura los actos políticos no sólo por la materia, sino también por la jerarquía del Órgano, «pues éste ha de ser precisamente el Consejo de Ministros». Aun con alguna vuelta atrás posterior, la nueva línea jurisprudencial se impone rápidamente hasta quedar consolidada.

En cuanto al llamado requisito objetivo de los actos políticos, también en este tema hubo alguna vacilación jurisprudencial antes de que prendiera la reforma legal. Es el caso, por ejemplo, de la ya citada sen-

tencia de 10 de febrero de 1960, en la que una Orden del Ministerio de Trabajo sobre disolución del Patronato de una Universidad laboral fue calificada como acto político por constituir manifestación de la política docente-laboral del Estado.

Este criterio fue enseguida abandonado, sobre todo a raíz de la capital sentencia de 2 de octubre de 1964, dictada en relación con la impugnación de una Orden del Ministerio de Agricultura que había denegado la modificación del precio fijado para la remolacha en la campaña azucarera. La sentencia rechazó la alegación de inadmisibilidad formulada por el Abogado del Estado, considerando que tal interpretación llevaría a vaciar casi por completo la jurisdicción contencioso-administrativa, pues si así se entendiera, habría que cerrar el acceso a la impugnación judicial de todas las impugnaciones de actos relativos o encuadrables en una llamada política económica, política agrícola, política docente, o expresiones semejantes, desconociendo una de las notas esenciales de un Estado de Derecho.

La nueva delimitación de la figura de los actos políticos se basó sobre todo en la distinción, apuntada en la exposición de motivos de la Ley de 1956, entre función política y función administrativa del Gobierno. Ya en una sentencia de 18 de diciembre de 1963 se reproducía expresamente el párrafo antedicho de la exposición de motivos y las sentencias coetáneas y posteriores trataron de realzar esa delimitación.

En este proceso de delimitación, se resaltó, en primer lugar, que la enumeración de materias del artículo 2-b) es meramente ejemplificativa, y por otro lado que el hecho de que un acto se incluya dentro de aquellas materias no presupone su calificación como político, pues es necesario que se trate de asuntos verdaderamente trascendentes dentro del ámbito general. Por otra parte, se insiste en que la potestad reglamentaria es ajena al concepto de acto político. Y en alguna sentencia aislada se apuntó la posibilidad de que incluso en los actos calificados como políticos pudiera haber un control jurisdiccional de aspectos procedimentales (sentencia de 26 de diciembre de 1959).

La posición jurisprudencial, a la luz de la Constitución de 1978, ha variado sus planteamientos, al contemplar el panorama del control jurisdiccional de la llamada actividad política del Gobierno.

Quizá sea éste el momento de hacer una pequeña digresión sobre la posición constitucional del Juez en el sistema y, especialmente, sobre su actitud ante cuestiones o conflictos, cuyo reflejo político se manifiesta con una cierta claridad.

En este sentido, siendo sustancialmente el mismo el bagaje ofrecido por la doctrina para penetrar en el examen de los conceptos e insti-

tuciones jurídicas, se ofrece un contraste notable entre la posición adoptada por el Tribunal Supremo en varias sentencias del año 1977, relativas a la legalización de las entonces llamadas asociaciones políticas, y la que ahora está adoptando, respecto a litigios cuya dimensión política resulta indudable.

Aparte de la valoración que pueda hacerse de las razones técnico jurídicas que se dieron en aquellas sentencias para inhibirse del conocimiento de los asuntos que se sometían a la Sala 4.^a (pronunciarse sobre si los Estatutos de la asociación política contenían ilicitud penal), ciertamente hoy en día, ante un tema de análoga envergadura, me parece casi seguro que, con similares fundamentos legales de competencia, ésta hubiera sido asumida plenamente por el Tribunal Supremo.

Lo que en realidad creo que ha acontecido es que está en proceso de maduración la superación de la tradicional distinción ontológica entre función política y función administrativa del Gobierno, para pasar a primer plano la idea de coaccionar por vía judicial, en lo jurídicamente posible, la realidad efectiva del principio de legalidad, cualquiera que sea la naturaleza objetiva del acto realizado por el Gobierno (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1994).

No obstante, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, siguen, por supuesto, manteniendo con rigor la existencia de una actividad de dirección política del Gobierno (artículo 97 de la Constitución), como serían, en todo caso, las decisiones sobre relaciones con otros órganos constitucionales, la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley o las resoluciones del Gobierno que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde al Gobierno, que serían las característicamente políticas, salvo que estén mediatizadas porque la prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto en las leyes, en cuyo caso el control jurisdiccional sería incuestionable.

Esta aminoración de la importancia de la distinción entre la actividad política y la actividad administrativa del Gobierno, cuando se trata de controlar la legalidad de su actuación, aparece claramente manifestada en una sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994: Se dice en ella que «La clara posición jurisprudencial que hemos descrito sobre la admisión de una actividad política del Gobierno se oscurece y origina los auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento, que presionan a favor de su restricción y cuyo sistemático acoplamiento obligará con frecuencia a acudir a la sensibilidad jurídica casuística propia del ejer-

cicio de la función judicial para alcanzar un pronunciamiento individualizado que dé solución satisfactoria al concreto conflicto al que sea preciso dar una respuesta en Derecho.

Entre estos principios y normas nos encontramos, en primer lugar, con que la Constitución ha aportado un trascendente elemento innovador con respecto al régimen jurídico existente con anterioridad, cual es el precepto contenido en el artículo 24-1, en el que se consagra el derecho fundamental de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva, derecho que ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad. Ha sido la influencia de este precepto constitucional la que explica que la jurisprudencia que hemos reseñado haya abandonado la cita del artículo 2-b) de la Ley de la Jurisdicción, como si en él permaneciese latente el sentido elusivo de la Administración frente al control jurisdiccional de determinadas actuaciones de naturaleza plenamente administrativa, a pesar de las restricciones que el Tribunal Supremo había impuesto a la noción de acto político y que por eso el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia de 15 de marzo de 1990, haya destacado expresamente que el Tribunal Supremo no hubiese inadmitido un recurso “por considerarlo dirigido contra un acto (presunto) de carácter político, de aquéllos a que alude el artículo 2-b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que en ningún momento se menciona en la sentencia, sino por entender que se dirigía contra una actuación (u omisión) no sujeta al Derecho Administrativo y, por ende, insusceptible de control en esa vía judicial, conforme al artículo 106-1 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

Otro mandato constitucional que no podemos dejar de tener presente es el del artículo noveno de la Norma Suprema, cuando nos dice que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que la Constitución garantiza el principio de legalidad. La unión de estos preceptos con el derecho fundamental reconocido en el artículo 24-1 nos lleva a apreciar la dificultad de principio de negar la tutela judicial, cuando alguna persona legitimada la solicite, alegando una actuación ilegal del poder ejecutivo.

Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política

o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24-1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión.»

En cuanto al tema que nos ocupa, al menos son dos las enseñanzas de esta sentencia. La primera, que en cada caso habrá de esclarecerse la aptitud jurisdiccional para la captación de los conceptos legales que puedan servir de medio de control, con indiferencia de la naturaleza objetiva del acto. La segunda, que esta aptitud dependerá en gran medida de que las técnicas ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia hagan judicialmente asequibles dichos conceptos.

En este sentido, aparte de la interdicción de la arbitrariedad, proclamada por el artículo noveno de la Constitución, será la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados la que permita alcanzar cotas de auténtico despegue en la justiciabilidad de la actividad política del Gobierno, al suponer un control de elementos reglados.

Recientemente, en tres sentencias fechadas el 4 de abril de 1997, todavía no notificadas, se ha controlado una actividad que las propias sentencias reconocen que es política y consistente en la negativa gubernamental a desclasificar unos documentos clasificados como secretos, acudiendo a la comparación entre un concepto jurídico indeterminado —la defensa y seguridad del Estado— y un derecho fundamental muy elaborado doctrinal y jurisprudencialmente —el derecho a la tutela judicial efectiva— para ponderar cuál de ambos intereses jurídicos, inicialmente incompatibles, según el planteamiento de los tres procesos, debía prevalecer en cada caso.

El texto del Proyecto somete a la jurisdicción contencioso-administrativa «la protección de los derechos fundamentales, el control de los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos». A mi modo de ver, su línea es acorde con lo insinuado por la jurisprudencia, con el respaldo de la Constitución. Por eso concluyo deseando que el efecto de su eventual futura vigencia sea el deseado por San Agustín, cuando consiguió que el Papa condenase las tesis de Pelagio: «Roma locuta, causa finita».

LAS PARTES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

EXCMO. SR. D. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ*

*Catedrático de Derecho Administrativo y
Académico de la Real Academia de
Ciencias Morales y Políticas*

Sumario

- I. Introducción.
- II. Partes principales y accesorias en el proceso. La supervivencia del coadyuvante.
 - 1. La simplificación de los sujetos del proceso administrativo.
 - 2. Fundamento de la eliminación del coadyuvante en el proceso administrativo.
 - 3. El problema de la intervención de terceros en el proceso.
 - a) Demandante y demandado en el proceso administrativo.
 - b) Intervención de terceros.
 - 4. Posición procesal de los intervinientes.
 - a) Intervención principal y accesoria.
 - b) Intervención al lado del demandante.
 - a') Supuesto de que el objeto del proceso sea el reconocimiento de una situación jurídica subjetiva.
 - a'') Que el acto administrativo frente al que se incoa el proceso, se refiriese concretamente a la situación del demandante.
 - b'') Que el acto frente al que se incoa el proceso se refiriera a varios sujetos en idéntica situación.
 - b') Supuesto de que el objeto del proceso fuese la anulación de un acto que impone una obligación, carga o cualquier tipo de prestación.

* Martes, 8 de abril.

- c') Supuesto de que el objeto del proceso no fuese el reconocimiento de una situación jurídica individualizada.
 - d') Conclusión.
- c) Intervención al lado del demandado.
 - a') Intervención en el proceso de coadyuvantes del demandado.
 - b') El interesado en el mantenimiento del acto.
- 5. Régimen jurídico.
- III. Capacidad procesal.
 - 1. La capacidad procesal del menor de edad.
 - 2. El problema de la capacidad del menor
- IV. Legitimación.
 - 1. Legitimación e interés legítimo.
 - 2. Legitimación activa.
 - 3. Legitimación pasiva.
- V. Representación y defensa de las partes.
 - 1. Regulación en el anteproyecto.
 - 2. Regla general.
 - 3. Regla especial.
- VI. El Ministerio Fiscal.
 - 1. El Ministerio Fiscal en el proceso administrativo.
 - 2. El Ministerio Fiscal en el anteproyecto.
 - 3. Conclusión.

Enmiendas que se proponen al Texto del Anteproyecto.

I. Introducción

En la evolución del contencioso-administrativo ha llegado un momento en que sabemos perfectamente las condiciones que han de darse en un Ordenamiento procesal administrativo para que cumpla las exigencias del principio de tutela judicial efectiva y, consiguientemente, las reformas que han de introducirse en una concreta legislación administrativa para que quede garantizada la plena sumisión de las Administraciones públicas a la Ley y al Derecho.

De aquí la sensación de inutilidad que se tiene, a veces, al abordar cualquiera de los temas de la Justicia administrativa. Nos invade la impresión de que todo está dicho, de que no se dice nada nuevo y se están repitiendo ideas conocidas por todos.

Otra cosa es en qué medida el Poder público quiere dejarse controlar. Y la forma en que los técnicos quieren plasmar en normas jurídicas aquellos elementales principios.

Parece evidente que, al abordarse el tema de la reforma, el Gobierno está decidido a llevar a sus últimas consecuencias el control jurisdiccional de las Administraciones públicas. En el anteproyecto últimamente elaborado, a diferencia de otros proyectos que le precedieron, no existe ningún intento encubierto de mantener o, más exactamente, de reinstaurar la inmunidad respecto de ciertos sectores de actividad gubernamental.

Los técnicos que han asumido la tarea de la reforma, sin embargo, no han estado a la altura de las circunstancias, quizás, porque hayan sido los mismos que elaboraron proyectos anteriores. Por un lado, se han olvidado de elementales exigencias de la técnica legislativa —el artículo 44.1, por ejemplo, es una muestra clara de lo que no debe ser una norma jurídica—. Por otro, en algunos aspectos, en vez de acercar el sistema contencioso-administrativo español al modelo ideal de Justicia administrativa, le han apartado de él.

Así ha ocurrido, en mi opinión, al eliminar de la regulación del proceso administrativo la intervención de terceros. Por esta razón, el breve examen que quiero hacer del título del anteproyecto dedicado a la regulación de las partes, me referiré en especial a él, sin perjuicio de que después haga unas precisiones sobre los requisitos procesales a ellas referentes: capacidad, legitimación y representación procesal. Para terminar con propuestas concretas sobre las modificaciones que creo debían hacerse al articulado del Título II del Anteproyecto.

II. Partes principales y accesorias en el proceso. La supervivencia del coadyuvante

1. LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS SUJETOS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

Uno de los más graves defectos de que adolece el nuevo anteproyecto, en que han incurrido todos los que le han precedido es, en mi opinión, la supresión de la figura del coadyuvante, admitiendo únicamente en el proceso administrativo dos partes: la demandante y la demandada.

Estoy convencido de que, en este punto, no me mueven razones sentimentales, al defender esta figura tradicional de nuestro contencioso-administrativo. Estoy convencido de que esta innovación supone alejar nuestro Ordenamiento procesal administrativo de las exigencias de la tutela jurisdiccional efectiva, al eliminar de él la reglamentación de la intervención de terceros en el proceso, que se echaba de menos en otros ámbito procesales.

Precisamente por ser tan firme esta convicción, me ha sorprendido que, a lo largo de los diversos anteproyectos de reforma que se han elaborado desde la Constitución de 1978 hasta el que ahora está en trance de convertirse en proyecto, en los que ha desaparecido el coadyuvante, no se haya levantado ninguna voz en su defensa y se haya estimado razonable la supresión en los informes de los organismos más cualificados, como el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado.

He llegado a dudar de la racionalidad de mi obstinación. Voy a permitirme, sin embargo, una vez más, luchar en su defensa. En la que estoy solo. Mejor dicho, ya no. Porque cuando, hace unos meses, en un curso organizado en la Universidad de Córdoba libraba una batalla más en esta línea, al acabar mi disertación, mi joven colega en aquella Universidad, Manuel Rebollo Puig, me dijo —y me pareció convencido—: «ya no está solo. Somos dos».

2. FUNDAMENTO DE LA ELIMINACIÓN DEL COADYUVANTE EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Al consagrar el artículo 24 de la Constitución, el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los *derechos e intereses legítimos*, un importante sector de la doctrina mantuvo

que ello suponía la desaparición en el proceso administrativo de la distinción entre parte principal y parte accesoría. Desde el momento en que se reconocía tutela jurisdiccional plena tanto a los derechos como a los intereses, se consideró que no tenía razón de ser que los titulares de éstos tuvieran una posición procesal de subordinación respecto de la de aquéllos, y, por tanto, que debía desaparecer la figura del coadyuvante, que había regulado la Ley de la Jurisdicción de 1956, rectificando una tradición legislativa que había incluido en tal figura tanto a quien, por ser titular de un derecho subjetivo, tenía en el proceso la consideración de parte principal, como al titular de un simple interés en el mantenimiento de la disposición o del acto frente al que se dirigía la pretensión que constituía el objeto del proceso. A partir de la Ley de 1956, al lado de la Administración autora del acto que motivaba el proceso los intervinientes tenían el carácter de demandados o de coadyuvantes, en función de la titularidad de un derecho o de un interés.

La corriente doctrinal que negaba razón de ser a la distinción, fue acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al plantearse la admisibilidad del recurso de apelación por el coadyuvante, llegando a estimar que el artículo 95.2, LJ había quedado derogado por el artículo 24 de la Constitución (así, Ss. 10 noviembre 1989 —Ar. 8182—; 24 diciembre 1990 —Ar. 10.186—; 16 marzo 1991 —Ar. 2001—; 12 noviembre 1991 —Ar. 8667—), apartándose de la del Tribunal Constitucional, que había declarado que el diferente régimen de legitimación para recurrir del coadyuvante no atentaba contra el derecho a la tutela judicial efectiva (v.gr. As. 461/1983, de 28 de septiembre; 576/1983, de 23 de noviembre; 170/1988, de 1 febrero). Y no puede olvidarse que, según el artículo 5.º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Tribunales «interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

No obstante, la tutela que la Constitución reconoce a derechos e intereses legítimos ha sido el fundamento que adujo el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anterior proyecto, y el que acabó por prevalecer.

Que la Constitución reconozca el derecho a obtener tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, no supone en modo alguno que cuando en un proceso concreto concurren titulares de unos y otros, siempre y en todo caso haya de dispensárseles un trato procesal idéntico, y carezca de sentido la distinción entre parte principal y accesoría. Y esto lo dejó muy claramente sentado el Tribunal Constitucional.

Para poner en evidencia de que esto es así y debe ser así, bastará acudir al supuesto en que se planteó la cuestión: el de la legitimación para interponer recurso de apelación. Y nada mejor que acudir a un ejemplo concreto. Pensemos en un proceso administrativo incoado frente a un acto administrativo que había reconocido un derecho subjetivo a establecer un centro docente en una determinada localidad, en que, al existir un titular del derecho es éste el demandado, y en el que han comparecido los padres de potenciales alumnos en defensa del interés a tener tal centro docente en las proximidades de su domicilio, proceso en el que se hubiere acordado la suspensión de ejecución del acto. La sentencia estima parcialmente el recurso y modifica el acto, imponiendo ciertas limitaciones. Supongamos que no recurre la Administración, y que el titular del derecho subjetivo derivado del acto —demandado— está conforme con las limitaciones y decide no recurrir para que la sentencia adquiera firmeza, se levante la suspensión y pueda comenzar su actividad. ¿Tendría sentido que el coadyuvante interpusiera recurso contra la sentencia, con el consiguiente efecto suspensivo, en contra de lo que interesa al demandado? Seguir el recurso ¿para qué? O supongamos que la sentencia estima totalmente el recurso contencioso-administrativo y que tampoco recurren los demandados. ¿Qué sentido tendría una sentencia que reconociera un derecho a quien ha renunciado a aquél? ¿Es que iba a permitirse la ejecución forzosa obligando a ejercer el derecho?

No es admisible la identidad de trato. Se impone verificar las distintas situaciones y ponderar los derechos e intereses en juego. No caben soluciones simplistas. Habrá que acudir a cada caso concreto, como ha de acudirse a cada caso concreto para determinar si se da o no el interés legitimador, tanto para ser demandante como para intervenir como coadyuvante y hasta, como veremos, para ser parte principal.

Podemos adelantar que los que niegan razón de ser a la distinción entre parte principal y accesoria olvidan algo tan elemental como que radica en la eficacia jurídico-material de la sentencia. Son partes principales todas aquellas a los que afectará por igual, directamente, la sentencia. Mientras que parte accesoria es aquella a la que sólo afectará indirectamente la sentencia.

3. EL PROBLEMA DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO

a) *Demandante y demandado en el proceso administrativo*

No es concebible un proceso sin la existencia de dos partes: una, que formula la pretensión —demandante— y otra frente a la que la pre-

tensión se formula —demandado—. El demandante pide al juez una actuación frente al demandado basada en el Ordenamiento jurídico. Y el objeto del proceso —la cuestión de fondo, según la terminología dominante en Derecho procesal administrativo— consistirá en examinar si la pretensión está fundada, si lo que se pide del juez es conforme al Ordenamiento jurídico aplicable.

El demandante es la persona que inicia el proceso, la que acude al juez en demanda de Justicia, el que formula la pretensión, el que pide al juez una actuación frente a otro. Cualquiera que fuera la legitimación, sea titular de un derecho o de un interés, será parte principal. Y podrá solicitar del órgano jurisdiccional —y éste vendrá obligado a acordar— cuantas medidas y providencias fuesen necesarias para que la tutela judicial sea efectiva, para que el orden jurídico quede restablecido. El trato procesal de los derechos e intereses es idéntico.

Y será demandado aquél frente al que se formule la pretensión. Por las prerrogativas de autotutela de que están investidos los entes públicos, será demandado, normalmente, el ente público que, en ejercicio de esta prerrogativa, dictó el acto obligatorio y ejecutivo, que afecta a los derechos o intereses del demandante, tanto la Administración pública actuara en una relación bilateral con éste, o hubiera incidido en una relación entre dos particulares, surgiendo una relación triangular. Pero si es la propia Administración pública la que demanda la anulación de sus actos, al no poder demandarse a sí misma, la pretensión deberá dirigirse frente a aquél o aquéllos que la impidan privar de efectos al acto por sí misma: el titular o titulares de la situación jurídica subjetiva que deriva del acto. Salvo en este supuesto, será parte demandada, directamente, la entidad pública a la que es imputable la actuación frente a la que se demanda justicia.

En los procesos en que, la Administración pública es la parte demandada por antonomasia, ¿puede admitirse la existencia de otra parte demandada con el mismo rango que aquélla? No se trata de la posibilidad de comparecer en defensa del acto objeto de impugnación al lado de la Administración pública. Sino de que la pretensión se dirija —o se entienda dirigida— además de frente a la Administración frente a otra persona.

Es indudable que así debe ser, siempre que en la relación jurídica material que subyace en la procesal aparezca una persona con una posición tan relevante como la de la Administración pública, cualquiera que hubiera sido la modalidad de la acción administrativa, que culminó en el acto o actuación que dio lugar al proceso.

Pensemos que el acto frente al que se dedujo la pretensión fuera el nombramiento de un funcionario; o el otorgamiento de una concesión o la adjudicación de un contrato; o el otorgamiento de una licencia para edificar; o el reconocimiento de justiprecio al expropiado; o el reconocimiento del derecho a una exención tributaria. ¿Es que el funcionario nombrado, o el titular de la concesión o contratista o el de la licencia o el expropiado o el titular de la exención tributaria no son las personas frente a las que debe dirigirse (también) la pretensión? Porque cuando se pretende la anulación del nombramiento lo que se está pretendiendo es que no lo sea el nombrado. Cuando se pretende la anulación de la concesión es para que no lo sea el concesionario. Cuando se pretende la anulación de una licencia de construcción, que el titular de la licencia no pueda construir. Cuando se impugna el justiprecio, para que el expropiado no cobre el justiprecio o cobre una cantidad inferior a la fijada. Y cuando se impugna el reconocimiento de una exención tributaria, que el que la obtuvo se sujete al régimen tributario general.

En todos estos supuestos no puede desconocerse la legitimación pasiva desde el momento de incoarse el proceso administrativo a todos aquellos titulares de las situaciones jurídicas derivadas del acto de las que se verían privados de prevalecer la pretensión. No es que tenga tan sólo un interés en el mantenimiento del acto. Es que lo que se está discutiendo, lo que se va a ventilar en el proceso es, precisamente, su derecho.

b) Intervención de terceros

Delimitadas las posiciones del demandante y del demandado, pueden existir otros sujetos a los que podrá afectarles directa o indirectamente la sentencia que se dicte. Por lo que ha de reconocérseles la posibilidad de intervenir en el proceso. Así lo impone la tutela judicial efectiva.

Ha de admitirse su posición al lado del demandante o del demandado. No sólo al lado del demandado. Sino también al lado del demandante, aunque éste no sea un ente público en el proceso de lesividad.

Otro problema será el de determinar si estos intervinientes han de hacerlo con igualdad de trato procesal que el demandante y el demandado. Pero lo que pugna con la tutela judicial efectiva es negarles la posibilidad de intervenir en el proceso.

Y, esto es lo que ocurre, con arreglo a la regulación de las partes en el proceso contenida en el Anteproyecto, al no haber aprove-

chado la ocasión para dar acogida en ella a una vieja y reiterada aspiración de la doctrina. En efecto: en nuestra legislación procesal administrativa, tradicionalmente, se venía admitiendo —según cierto sector doctrinal— coadyuvar a la Administración demandante en los procesos de lesividad, negando tal posibilidad en los demás casos. Esta desigualdad de trato fue criticada por la doctrina española, así como la de otros países de lengua española con sistema contencioso-administrativo similar al nuestro, como Costa Rica, en que se postula la admisión de la coadyuvancia activa¹. Como se admite en otras legislaciones hispanoamericanas, como en la de algunas provincias argentinas y en la de Colombia al prever la intervención de coadyuvantes de las partes sin distinguir o estableciendo que la intervención de terceros pueda tener lugar como parte coadyuvante o impugnadora².

4. POSICIÓN PROCESAL DE LOS INTERVINIENTES

a) *Intervención principal y accesoria*

No todos los que intervienen en el proceso administrativo, además de las partes demandante y demandada, deben estar sometidos a un mismo régimen procesal. Si en ciertos supuestos el principio de tutela jurisdiccional efectiva exige que al interviniente se le otorgue idéntico trato a la parte en igual situación procesal, en otros otorgar un trato igual es lo que podría constituir un atentado al principio. Porque las situaciones jurídico materiales subyacentes pueden exigir lo contrario.

La delimitación de los distintos procesos ha de hacerse según se dé la intervención al lado del demandante o al lado del demandado.

b) *Intervención al lado del demandante*

La delimitación ha de hacerse en función de la legitimación del demandante y del objeto del proceso.

¹ ROJAS FRANCO, *La Jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica*, San José, 1995, II, p. 704.

² Sobre el problema, me remito a mi trabajo *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, 1985, pp. 131 y ss.

- a') Supuesto de que el objeto del proceso sea el reconocimiento de una situación jurídica subjetiva

En principio, parece evidente que sólo estará legitimado como parte principal el titular de la situación jurídica subjetiva, que pretende se reconozca su nacimiento o mantenimiento en todos sus elementos. Pero la solución no puede ser tan simplista y habrá que tener en cuenta el contenido del acto frente al que se dirige el recurso:

- a'') Que el acto administrativo frente al que se incoa el proceso, se refiriese concretamente a la situación del demandante

A su vez, cabe distinguir los siguientes supuestos de legitimación del interviniente:

1.º) Que el interviniente estuviese en una situación jurídica idéntica a la del demandante. Como, en principio, la sentencia sólo producirá efectos respecto del demandante, el interés del interviniente se concretará en que la sentencia dictada constituiría un precedente importante en un ulterior proceso en que pretendiese hacer valer su derecho, por lo que su intervención será de parte accesoria.

Ahora bien, de prevalecer la doctrina jurisprudencial que, ampliando la eficacia subjetiva de la sentencia, permite extender los efectos del fallo estimatorio a quienes se encuentren en idéntica situación jurídica, aunque no hubiesen sido parte en el proceso, el interviniente tendría la misma posición que el demandante.

Y así ha de admitirse en el supuesto que contempla el artículo 105 del Anteproyecto.

2.º) Que el interviniente tuviera interés en que se reconozca al demandante el derecho en que se funda la pretensión. Así ocurrirá, por ejemplo, si lo que se pretende en el proceso es el reconocimiento del derecho a instalar un establecimiento —v.gr. docente—, a la concesión de un servicio —v.gr. una línea de transporte—, que reporten un beneficio —como al padre con hijos en edad de entrar al centro escolar, o la facilidad de acceder a la línea de transporte—. El interés del interviniente en la estimación de la pretensión es incuestionable, aunque de la sentencia estimatoria no derivaría para el mismo una situación jurídica subjetiva y sólo una eficacia indirecta o refleja. Por lo que el interviniente tendría carácter de parte accesoria: comparece en el proceso para pedir al juez que reconozca al *demandante* —no a él— la situación jurídica pretendida, porque de este reconocimiento le derivará un beneficio.

En este supuesto, si la sentencia fuese desestimatoria, no tendría sentido reconocer al coadyuvante legitimación para interponer el recurso que, en cada caso, procedería contra ella con independencia de la parte principal. Una sentencia estimatoria del recurso y reconocimiento del citado derecho, sería irrelevante para sus intereses, si el titular del derecho subjetivo ha desistido de su ejercicio.

b'') Que el acto frente al que se incoa el proceso se refiriera a varios sujetos en idéntica situación

Todos y cada uno de los titulares de la situación jurídica subjetiva afectada por el acto administrativo estarían legitimados para incoar el proceso con objeto de que se reconozca su derecho y se adopten las medidas adecuadas para el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Si únicamente se ha incoado el proceso administrativo por algunos de los afectados, los restantes no podrán interponer el recurso contencioso-administrativo una vez transcurrido el plazo establecido en la Ley. Su comparecencia en el proceso incoado por otros tendrá sentido para obtener una sentencia estimatoria que pudiese servirles de fundamento y, en su caso, para obtener una ampliación subjetiva de la eficacia de la sentencia, como se ha señalado.

Y, por supuesto, si un tercero tuviese interés en que se reconociera la situación jurídica, no tiene sentido negarle la legitimación para comparecer, si bien en posición subordinada a la parte principal.

b') Supuesto de que el objeto del proceso fuese la anulación de un acto que impone una obligación, carga o cualquier tipo de prestación

Aquí ya no se trata principalmente del reconocimiento de una situación jurídica positiva. Lo que se pretende del Tribunal no es una sentencia que reconozca un derecho subjetivo o una situación jurídica. Se pretende, simplemente, que se anule el acto o disposición que imponga la prestación cualquiera que ésta sea.

Todos los afectados por el acto o disposición, todos aquellos que vengán obligados a realizar la prestación impuesta, estarán legitimados para ser demandantes.

Incoado el proceso por uno de ellos, la sentencia estimatoria que, en su día, se dictare no limitará sus efectos a los que hubiesen inco-

ado el proceso como partes demandantes, sino que tendrá eficacia *erga omnes*, salvo que el motivo de anulación sea particular del demandante. Por lo que no existe razón alguna para que en un proceso ya iniciado no puedan intervenir aquellos otros afectados a los que beneficiaría el fallo estimatorio exactamente igual que si hubiesen incoado el proceso, aunque no se personasen. Si se personan es para poder tener una mejor defensa evitando que una deficiente dirección de los que lo han incoado pueda conducir a una sentencia desfavorable.

- c') Supuesto de que el objeto del proceso no fuese el reconocimiento de una situación jurídica individualizada

Si no se pretendiese el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, estarán legitimados como parte demandante todos los que ostenten un interés y, en los supuestos en que se admita la acción pública, cualquiera. Desde el momento mismo de iniciarse el proceso es parte principal como demandante aquél que frente al demandado formule una pretensión por la que se solicite una declaración de anulación de un acto o disposición y, en su caso, además, la condena al demandado de una prestación de no hacer o hacer. Por ejemplo, la anulación de una licencia de obras y consiguiente demolición de la obra legitimada por ella ya realizada, o de la de una licencia para ejercer una actividad y consiguiente paralización en el ejercicio de ésta.

Todos aquellos que, por estar en la misma situación ostenten el mismo interés en que se dicte sentencia en idéntico sentido, y cualquiera en los supuestos en que esté admitida la acción pública, estarían legitimados para incoar un proceso en el que serán parte demandante, proceso que podría acumularse al ya incoado y, una vez acumulado, tendrían una misma posición procesal como partes demandantes los que incoaron cada uno de ellos.

Luego si tienen legitimación para ser demandantes, ¿por qué se les va a negar la posibilidad de comparecer en un proceso ya incoado al lado del demandante? La sentencia estimatoria que en él se dictare, al anular el acto produciría efecto *erga omnes* —en cuanto al pronunciamiento anulatorio—, y los demás pronunciamientos satisfarían asimismo el interés legitimador de los intervinientes.

d') Conclusión

Debe admitirse —y regularse adecuadamente— la intervención de terceros al lado del demandante. Y no se me diga que ello supondría dar entrada en el proceso a quienes, estando legitimados para haber iniciado el proceso, han dejado caducar el «recurso contencioso-administrativo». El argumento es inadmisibile. En efecto: si se repasan los supuestos que he ido examinando, se comprobará que en todos ellos la sentencia desplegará eficacia jurídico material respecto del tercero, aunque no hubiere comparecido. Bien porque siendo anulatoria del acto desplegaría efectos *erga omnes*, o porque reconociendo un derecho subjetivo, pudieran extenderse sus efectos a los que se encuentren en idéntica situación al demandante. Y respecto de los coadyuvantes del demandante, porque es la única forma de tutelar sus intereses —tutela que tanto ha preocupado—, si bien subordinados a que el demandante obtenga el reconocimiento de su pretensión. Cuando esos intereses están al lado del demandado, los autores del anteproyecto han llegado hasta a reconocerles la condición de parte principal demandada. Sin embargo, cuando aun siendo de naturaleza idéntica están al lado del demandante, ni siquiera se les admite como coadyuvantes. No puede existir mayor incongruencia.

Cierto que, en muchos casos, dada la legitimación que ostentan esos intervinientes podrían haber iniciado el proceso como demandantes. Pero si no lo han hecho, ¿por qué impedirles la intervención después cuando, repito, les va a afectar la sentencia, aunque no hubiesen recurrido? ¿Por qué obligarles a recurrir independientemente, para después tener que intentar una acumulación que con bastante probabilidad les será denegada por muchas Salas por razones «estadísticas»? Con lo que llegarían a encontrarse con su asunto prejuzgado por la sentencia que se dicte en el primer proceso, sin poder defenderse ante la posible impericia del Abogado que asumió la defensa en él.

c) *Intervención al lado del demandado*

a') Intervención en el proceso de coadyuvantes del demandado

Tradicionalmente no se ha puesto en tela de juicio la admisión en el proceso administrativo de la comparecencia a fin de coadyuvar a la Administración demandada en la oposición a la pretensión del demandante. Desde la LJ, se deslindó la figura del coadyuvante (interviniente adhesivo) del co-demandado (interviniente litis consorcial), según que

tuviese un interés en el mantenimiento del acto o fuese titular de un derecho subjetivo derivado del acto.

En el apartado II.3 se ha tratado de determinar quiénes en el proceso administrativo han de considerarse partes demandadas además de la Administración autora del acto administrativo. Como entonces se dijo, no puede limitarse la condición de demandado a la Administración, sino que ha de extenderse a aquellas personas a cuyo favor derivasen derechos del acto frente al que se formula la pretensión.

Incoado un proceso en él serán partes desde su iniciación todos aquéllos y tendrán la condición de demandados. Podrán personarse o no una vez emplazados. Pero, aunque no se personaren, seguirán siendo partes a todos los efectos —especialmente a efectos de recurso—, aunque siga el proceso sin necesidad de practicarles, en estrados o en cualquier otra forma, notificaciones de clase alguna.

Y tendrán asimismo la condición de parte principal aquellos titulares de los derechos que pudieran resultar afectados por la posible sentencia estimatoria, así como los que ostenten interés idéntico pero contrapuesto al demandante. Al efecto de simplificar el régimen jurídico puede considerarse a las partes principales así legitimadas demandadas.

b') El interesado en el mantenimiento del acto

Todos aquellos que no ostenten la condición de demandados en los términos señalados y que tuviesen interés en el mantenimiento del acto o disposición y situación jurídica de ellos derivada, estarán legitimados para comparecer en el proceso coadyuvando con la Administración en defensa de la situación jurídica frente a la que reacciona el demandante.

Cualquiera que fuese el interés que ostente y, en el supuesto de que se reconozca acción pública en defensa del sector del Ordenamiento jurídico, en que se basa la pretensión o la oposición a la pretensión, cualquiera podrá comparecer como coadyuvante.

5. RÉGIMEN JURÍDICO

La diferente posición procesal de las partes se traducirá en el diferente régimen jurídico en aspectos fundamentales, como el del emplazamiento, desistimiento y allanamiento, además de la legitimación para recurrir y costas.

En el aspecto concreto del emplazamiento, la regulación contenida en el anteproyecto incurre en otra violación del principio de la tutela jurisdiccional efectiva, consecuencia de la obsesión de sus redactores por la simplificación de las partes.

Aún prescindiendo del tema de la intervención al lado del demandante, aún partiendo de la posición del anteproyecto, la configuración de todos los que tienen interés en la oposición a la pretensión como demandados conduce a dejar fuera del proceso a titulares de intereses que tienen pleno derecho a tutela jurisdiccional. En efecto:

a) El artículo 47 del anteproyecto, 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 los demandados son —según el anteproyecto— los que «aparezcan como interesados en él» (el expediente). Y puede resultar 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 se exige la comunicación de que existe el procedimiento 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», 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 del anteproyecto.

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 advierten 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 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.

Y es que se está cometiendo el gravísimo error de abordar la reforma de la legislación procesal administrativa sin haber eliminado antes los gravísimos defectos de la LRJPA. Ni siquiera haberlo hecho paralelamente o simultáneamente, a través de disposiciones adicionales de la Ley de la Jurisdicción. Lo que no hubiera sido buena técnica legislativa.

Hasta aquí, el aspecto de la regulación del anteproyecto en el que estimo necesario una revisión. A él se refieren especialmente las enmiendas que se proponen.

No obstante, me permitiré también hacer algunas precisiones sobre los restantes aspectos de la regulación de las partes.

III. Capacidad procesal

1. LA CAPACIDAD PROCESAL DEL MENOR DE EDAD

La regulación de la capacidad procesal del menor de edad no ha sido objeto de modificación. Se mantiene la redacción de la Ley de 1957, con ligeros retoques. Según el texto de 1957, se reconoce capacidad procesal a «los menores de edad en defensa de aquellos de sus derechos cuyo ejercicio esté permitido por el Ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia (de la) ... persona que ejerza la patria potestad o tutela». Según el Anteproyecto (art. 17) se les reconoce capacidad «*para el ejercicio* y defensa de aquellos de sus derechos e *intereses legítimos cuya actuación* les esté permitida por el Ordenamiento jurídico sin la *necesidad* de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o *curatela*».

Bien está —por imponerlo la nueva Ordenación civil— la referencia a la curatela, pero las restantes innovaciones no son afortunadas. Porque la capacidad *procesal* es para defender los derechos —o, si se quiere, su ejercicio—, pero no para ejercerlos —que es un problema de capacidad jurídico-material—. Los intereses no se ejercitan, se defienden. Y gramaticalmente no tiene sentido introducir la palabra «necesidad» de asistencia.

Pero dejemos los detalles. Lo importante es que la capacidad procesal se sigue reconociendo en función de que el Ordenamiento jurídico permita el ejercicio de los derechos sin la existencia de las personas que ejercen la patria potestad, tutela o curatela.

Lo que no dejó de plantear problemas prácticos. Porque, por lo general, el Ordenamiento jurídico o reconoce el derecho pura o simplemente, o lo reconoce exigiendo la asistencia de aquellas personas. Pero no nos dice que se reconoce el derecho y la posibilidad de ejercerlo por sí.

2. EL PROBLEMA DE LA CAPACIDAD DEL MENOR

La ampliación en términos excesivos de la capacidad del menor puede llegar a situaciones absurdas.

Ha sido una constante en la corriente legislativa de los últimos años reconocer capacidad al menor para ejercicio de algunos derechos, además de los fundamentales, siempre que sus condiciones de madurez supongan que pueden hacerlo por sí mismo. Lo que ha llegado a tener reflejo en el Código civil, en su artículo 162, exceptuando de la regla general que confía a los padres la representación de los hijos no emancipados, precisamente «los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí».

Y se da el caso de que si bien respecto del ejercicio de ciertos derechos se exige autorización, como para promover o convocar reuniones, no lo exige para otros, como participar en manifestaciones (art. 7, LO 1/1996). Y, consiguientemente un menor supuestamente maduro podrá poner en marcha un proceso, para lo que, en muchos casos, le faltarán los medios económicos necesarios para responder de sus consecuencias procesales, como una condena en costas.

IV. Legitimación

I. LEGITIMACIÓN E INTERÉS LEGÍTIMO

Cuando se estaba elaborando la LJ, estaban de moda las sutilezas de la doctrina, sobre todo italiana, en torno al concepto de interés legitimador y a sus diversos tipos. Y se hablaba de interés personal, directo, legítimo, colectivo... y más tarde llegó eso de los «intereses difusos».

Al regularse la legitimación, se trató de huir de cualquier calificativo. No se habló de interés personal, para evitar que quedara excluido el colectivo. No se habló de interés legítimo, para evitar que quedaran fuera de la legitimación intereses como los morales, industriales, de competencia comercial (y a pesar de ello, durante algún tiempo, por suerte breve, la jurisprudencia incurrió en esto)... Pero quedó el calificativo de *directo*, tanto para demandar —interés en la anulación, según el art. 28.1.a)— como para comparecer como coadyuvante del demandado —interés directo en el mantenimiento del acto, según el artículo 30.1.

Ciertamente, fue un desliz. Pero un desliz que la jurisprudencia se encargó de superar, haciendo caso omiso de tal precisión. Por lo que, a la vista de la jurisprudencia, no existía razón alguna para montar la que se montó, a fin de exigir la sustitución de *directo* por *legítimo* como una imposición de la Constitución.

No es que defienda el mantenimiento de aquel calificativo. Lo que niego es la razón de ser a lo exorbitado de la crítica. Y de la introducción del calificativo de *legítimo*. Que sobra.

En efecto: recordemos elementales nociones. El objeto del proceso es siempre una pretensión. Una parte —el demandante— pide al juez un pronunciamiento frente a alguien. Lo que pide es algo conforme al Ordenamiento jurídico. El juez accederá a la pretensión si ésta es conforme al Ordenamiento jurídico. Y no accederá en otro caso. Luego siempre estamos ante una cuestión jurídica.

Ahora bien, para que el juez pueda examinar si efectivamente la pretensión es o no conforme a Derecho, exige algo más. Por mucha razón que tenga, por evidente que sea la conformidad de la pretensión con el Ordenamiento, el juez sólo podrá pronunciarse sobre la pretensión, si existe una determinada relación entre la parte y lo pretendido. Ésta es la legitimación. Sin interés, no hay acción.

Por tanto, sobra la exigencia de que el interés sea legítimo. Cuando la ley exige el interés para que sea admisible la pretensión, está utilizando un concepto no jurídico. Ni determinado, ni indeterminado. Sencillamente, utiliza la palabra «interés» en sentido vulgar. De aquí que deba rechazarse cualquier sutileza jurídica.

Y para probarlo basta con acudir a la jurisprudencia. La nuestra y la de fuera. Cualquiera que sea el Ordenamiento jurídico, podrá observarse al leer las sentencias sobre el tema, que después de consideraciones más o menos extensas, después de varias páginas de argumentaciones jurídicas, después de derroche de «paciencia e ingenio» sobre interés directo, legítimo, personal o colectivo, o difuso, ¿sabéis en qué queda todo? Pues queda, sencillamente en el Diccionario de la Academia. Se acaba reconociendo que existe «interés» —y, por tanto, legitimación— cuando el éxito de la pretensión reporta al que la formula «beneficio», «utilidad», «ganancia», «provecho», «comodidad», o, dicho de otro modo que le evitaría un perjuicio, una incomodidad... Que es como define la Academia el interés. La jurisprudencia 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 3.1, Cc.

Hecha esta consideración general, me limitaré a hacer unas precisiones sobre las innovaciones del anteproyecto, que, aunque en buena

parte resultaban innecesarias, no está de más su incorporación al articulado de la Ley.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Respecto de la legitimación activa, dos observaciones:

a) Los apartados que el artículo 18.1 dedica a la legitimación de una Administración pública territorial para formular pretensiones frente a otra, siguen concibiendo el proceso administrativo como proceso al acto, al reconocerla «para impugnar los actos y las disposiciones», y se limita a remitirse a la legislación de régimen local.

Quizá, hubiera sido conveniente regularla en la Ley procesal administrativa, rectificando la contenida en la legislación local, ya que en ésta se observa una manifiesta desigualdad entre la amplitud con que se reconoce a la Administración del Estado y la que se reconoce a las Entidades locales.

b) El apartado f) del artículo 18.1, reconoce legitimación al Defensor del Pueblo e instituciones análogas, así como al Ministerio Fiscal «para la defensa de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución y en los demás casos previstos en las leyes».

A la legitimación del Ministerio Fiscal me referiré después.

En cuanto a la del Defensor del Pueblo, viene impuesta por el artículo 46 de la LOTC, ya que si está legitimado para interponer recurso de amparo, ha de estarlo para agotar los recursos, lo que constituye un presupuesto procesal. Aunque, ¡para lo que sirve...!

3. LEGITIMACIÓN PASIVA

En cuanto presupone la eliminación de la figura del coadyuvante, estimo debe modificarse la redacción, de tal modo que queden perfectamente delimitadas en los términos antes expuestos, estas tres figuras: demandado, interviniente con carácter de parte principal —al que para simplificar se le puede considerar demandado— y coadyuvante.

Por último, una referencia a la legitimación pasiva de la Administración autora de la disposición cuando la pretensión se fundara en su ilegalidad, aunque no proceda de ella la actuación que dio lugar al proceso. Lo que es una imposición del principio de tutela judicial efectiva. Pero existe otra imposición de ésta que se desconoce en el anteproyecto, al regular la cuestión de ilegalidad, por lo que su regulación viola de modo flagrante el artículo 24 de la Constitución. En efecto:

- Cuando en un proceso administrativo, el objeto es una pretensión dirigida a impugnar un acto concreto fundada en la ilegalidad de la disposición que aplica el acto, las partes demandadas serán los titulares de los derechos derivados del acto concreto y habrán podido comparecer los que tuvieran interés en el mantenimiento de ese acto concreto, de que han tenido conocimiento por los anuncios a él referidos. No han sido parte demandada, no han podido intervenir —porque no sabían de qué se trataba— aquellas personas o entidades —v.gr. Colegios profesionales— que tuvieran interés, no ya en el mantenimiento del acto administrativo, sino de la disposición general cuya legitimidad se enjuicia. Pensemos que estamos, por ejemplo, ante una reglamentación delimitadora de la competencia entre dos categorías profesionales.

- Cuando el anteproyecto regula la cuestión de legalidad, el artículo 118 establece que se acordará emplazar a las partes. Pero ¿a qué partes? Sencillamente, a los que lo eran en el proceso referido al acto.

- Si se tratara de un recurso directo contra la disposición, al haber tenido que remitir el expediente del procedimiento en que se elaboró la disposición, en él constará la personación como interesadas de las entidades representativas de los intereses corporativos o de otra índole afectados, según el artículo 130.4, LPA, interpretado a la luz del artículo 105, CE. Y, como tales, en el sistema del anteproyecto serían «demandados» y así habrían sido emplazados.

- Pero como estamos ante un recurso indirecto, en el que desde su inicio estaba limitado a verificar la conformidad a Derecho del acto, no de la disposición, tales entidades no van a tener noticia de la existencia del proceso. Por lo que, en el supuesto de estimación de la pretensión, se encontrarán con la declaración de nulidad de una disposición, que puede afectar decisivamente a la esfera los derechos de los funcionarios o profesionales cuyos intereses tienen el deber de defender por ley, sin haber tenido oportunidad hacerlo.

No puede existir atentado más grave al deber de defensa, que constituye una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial.

V. Representación y defensa de las partes

1. REGULACIÓN EN EL ANTEPROYECTO

Remitiéndose el anteproyecto a la LOPJ en lo que se refiere a la representación y defensa de las Administraciones públicas y órganos constitucionales, la Ley se limita a regular el problema de la postula-

ción de las demás partes; estableciendo una regla general y una especial para la función pública.

2. REGLA GENERAL

Se mantiene el sistema de la Ley de 1956, que, en algún anteproyecto se había abandonado exigiéndose la representación por Procurador asistido por Abogado. Según el anteproyecto, el Abogado puede también asumir la representación.

Aunque la cuestión no es trascendente, podría perfectamente tener sentido la exigencia de la representación por Procurador, como estableció la Ley 10/1992, en el recurso de casación (art. 97.1, refundido), exigencia que el anteproyecto mantiene en este punto concreto (art. 87.1). Porque, en definitiva, es lo que ocurre en la práctica en la generalidad de los procesos. Y el único argumento aducido para justificar la posibilidad de que el Abogado asuma la representación —ahorrar gastos al justiciable—, ha de admitirse con serias reservas; porque, salvo excepciones, el abogado que asume la representación —con la carga que esto supone— ya se encarga de añadir a sus honorarios como Abogado, los correspondientes a las gestiones que obliga la representación.

3. REGLA ESPECIAL

El anteproyecto mantiene asimismo la regla especial sobre funcionarios públicos, al reconocerle la posibilidad de comparecer por sí mismos en defensa de sus deberes, cuando se refieran a cuestiones de personal de no superación de los inamovidos. Con lo que se rectifica la regulación contenida en el anterior proyecto, de acuerdo con el informe que la Ponencia del Congreso de los Diputados había emitido sobre aquel.

VI. El Ministerio Fiscal

I. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

En 1976, con ocasión del Cincuentenario del Ministerio Fiscal, se organizó en la Academia de Jurisprudencia un ciclo de conferencias

sobre su intervención en los distintos órdenes jurisdiccionales. A mí me correspondió tratar de la que parecía aconsejable establecer en el contencioso-administrativo³. Ante la incuestionable crisis del contencioso-administrativo —y no referida a España, sino a la situación general— y los intentos de instaurar otros sistemas de control, como las desdichadas versiones del *Ombudsman*, defendí la potenciación del papel del Ministerio Fiscal en el proceso administrativo.

Así la justificaban dos de los hechos indubitados que se venían aduciendo por los defensores de instituciones extrañas:

a) Por un lado, la inhibición de las víctimas de la Administración pública a la hora de defender sus derechos ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo. La profunda desconfianza hacia la Justicia, lenta y costosa, de una parte y de otra no querer enemistarse con los titulares de los órganos de la Administración de que muchos tanto esperan, han hecho que la resignación sea la reacción normal de los administrados ante unas Administraciones públicas cada día más arbitrarias.

El extraordinario aumento de la litigiosidad de los últimos años, a que se refiere la Exposición de Motivos, no puede en modo alguno explicarse por una mayor concienciación del ciudadano en la defensa de sus derechos y menos aún en su confianza en la Justicia. Se ha afirmado que «los procesos administrativos no han aumentado porque el ciudadano tenga una mayor confianza en la Administración de Justicia, como se nos ha dicho con alguna frecuencia, sino porque no le queda más remedio ante el tratamiento que recibe por parte de la Administración. Y eso quien lo sabemos bien somos los Abogados, que percibimos las preocupaciones y a veces las verdaderas tragedias de aquella persona que con toda la razón, ve como se desgastan sus esfuerzos, de todo orden, sin frutos ni horizontes, de forma que, a pesar del rechazo que le produce el proceso, acude a él como única vía, pero con escasa esperanza»⁴.

Aumentan los litigios, sí. Pero en buena medida, por litigantes temerarios, o por las grandes empresas que utilizan el proceso con fines

³ Con el título *El Fiscal defensor de la legalidad administrativa*, en «Ciclo de conferencias», 1976, pp. 49 y ss.

⁴ GÓMEZ DE LIAÑO, «Notas sobre la reforma del proceso contencioso-administrativo», en *Crisis de la Justicia y reforma procesal* (I Congreso de Derecho procesal de Castilla y León), Ministerio de Justicia, 1988, p. 43. Al problema me refiero en mi trabajo *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2.ª ed., Ed. Civitas, 1989, pp. 118 y ss.; «Nuevos sistemas de control de la Administración pública», en *Justicia administrativa*, Tucumán, 1981, pp. 71 y ss., y *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Ed. Civitas, 1993, pp. 63 y ss.

bastardos, o por el «profesional de la acción pública...». Mientras que no llegan a los jueces otros muchos supuestos de flagrantes injusticias, por falta de medios económicos, temor a las represalias o, sencillamente, como señalé, mera desconfianza.

b) El otro hecho que aconsejaba potenciar la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso administrativo es la incuestionable desigualdad de las partes en él. Aunque las leyes traten de hacer realidad el principio de igualdad, las Administraciones públicas aparecerán siempre como sujetos titulares del interés público y altruista frente a los intereses particulares y egoístas del administrado, rodeando a su actuación de un halo de imparcialidad y objetividad, ante el que inevitablemente se inclinan los jueces, al menos muchos jueces. Y es que, como hace años afirmaba Alcalá-Zamora —y he repetido en más de una ocasión— «el Poder público es un gigante que mientras no esté derribando, por mucho que acepte encorvarse siempre queda más alto que sus súbditos»⁵.

De aquí el papel incuestionable que pueda representar el Ministerio Fiscal en el proceso administrativo. Si la inhibición de las víctimas de la Administración aconseja reconocerle legitimación para reaccionar frente a flagrantes atentados del Ordenamiento jurídico, la desigualdad institucional de las partes impone su presencia para acabar en lo posible con la desigualdad procesal rota por la exorbitante posición de las Administraciones públicas. Por lo que se aconsejaba atribuirle funciones en orden al mantenimiento del proceso —evitando los desistimientos del chantajista—, a controlar la regular tramitación del proceso —reaccionando frente a dilaciones indebidas como la motivada por la no remisión de los expedientes administrativos en plazo o el incumplimiento de los plazos por parte de los defensores de la Administración pública—, la interposición de los recursos en interés de la Ley, y, sobre todo, ejerciendo una celosa vigilancia en los procedimientos de ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración, evitando que quede sin sanción la frecuente conducta delictiva de los titulares de los órganos públicos.

Los Magistrados Escusol y Rodríguez Zapata, en su *Derecho procesal administrativo*, decían: «Cualquier reforma actual de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe orientarse en el sentido de una adecuada participación del Ministerio Fiscal en el proceso administrativo»⁶.

⁵ *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, p. 56.

⁶ *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1995, p. 343.

2. EL MINISTERIO FISCAL EN EL ANTEPROYECTO

Algunas de aquellas propuestas han tenido acogida. Concretamente, el reconocimiento de legitimación activa (art. 18.1.f) y su audiencia en los supuestos de desistimiento de la acción pública, a fin de que pueda oponerse y, en consecuencia, el proceso siga su cauce normal.

Con lo que se desperdicia la oportunidad de darle entrada para ejercer otras importantes funciones. Y la legitimación activa únicamente se reconoce en defensa de los derechos a que se refiere el artículo 53.2, CE. Cuando lo que procedería sería extenderla a todos los supuestos de nulidad de pleno Derecho, de que pudiera tener conocimiento por denuncia u otros medios, así como a aquellos otros en que el interés público aconsejara la reacción adecuada.

3. CONCLUSIÓN

Ahora bien, esta potenciación del Ministerio fiscal sólo tiene sentido con un Ministerio fiscal independiente. Con un Ministerio que deje de ser «fiscal», para ser auténtico Ministerio público, independiente del Ejecutivo. En 1960, tuve el honor de asistir en compañía de mi maestro Jaime Guasp a las Segundas Jornadas Latino-americanas de Derecho Procesal y 1.º Congreso Mexicano de Derecho Procesal. De las distintas ponencias allí presentadas, una fue aprobada por unanimidad: la que consideraba esencial a la institución, la independencia del Ministerio público del Ejecutivo.

Enmiendas que se proponen al Texto del Anteproyecto

Se propone introducir un artículo nuevo, que será el 21 (modificándose la numeración de los ulteriores), en el que se regulen los distintos supuestos de intervención: con el carácter de parte principal, al lado del demandante (núm. 1) y al lado del demandado (núm. 2), y con el carácter de parte accesoria (el núm. 3).

Se propone modificar el artículo 20, únicamente en su núm. 1, para dejar limitado el supuesto de apartado *b)* a los titulares de situaciones jurídicas derivadas del acto frente al que se dirige el recurso.

El resto de las modificaciones tratan de reflejar las consecuencias de la distinción entre partes principales y accesorias en el régimen del

emplazamiento, formalización de demanda y contestación, desistimiento, allanamiento, legitimación para recurrir y costas.

Artículo 20

«1. Será parte demandada:

a) La Administración u órgano de los mencionados en el artículo 1.3 frente cuya actuación se dirija el recurso.

b) Las personas o entidades titulares de situaciones jurídicas derivadas del acto frente al que se dirija el recurso.

(Resto, igual al Anteproyecto).»

Artículo 21 (nuevo)

«1. Podrán intervenir en el proceso y adherirse a la pretensión del demandante:

a) Si se pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, aquellos a los que pudieran extenderse los efectos de la sentencia estimatoria, en los términos previstos en el artículo 105.

b) Si se hubiere ejercitado una acción pública, cualquiera.

c) En los demás casos, los que tuvieren interés idéntico al del demandante en la estimación de la pretensión.

2. Podrán intervenir en el proceso y tendrán la consideración de demandados:

a) Los titulares de derechos que pudieran resultar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

b) Los que ostentaren interés idéntico, pero contrapuesto al del demandante.

3. Podrán intervenir como coadyuvantes de la parte demandante o demandada quienes tuvieren interés en la estimación o desestimación de la pretensión.»

Artículo 47

«1. El acuerdo de remitir el expediente se notificará en los cinco días siguientes a su adopción con arreglo a lo dispuesto en la Ley 30/1992 a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse en el proceso como demandados o coadyuvantes, o para adherirse a la pretensión del demandante en los supuestos del artículo 21.1.

.....

4. Al publicarse el anuncio de la interposición del recurso contencioso-administrativo se insertará asimismo edicto emplazando a quienes no hubiese sido posible hacerlo en el domicilio que conste y a los que, aún no apareciendo como interesados en el expediente administrativo, estén legitimados para intervenir en el proceso según el artículo 21.»

Artículo 51 bis (nuevo)

«Si hubieren comparecido partes legitimadas de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21.1 o como coadyuvantes del demandante, se les dará traslado de la demanda para que en el plazo de veinte días presenten escrito de alegaciones, con entrega del expediente administrativo si hubiese sido remitido y actúen bajo una misma representación.»

Artículo 52

«1. Presentado el escrito de demanda y, en su caso, los escritos de alegaciones a que se refiere el artículo anterior, se dará traslado con entrega del expediente administrativo a las partes legitimadas como demandadas y coadyuvantes para que contesten la demanda en el plazo de veinte días.

2. Si la demanda se hubiese formalizado sin haberse recibido el expediente administrativo y el Juzgado o Tribunal le considerase imprescindible, se emplazará a la Administración demandada para contestar, apercibiéndola de que no se admitirá la contestación si no va acompañada del expediente.

3. (Igual al 2 del Anteproyecto).

4. La contestación a la demanda se formulará primero por la Administración demandada y, sucesivamente, por las personas que tengan el carácter de demandados según los artículos 20.1.b) y 21.2 y por los coadyuvantes.

5. Si hubieran de contestarla, además de la Administración, más de un demandado o de un coadyuvante y no actúen bajo una misma representación, la contestación se formulará simultáneamente por los demandados y después por los coadyuvantes, a cuyo efecto les será puesto de manifiesto el expediente administrativo en la Secretaría.

6. (Igual al 5 del Anteproyecto).»

Artículo 56

«1. Las partes demandadas y coadyuvantes... (resto igual).»

Artículo 62

«1. (Igual al Anteproyecto).

2. El plazo para formular el escrito será de 10 días sucesivos para: los demandantes; legitimados según el artículo 21.1 y coadyuvantes del demandante; demandados y coadyuvantes del demandado.»

Artículo 74

«...
6.

Si hubiesen comparecido en el proceso personas legitimadas según el artículo 21.1, se les dará traslado del desistimiento del demandante a fin de que, en el plazo de 10 días, manifiesten si tienen interés en que siga el curso del procedimiento.

(Los números 6 y 7, pasarán a ser 7 y 8).»

Artículo 75

«4. Si hubieren comparecido en el proceso personas legitimadas según el artículo 21.2 se les dará traslado del allanamiento a fin de que, en el plazo de 10 días, manifiesten si tienen interés en que siga el curso del procedimiento.»

Artículo 79

«El recurso de apelación podrá interponerse por quienes, según esta Ley, se hallen legitimados como parte demandante o demandada, así como las personas legitimadas según el artículo 21.1, que hubieren comparecido en el proceso.»

Artículo 88.3

«El recurso de casación podrá interponerse por los legitimados como parte demandante o demandada, así como por los legitimados en el artículo 21.1, que hubieren comparecido.»

Artículo 135

Se incluirá un apartado —que podría ser el 3, corriendo la numeración de los siguientes—, del tenor literal siguiente:

«La parte coadyuvante no devengará ni pagará costas más que por razón de los recursos e incidentes que ella promueva con independencia de la parte principal.»

EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

EXCMO. SR. D. VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS*

Magistrado del Tribunal Supremo

I. Planteamiento

1. Se impone una advertencia preliminar sobre el sentido general de la ponencia dentro del curso en el que se inserta.

No persigue este estudio ningún propósito de especial elaboración dogmática, probablemente desproporcionado con la grisura propia de los temas de procedimiento, y que, en todo caso, debe tener en cuenta la inestabilidad de partida de lo que es un simple anteproyecto, sometido, como tal, a previsibles modificaciones en su itinerario de elaboración legislativa, sino uno mucho más modesto, de simple información del contenido del anteproyecto, e incluso de información selectiva, limitada a la constatación de las modificaciones contenidas en él, en su comparación con el texto de la Ley hoy vigente de 1956.

Con carácter general cabe decir que la parte del texto del Anteproyecto objeto de este estudio es en su mayor parte continuista respecto al que viene a sustituir, lo que en un juicio global de conjunto resulta plausible, dada la perfección técnica de la Ley vigente.

La actual situación crítica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no parece que deba imputarse a deficiencias en el procedimiento del recurso contencioso-administrativo, ni que por tanto, en la tesitura de la modificación de la Ley actual deba ser este especial contenido el que esté llamado a soportar los más intensos cambios.

* Martes, 9 de abril.

Correlativa a esta observación es la de que tampoco parece que las modificaciones introducidas en el procedimiento puedan tener una virtualidad muy determinante en la solución de esa situación crítica, si bien pueden introducir un cierto paliativo.

Quede, pues, de partida, establecida una referencia global al procedimiento vigente, centrando la exposición, y en un grado reducida, en el análisis crítico a las novedades.

Precisamente el modesto planteamiento de partida hace aconsejable atenerse en la exposición a la propia pauta sistemática del Anteproyecto, que se tomará como hilo conductor.

Debe advertirse, no obstante, que se omiten las referencias a contenidos propios de otras ponencias de este curso; a saber: el sistema de recursos (Cap. II del Título IV), la ejecución (Cap. III del mismo Tít.) y las medidas cautelares (Cap. II del Tít. VI).

2. Las modificaciones son de diferente entidad.

Unas, no hacen sino reflejar modificaciones ya producidas con anterioridad a la Ley de 1956 (por ejemplo la desaparición del recurso previo de reposición).

Otras, son mero reflejo en el plano del procedimiento de modificaciones introducidas en cuanto a órganos jurisdiccionales, parte y objeto (así las alusiones al Juzgado o Tribunal, o Juez o Sala, a la actuación, inactividad o vía de hecho en pasajes en los que el texto anterior se refería, respectivamente, a Tribunal, o a actos o disposiciones en exclusiva).

Otras son, sin embargo, de entidad propia, situadas precisamente en el régimen del procedimiento, aunque, a su vez de distinto significado, siendo estas últimas las que constituirán el objeto propio de la exposición ulterior.

II. Paralelismo de la sistemática del Anteproyecto con la de la Ley vigente en lo referente al procedimiento

La Ley actualmente vigente dedica al «Procedimiento contencioso-administrativo», como es sabido, su Título IV, dividido en cinco capítulos, que a su vez lo son en secciones.

En el texto del Anteproyecto es también su Título IV el referido al «Procedimiento contencioso-administrativo»; pero lo que en la Ley actual son capítulos IV y V del Título (Capítulo IV: «Procedimientos especiales»; Capítulo V: «Disposiciones comunes»), se convierten en el

Anteproyecto en títulos independientes (Título V: «Procedimientos especiales» y Título VI: «Disposiciones comunes a los Títulos IV y V»), con la consecuencia sistemática ulterior de que lo que en la Ley actual se ordenaba en secciones dentro de cada capítulo, pase en el Anteproyecto a ordenarse en capítulos y alguno de éstos en secciones (Título V: «Procedimientos especiales», con tres capítulos, referidos, el Capítulo 1, al «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», el Capítulo II, a «Cuestiones de ilegalidad», y el Capítulo III, al «Procedimiento en casos de suspensión administrativa previa de acuerdos»; Título VI: «Disposiciones comunes a los Títulos IV y V», con cuatro capítulos, referidos, el Capítulo 1, a «Plazos», el Capítulo II a «Medidas cautelares» —con tres secciones: Sección 1.^a, de «Disposiciones Generales», Sección 2.^a, «Suspensión del acto objeto de impugnación», y Sección 3.^a, «Otras medidas cautelares»—, el Capítulo III, a «Incidentes e invalidez de actos procesales», y el Capítulo IV, a «Costas procesales»).

En la medida en que el contenido de los Títulos V y VI del Anteproyecto corresponden inequívocamente al marco conceptual del procedimiento contencioso-administrativo, y que éste sigue constituyendo en el Anteproyecto la denominación de un Título (el IV), no se advierte la razón de la modificación sistemática.

III. Examen individualizado de los distintos bloques sistemáticos, y en cada uno de ellos de las modificaciones más destacables respecto a la regulación correlativa en el texto hoy vigente

Primero: Capítulo 1. Sección 1.^a: «Diligencias Preliminares»: Arts. 41 y 42.

Desaparecido de la Ley hoy vigente el recurso de reposición, el paralelismo con ella del Anteproyecto sólo se produce respecto de la declaración de lesividad, a cuya diligencia preliminar se adiciona en él, como nueva, la de requerimientos entre Administraciones.

La Ley hoy vigente (art. 56) incluye el régimen completo de la declaración de lesividad. En el Anteproyecto, en cambio, se establece sólo la exigencia, en su caso, de la declaración de lesividad (art. 41); pero no se regula su régimen. Se produce en este particular un mero reajuste de la distribución del mismo entre la Ley 30/1992 y el Ante-

proyecto, distinto del que existía entre la Ley de la Jurisdicción de 1956 y la de Procedimiento Administrativo de 1958, que en su artículo 110.1 se limitaba a establecer el requisito de la declaración de lesividad, ya regulada a la sazón en la Ley Jurisdiccional.

En la actualidad el artículo 103 de la ley 30/1992 regula el régimen de la declaración de lesividad en términos sensiblemente coincidentes con los del artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción (salvo la novedad del apartado 6 de dicho art. 103), viniendo a ocupar así el espacio normativo del artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción, mientras que el Anteproyecto se limita a asumir el papel del artículo 110.1 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo.

En cuanto al requerimiento entre Administraciones (art. 42 del Anteproyecto), viene a ser una especie de generalización de una medida del mismo signo regulada en los Arts. 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, aunque no en sentido estrictamente coincidente, por lo que se salva expresamente la regulación de ésta.

Segundo: Sección 2.ª: (Arts. 43 a 46): «Interposición del recurso y reclamación del expediente».

1) Cambia ligeramente en la denominación de la sección la de su correlativa de la Ley en la actualidad vigente («Sección II: «Interposición y admisión del recurso»). Los contenidos de la Sección aluden al inicio del recurso, al plazo del recurso, y al régimen de la reclamación del expediente.

2) En cuanto al inicio del recurso son modificaciones a constatar respecto al régimen precedente las siguientes:

a) La referencia a los plurales objetos de recurso previstos en el nuevo texto: «disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne» (art. 43.1) y la exigencia de la identificación del objeto en el caso de actos presuntos, inactividad o vía de hecho (art. 43.2.c).

b) La extensión a las personas jurídicas en general de la exigencia de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos para entablar acciones (art. 43.2.d), a diferencia del precepto correlativo del texto de la Ley hoy vigente (art. 57.2.d) que se refiere a Corporaciones o Instituciones.

El precepto del Anteproyecto viene a consolidar en sede de ley lo que es hoy jurisprudencia de la Sala 3.ª, que viene exigiendo la acreditación de ese requisito a todas las personas jurídicas, si bien no es una jurisprudencia definitivamente pacífica en todas las secciones de la Sala.

La introducción en la Ley supondrá, sin duda, una garantía de seguridad jurídica, vista dicha jurisprudencia.

c) La novedad de mayor enjundia es la introducción de la posibilidad de iniciar el recurso contra disposiciones generales directamente mediante demanda (art. 43.5), posibilidad que en la Ley hoy vigente sólo se prevé en el recurso de lesividad (art. 57.4 de la L.J.C.A. 1956).

Fuera de los casos en los que la disposición general se impugne por vicios en el procedimiento de elaboración, en los que será necesario el examen del expediente administrativo de elaboración de la misma, en otros muchos la impugnación suele fundarse en pretendidas vulneraciones de normas de superior rango jerárquico por parte de la reglamentaria impugnada, lo que suscita problemas de carácter estrictamente jurídico, para los que la aportación del expediente administrativo suele ser inoperante, de ahí que no tenga sentido demorar la presentación de la demanda, anteponiendo a ella, como es la regla general, una fase de inicio mediante escrito de interposición y reclamación del expediente, que no hace sino retardar innecesariamente la sustanciación del recurso; por ello resulta plausible la novedad, debiéndose observar además que en otros pasajes (art. 64.2) está prevista la posible reclamación del expediente, si ello fuera necesario.

3) Plazo del recurso: artículo 44.

En un precepto de compleja redacción, susceptible, sin duda, de una mejor sistematización, se distinguen distintos supuestos de recursos posibles, precisando el «dies a quo» del plazo, que se mantiene con carácter general en el de dos meses de la actual Ley, salvo en el caso de la vía de hecho, en el que el texto del Anteproyecto no solo se refiere a la determinación del «dies a quo» del plazo, sino que fija además un plazo diferente (10 días).

Los supuestos del precepto pueden sistematizarse, a efectos expositivos, y con referencia fundamentalmente a la fijación de ese «dies a quo», así:

— Impugnación de disposiciones o actos expresos: Dos meses desde el siguiente al de la publicación de la disposición o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa.

— Actos presuntos:

Se parte implícitamente del régimen de éstos, regulado en la L. 30/92 (Arts. 43 y 44), diferente, como es sabido, del precedente régimen de los actos de desestimación presunta por silencio administrativo, del artículo 38 de la vigente Ley jurisdiccional, unificando con el de los actos expresos el plazo general del recurso (lo que es una modificación digna de nota), y señalando en relación con las distintas hipó-

tesis el correspondiente «dies a quo»; que, por lo demás, ya establecía el artículo 44.5 de la Ley 30/1992:

— Supuesto de certificación de actos presuntos emitida en plazo: El día «siguiente a la recepción [al de la, debería decirse] de la certificación».

— Supuesto de no emisión de la certificación en plazo: El día «siguiente a la finalización [al de la finalización, debería decirse] de dicho plazo» (20 días, según el art. 44 L. 30/1992, implícitamente aludido).

— Supuesto en que no fuera necesaria la certificación: El «día siguiente al que, [al del que, debiera decirse] de acuerdo con su normativa específica, el acto pueda entenderse presuntamente desestimado».

Aquí la referencia al acto presuntamente desestimado es claramente incorrecta, pues no debe ser el acto lo aludido, sino la solicitud, la que se entiende desestimada por el acto a impugnar.

— Se contiene una previsión respecto del plazo para la impugnación de actos presuntos por los interesados distintos del solicitante: «El día siguiente a aquel en que la Administración les notifique la certificación del acto presunto pedida por otro o la finalización del plazo legal para emitirla o aquel en que el acto pueda entenderse presuntamente desestimado».

El precepto, totalmente novedoso, suscita algunas dificultades: primero, en cuanto a la precisión de quiénes puedan ser esos «interesados distintos del solicitante», a quienes la Administración haya de notificar la certificación de actos presuntos, y después, por el modo en que se alude a «la finalización del plazo legal para emitirla», que se hace en términos gramaticalmente incorrectos, pues en la construcción total de la frase parece que se alude en términos adversativos, lo que no es lógico, al día en que la Administración «notifique» la certificación o la finalización del plazo. Es claro que la finalización del plazo no se notifica, con lo que no se tratará del «día siguiente a aquel en que la Administración les notifique la certificación del acto presunto o la finalización del plazo legal para emitirla», sino del «día siguiente a aquel en que la Administración les notifique la certificación del acto presunto, o al de la finalización del plazo legal para emitirla».

Quizá la previsión alusiva a esos interesados distintos del solicitante pueda tener que ver con los supuestos de estimación de solicitudes por actos presuntos. Si así fuera, sería aconsejable que el texto fuera más preciso en la enunciación del supuesto.

— Supuestos previstos en el artículo 28 (esto es, de impugnación

del incumplimiento de realizar prestaciones concretas en favor de una o varias personas): «los dos meses se contarán a partir del día siguiente al vencimiento [debiera decirse al del vencimiento] del plazo señalado en dicho artículo» (esto es, el día siguiente al del transcurso del plazo de tres meses que en dicho artículo 28 se prevé).

— Actuaciones en vía de hecho:

En este caso, según se ha anticipado, se establece un plazo de «diez días», diferente del general «a contar desde el día siguiente a la terminación [al de la terminación, debiera decirse] del plazo establecido en el artículo 29 de esa Ley» (20 días desde el requerimiento que en este caso el interesado deberá formular a la Administración actuante, intimándola su cesación, sin que esa intimación sea atendida).

— Recurso de lesividad: «Dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha [al de la fecha, debiera decir] de la declaración de lesividad».

— Litigios entre Administraciones:

— Caso general: «El plazo será de dos meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa».

— Caso del requerimiento regulado en los tres primeros apartados del artículo 42 (esto es, excluidos los requerimientos respecto de la Administración local de los Arts. 65 y 66 de la Ley 7/1985): «el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso, o se entienda [o al en que se entienda, debiera decirse] presuntamente rechazado». Este plazo de rechazo presunto es, según el artículo 42, de un mes.

4) Anuncio del recurso: artículo 45.

Son novedades dignas de notas las siguientes:

a) El anuncio del recurso se realiza en el periódico oficial que proceda según el ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa recurrida.

b) En caso de impugnación de disposiciones generales y de inicio del proceso directamente por demanda, se dispone un anuncio para la posible personación de quienes tengan interés legítimo en sostener la conformidad a derecho de la disposición recurrida en plazo de quince días, con posterior traslado de demanda a los personados.

En este caso no se reclamará el expediente de elaboración de la norma, como ya se indicó más atrás, sin perjuicio de la facultad, otorgada por el artículo 64.2 del Anteproyecto, de reclamarlo de oficio o a petición del actor.

5) Régimen de la reclamación del expediente: artículo 46.

Es una realidad, constatable en el día a día de los actuales recur-

sos contencioso-administrativos, la del bloqueo efectivo de su tramitación por los retrasos en la remisión de los expedientes administrativos, bloqueo debido en la mayor parte de las ocasiones a simples negligencias de los funcionarios o autoridades, obligados a dicha remisión, y también en otras a auténtica voluntad retardataria.

Al propio tiempo los expedientes remitidos suelen adolecer de un excesivo desorden, hasta el punto de que la calificación de «expediente» no se corresponde con lo que en muchas ocasiones se limita a ser un conjunto informe de papeles.

Contra ambos inconvenientes trata de reaccionar el Anteproyecto con una serie de normas que merecen ser elogiadas, y que suponen una importante modificación de la regulación hoy vigente.

Al respecto conviene llamar la atención sobre los siguientes elementos que se contienen en el Anteproyecto:

a) La mayor precisión en la determinación del órgano al que se reclama el expediente.

No se alude, como en la Ley actualmente vigente, a la Administración demandada, sino «al órgano autor de la disposición o acto impugnado o a aquel al que se impute la inactividad o vía de hecho»

b) La obligación, sin duda referida a los órganos administrativos, de sacar «una copia autenticada de los expedientes tramitados en grados o fases anteriores, antes de devolverlos a su oficina de procedencia». Con ello se sale al paso de que en caso de recursos administrativos ordinarios contra resoluciones de órgano de nivel inferior, al ser recurrida en vía jurisdiccional la resolución de aquél, el expediente de la resolución inicial no se encuentra en el órgano superior, con las consiguientes dilaciones.

Al propio tiempo se prevé que la Administración conservará siempre el original o una copia autenticada de los expedientes que envíe. Y si el expediente fuera reclamado por diversos Juzgados o Tribunales la Administración podrá enviar copias autenticadas del original o de la copia que conserve.

Se pone así fin a la situación, suscitada en la actualidad reiteradamente, de excusa de envío del expediente, por haberlo remitido la Administración con anterioridad a otro órgano jurisdiccional diferente del que lo reclama de nuevo..

c) Intento de mayor rigor en el control del plazo de remisión del expediente («a contar desde que la comunicación judicial tenga entrada en el registro general del órgano requerido. La entrada se pondrá en conocimiento del órgano requirente»).

d) El establecimiento de un sistema riguroso de multas coerciti-

vas (de 15.000 a 100.000 Pts.) a la autoridad o empleado responsable de la falta de envío del expediente en plazo, que pueden reiterarse en lapsos de 20 días como mínimo, hasta conseguir la efectiva remisión del expediente, debiéndose dar cuenta al Ministerio Fiscal a partir de la tercera multa, que deberá ser precedida de apercibimiento previo, y sin perjuicio de reiterar la imposición de nuevas multas cuantas veces sea preciso.

El rigor de la imposición de tales multas se compensa con la previsión de una audiencia en Justicia del sancionado ante el Juzgado o Tribunal.

e) Introducción de criterios de mayor formalización en la composición del expediente a remitir. Se remitirá completo, original o por copia, foliado y con un índice de los documentos que contenga.

Se prevé expresamente la exclusión del expediente, mediante resolución motivada, de los documentos clasificados como secreto oficial, haciéndolo constar así en el índice de documentos y en el lugar del expediente donde se encontraran los documentos excluidos.

f) La no reclamación del expediente en el recurso contra disposiciones generales iniciado por demanda, previsión ya aludida antes.

g) Fuera de la Sección 2.^a, existen otras previsiones, a las que en su momento se aludirá, que tienen también como finalidad la de evitar que la falta de remisión del expediente pueda suponer un bloqueo del proceso (como la del art. 51, que permite solicitar la formulación de la demanda, sin la remisión del expediente, cuando ha transcurrido el plazo para su remisión; la del art. 52.1, que permite condicionar la contestación a la demanda de la Administración a la remisión del expediente, si la demanda se formuló sin él; y la del art. 56.2, que supedita la posibilidad de formulación de alegaciones previas al acompañamiento del expediente, si no se ha remitido antes).

Tercero: Sección 3.^a: «Emplazamiento de los demandados y admisión del recurso»: Arts. 47 a 49 incl.

1) También esta Sección, como la anterior, cambia en parte la denominación de su correlativa en la Ley actual («Sección III: «Emplazamiento de los demandados y coadyuvantes»).

El cambio obedece, evidentemente, no solo al hecho de que en el Anteproyecto desaparece la figura del coadyuvante, sino también a que el trámite de inadmisión, que en la Ley hoy vigente se recogía en la Sección 2.^a del Capítulo I del Título IV, pasa a la Sección 3.^a del mismo Capítulo y Título del Anteproyecto.

Una primera interpretación de ese cambio sistemático haría pen-

sar que la razón del mismo pudiera ser la de posponer dicho trámite a la reclamación del expediente; mas de inmediato debe rechazarse tal explicación, si se advierte que el apartado 1 del artículo 49, dice (como su precedente el art. 62.1 de la Ley actual) que «el Juzgado o Tribunal, previa reclamación y examen del expediente, si lo considera necesario, declarará no haber lugar a la admisión del recurso...» etc., con lo que dicho queda que, lo mismo que ahora, la inadmisión puede tener lugar sin la previa reclamación del expediente. Y si ello es así, no se advierte la razón del cambio sistemático.

2) Como novedades en cuanto al emplazamiento de los demandados pueden consignarse las siguientes:

a) La fijación de un plazo de cinco días para que la Administración notifique a los interesados el acuerdo de remisión del expediente, emplazándoles para que puedan personarse en plazo de nueve días (este plazo de personación no cambia).

b) La expresa previsión del envío posterior de los emplazamientos que no hayan podido practicarse en el plazo de remisión, sin demorar ésta.

c) La previsión de publicación de edictos de emplazamiento en el mismo periódico oficial en que se efectuó el anuncio del recurso, si el emplazamiento no pudo practicarse al interesado en el domicilio que conste.

En este caso los así emplazados podrán personarse hasta el momento en que hubiera de dárseles traslado para contestar a la demanda.

3) En cuanto a la personación, en la efectuada fuera de plazo (art. 48.3) se dispone que a los emplazados «se les tendrá por parte para los trámites no precluidos».

El precepto es en parte similar al del artículo 66.2 de la Ley hoy vigente.

Pero se echa de menos en el texto del Anteproyecto la previsión del artículo 66.2 de la Ley actual sobre la omisión de notificaciones ulteriores («si no se personaren oportunamente continuará el procedimiento por sus trámites, sin que haya lugar a practicarles, en estrados o en cualquiera otra forma, notificaciones de clase alguna»). El silencio en cuanto a si se deben o no verificar ulteriores notificaciones a los no personados pudiera suscitar alguna dificultad interpretativa, sobre todo si se plantea una posible aplicación supletoria del régimen de la rebeldía en la L.E.C., dificultad que se evitaría manteniendo en lugar del artículo 48.3 del Anteproyecto, el texto correlativo de la Ley hoy vigente.

4) Por lo que hace al trámite de inadmisión (art. 49), que, como

se ha adelantado, puede tener lugar previa reclamación del expediente o incluso sin ella, son de destacar las siguientes modificaciones:

a) El elenco de motivos de inadmisión del Anteproyecto es sensiblemente coincidente con el de la Ley actual (art. 62.1), (A saber: a) La falta de jurisdicción o competencia del Juzgado o Tribunal; b) La falta de legitimación del recurrente; c) Haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación; d) Haber caducado el plazo de interposición del recurso), aunque se introduce como nuevo motivo de inadmisión (art. 49.1.b) el de «la falta de legitimación del recurrente».

Merece favorable acogida dicha novedad, pues permitirá inadmitir recursos, que lamentablemente proliferan en la actualidad, de personas que, sin ningún interés legítimo discernible, interponen recursos sin sentido, instrumentalizando el proceso y la actuación de los Tribunales al servicio de fines inconfesables o de desahogos de hipotéticos agravios sufridos en el pasado, que provocan reacciones de auténtica querulancia, entorpeciendo el normal trabajo de los Tribunales.

Tal vez pueda suscitar cierta extrañeza el dato de que la ausencia de los requisitos procesales afectantes al recurrente (capacidad, legitimación y postulación) solo el de la legitimación tenga su repercusión en este trámite liminar; pero la aparente anomalía se explica, atendidas las facultades subsanatorias del órgano jurisdiccional (Vid. Arts. 43.3 del texto del Anteproyecto) respecto a los otros requisitos, y la posibilidad de decretar el archivo, si tal defecto no se subsana.

Parece así que la legitimación, a la que se refiere este motivo de inadmisión a limine, es la legitimación directa, alusiva a la titularidad activa del derecho o interés que se acciona en el proceso, mientras que la legitimación indirecta por representación o sustitución puede tener su más adecuado acomodo en el marco de las referidas facultades subsanatorias.

Se reformula en el Anteproyecto el motivo de inadmisión del artículo 62.c) de la Ley hoy vigente, en término de mayor generalidad («Haber interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación»), y se introduce un motivo de inadmisión específico por manifiesta falta de fundamentación, referido al objeto, así mismo muy específico, de la impugnación de actuaciones constitutivas de vía de hecho. Sobre el particular el artículo 49.2 del Anteproyecto dispone: «Cuando se impugne una actuación material constitutiva de vía de hecho, el Juzgado o Sala podrá también inadmitir el recurso si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido».

La propia extremosidad de la vía de hecho comporta la posibilidad de un control liminar de su existencia, lo que explica la introducción de este específico motivo de inadmisión, que, en definitiva, no es sino una hipótesis de manifiesta carencia de contenido del recurso, motivo de inadmisión no establecido en general para otros casos.

Si la modificación de la Ley persigue, entre otros, un fin de mayor eficacia del proceso, dada la situación crítica de la Jurisdicción en estos momentos, tal vez no estuviera de más una reflexión sobre una posible ampliación de las causas de inadmisión, generalizando, con las debidas cautelas, una causa similar a la que se acaba de analizar.

Por poner un ejemplo surgido de la experiencia práctica de múltiples recursos planteados ante el Tribunal Supremo: los supuestos en los que se impugnan disposiciones generales, sin postular expresamente su nulidad, sino reclamando que se le adicionen determinados contenidos, o que los preceptos cuestionados se redacten de otra forma, ¿no merecerían un rechazo a limine, tan justificado como el de impugnación de inexistente vías de hecho? Y más, visto que las pretensiones de tal signo en ningún caso podrían ser atendidas, por chocar directamente con el precepto del artículo 69.2 del Anteproyecto, al que en su momento nos referiremos.

No sería difícil encontrar ejemplos similares de otro signo.

b) Es novedad, más aparente que real, la necesidad de atenerse en el caso de inadmisión por falta de jurisdicción o de competencia a lo dispuesto en los Arts. 5.3 y 7.3 del Anteproyecto, que no es sino la traslación a sede de inadmisión de lo que ya viene declarado en otros preceptos, que también existen en la Ley hoy vigente (a saber: Arts. 5.2 y 3 y 8.3), aunque en ella no se hiciese remisión a las mismos en el precepto correlativo de la inadmisión (art. 62 de la Ley actual). En todo caso el recordatorio del mandato de los Arts. 5.3 y 7.3 del Anteproyecto en su artículo 49.5 merece un juicio positivo.

Cuarto: Sección 4.^a: «Demanda y Contestación»: Arts. 50 a 55 incl.

1) A partir de esta Sección y hasta la Sección 9.^a del Capítulo I hay ya una absoluta correlación de la nomenclatura con las de la Ley hoy vigente.

2) Es novedad muy significativa (art. 51) la de la posibilidad de que el recurrente «transcurrido el término para la remisión del expediente sin que éste hubiera sido enviado» pueda pedir, «por sí o a iniciativa del Juez o Tribunal, que se le conceda plazo para formalizar la demanda».

«Si después de que la parte demandante hubiera usado del dere-

cho establecido en el apartado anterior se recibiera el expediente, éste se pondrá de manifiesto a las partes demandantes y, en su caso, demandadas por plazo común de diez días para que puedan efectuar las alegaciones complementarias que estimen oportunas».

Ya se anticipó en otro lugar la referencia a este precepto, que puede suponer un medio eficacísimo para eliminar en muchos casos la oportunidad de bloqueo del proceso de que dispone en la actualidad la Administración, por el simple medio de eludir o retrasar la remisión del expediente.

La previsión de unas posibles alegaciones complementarias en caso de remisión tardía del expediente compensa la relativa dificultad en que puede encontrarse el recurrente, al formular su demanda, sin tener el expediente a la vista.

Se completa la finalidad buscada por este nuevo mecanismo procesal con la previsión, aludida en otro momento, del artículo 52.1, de condicionar en ciertos casos («cuando el Juez o Tribunal lo considere imprescindible para decidir el asunto») la contestación de la Administración a la demanda al acompañamiento del expediente con la misma.

Y es igualmente complementaria de la previsión que ahora nos ocupa la de condicionar las alegaciones previas (art. 56.2) a idéntica exigencia de remisión del expediente.

3) En el traslado de la demanda para contestación deben hacerse algunas observaciones:

a) El artículo 52 del Anteproyecto prevé dicho traslado, con entrega del expediente administrativo «a las partes demandadas».

No a las partes demandadas que hubieren comparecido, como exige en su artículo 68.1 la Ley hoy vigente, lo que puede suscitar alguna dificultad interpretativa.

La lógica de la existencia de un trámite previo de emplazamiento y de personación conduce a la consecuencia de que sólo puedan entenderse las actuaciones con los comparecidos; pero no puede descartarse, aunque no parezca correcta, la interpretación literalista del precepto, que introduzca un indudable factor de dificultad.

Añádase a ello la observación, hecha en momento anterior (Tercero.3) sobre el silencio del texto del Anteproyecto, en comparación con el precepto correlativo de la Ley hoy vigente, en cuanto a la no necesidad de ulteriores notificaciones de los emplazados no personados.

Parece así recomendable que el precepto comentado sea más preciso, y, a semejanza del precedente, se refiera a los demandados que hubieran comparecido.

b) Como con carácter general en el Anteproyecto (art. 48.2), lo mismo que en la Ley hoy vigente (art. 63.3), la personación de las Administraciones (a las Administraciones Públicas, sin limitación, se refiere el art. 48.2 del Anteproyecto, mientras que el art. 63.3 de la Ley actual se refiere solo a la Administración del Estado) se produce por el envío del expediente, en el caso de que la demanda se haya formulado sin haberse recibido el expediente, posibilidad nueva introducida en el Anteproyecto, surge una situación especial, que en él se solventa (art. 52), disponiendo que en este caso «se emplazará a la Administración demandada para contestar apercibiéndola de que no se admitirá la contestación si no va acompañada de dicho expediente, cuando el Juez o Tribunal lo considere imprescindible para decidir el asunto».

Se trata, pues, de un emplazamiento específico para contestar a la demanda, diferente del general para personarse por la remisión del expediente.

El condicionamiento de la eficaz contestación a la remisión del expediente se deja en exclusiva a la consideración del Juez o Tribunal. Se echa de menos al respecto la posibilidad de una petición vinculante del actor.

c) El apartado 5 del artículo 52 del Anteproyecto contiene una previsión singular «si la Administración demandada fuera una Administración local y no se hubiere personado en el proceso pese a haber sido emplazada», en cuyo caso, «se le hará no obstante traslado de la demanda para que en el plazo de veinte días [el general para la contestación], pueda designar representante en juicio o comunicar al Juez o Tribunal, por escrito, los fundamentos por los que estimare improcedente la pretensión del actor».

No se alcanza a comprender el trato singularizado respecto de las demás Administraciones.

Al precepto puede encontrarsele quizás antecedente en el artículo 68.5 de la Ley actual, que prevé que «si no hubiera comparecido la Entidad local o Corporación demandada se le dará traslado de la demanda para que, dentro del plazo de 15 días, si lo estima oportuno, suministre al Abogado del Estado antecedentes para la mejor defensa de la resolución reclamada».

Ese precepto de la Ley actual se encuadra en un contexto normativo distinto del Anteproyecto, por lo que la explicación que pudiera tener aquél no puede trasladarse a éste.

En primer lugar, el precepto de la Ley actual referente a la personación de la Administración por el envío del expediente se refiere exclusivamente a la Administración del Estado (art. 63.2), mientras que

en el Anteproyecto el precepto correlativo (art. 48.2) se refiere en general a las Administraciones Públicas.

Ello sentado, la hipótesis de una posible fase de contestación a la demanda sin previa personación, no es otra que la de falta de envío del expediente y formulación de la demanda sin él (salvo hipótesis, que no parecen ser las contempladas en el precepto, de Administraciones locales codemandadas que no sean autoras de la actuación impugnada). Y si ello es así, parece que el artículo 52.1 del Anteproyecto, comentado en el apartado anterior, cubre perfectamente la situación procesal de la Administración local demandada, sin necesidad de una singularización especial de la misma.

En segundo lugar, en el antecedente de la Ley actual el precepto se establece como medio al servicio de la defensa de la Administración local por el Abogado del Estado; mas en el marco en el que se debe insertar el Anteproyecto esa intervención del Abogado del Estado en defensa de dicha Administración ya no es posible (Vid. art. 23 del Anteproyecto en relación con el art. 447.2 de la L.O.P.J.).

Siguiendo el itinerario que abre el precepto, nos encontraríamos, de hacer uso la Administración local de la facultad de designar un representante, con la duda de cuál deba ser el papel del representante, de si deberá o podrá contestar a la demanda (eso sería lo lógico, pues si no, ¿para qué la representación?) y cuál será el plazo al efecto, si el de la propia personación del representante u otro distinto. No se concreta la calidad de ese representante, aunque por exigencias del artículo 447.2 de la L.O.P.J. deberá ser uno de los Abogados a que este precepto se refiere.

La alternativa a la designación de representante en juicio es la comunicación al Juez o Tribunal por escrito de los fundamentos por los que la Administración demandada estimare la improcedencia de la pretensión del actor; pero eso en definitiva no es sino una contestación a la demanda, aunque se eluda incomprensiblemente esa calificación.

Si lo que está en la base del precepto es la previsión de que para Administraciones locales modestas pueda ser en exceso costosa la actuación de Abogados, y se les abre el cauce de unas alegaciones de oposición más informales, debiera decirse con más claridad.

No parece que el precepto tenga una aceptable razón de ser.

4) En la regulación de la contestación a la demanda conviene hacer varias observaciones:

a) En el artículo 52.2 y 3, en cuanto al orden de contestación a la demanda, la regulación es más imprecisa que la de su antecedente el artículo 68.2 de la Ley actual, pues aunque está implícita la idea de que

la contestaciones («primero por la Administración») deben ser sucesivas, no se dice así de modo expreso, como lo dice la Ley hoy vigente.

El precepto contempla la hipótesis de codemandados plurales que no actúen bajo una misma dirección, para imponerles la contestación simultánea, y no sucesiva, a la demanda; pero omite la de codemandado único o de codemandados plurales que actúen bajo una misma dirección; si bien deben considerarse implícitas dichas hipótesis.

Es novedad la de que, mientras en la Ley actual en caso de codeemandados múltiples que no actúen bajo la misma dirección la exhibición del expediente, en lugar de su entrega, es posibilidad que se deja a la solicitud del demandante, en el Anteproyecto se impone de modo taxativo esa exhibición, y no entrega.

b) El Anteproyecto, en caso de que la parte no contestara a la demanda en el plazo concedido al efecto (art. 52.4), dispone tan solo que «se la tendrá por decaída de su derecho a contestar».

Con ello no se resuelve cuál pueda ser el ulterior papel de la parte demandada, lo que puede suscitar dificultades, sobre todo si se acude a una posible aplicación supletoria de la L.E.C.

La Ley hoy vigente (art. 68.6) es más precisa, pues dispone que «será declarada en rebeldía, sin perjuicio de que pueda comparecer en cualquier estado del pleito, entendiéndose con ella la sustanciación, pero sin que éste pueda retroceder en ningún caso».

No se advierte la razón por la que no deba mantenerse el texto mucho más claro de la Ley actual.

c) Es novedad especialmente significativa (art. 54.2) la del posible requerimiento de subsanación de faltas de que adolezca la demanda, previo examen de oficio por el Juzgado o Tribunal, con archivo de las actuaciones, si no se subsanan.

El precepto merece un juicio favorable desde una doble perspectiva:

— la de evitación de posibles inadmisibilidades subsanables, en aras del principio «pro actione» (del que es expresión terminante el art. 134.3 del Anteproyecto).

— la de evitar en lo posible procesos claramente destinados al fracaso, con ahorro del trabajo del órgano jurisdiccional.

d) En la aportación de documentos (art. 54.5) la norma tradicional de veda de la aportación de documentos después de la demanda y contestación experimenta un doble retoque en la del Anteproyecto (art. 54.4):

— Por una parte, en vez de referirse, como hace la Ley hoy vigente, a los documentos que funden el derecho de la parte, que son los que

deben aportarse en este trámite. (Vid. art. 54.2 del Anteproyecto y art. 69.3 de la Ley actual), se refiere, sin más a «documentos», lo que puede suscitar una dificultad de coordinación el precepto con el del artículo 134.2, que abre cauce para que en momento posterior a la demanda y contestación puedan aportarse documentos acreditativos de los requisitos de los actos de las partes, o subsanatorios de vicios producidos en actos anteriores.

La precisión de los documentos a los que se refiere la veda de aportación tardía, en los mismos términos que la Ley actual, parece recomendable.

— Por otra, se suprime la posibilidad, prevista en la Ley hoy vigente (art. 69.3), de la aportación de nuevos documentos por el demandante, para desvirtuar las alegaciones del demandado.

Tal supresión puede explicarse desde una perspectiva del principio de igualdad de las posiciones de las partes en el proceso, pues la posibilidad suprimida se asemeja, en realidad, a un trámite de réplica sin dúplica. Desde esa perspectiva de análisis, en un puro terreno de principios, la norma podría merecer un juicio positivo.

No puede dejarse de significar, no obstante, que desde esa misma perspectiva la situación de la Administración en el proceso, (que es por regla general la parte demandada, salvo en el proceso de lesividad), y sobre todo antes de él, no es de igualdad con el recurrente, por lo que una norma como la de la Ley actual, suprimida en el Anteproyecto, tiene un sentido reequilibrador, que la hace perfectamente justificable aun en el marco de aquel aludido principio.

e) Una de las principales novedades a destacar en el Anteproyecto es (art. 55) la de que el actor pueda «pedir por otrosí de su demanda que el recurso se falle sin necesidad de prueba ni tampoco de vista o conclusiones. Si la parte demandada no se opone, se citará a las partes para sentencia o se efectuará señalamiento para votación y fallo una vez contestada la demanda, salvo que el Juez o Tribunal haga uso de la facultad que atribuye el artículo 59 de esta Ley» (la de acordar de oficio la práctica de pruebas).

El precepto merece un juicio muy favorable, pues son muchos los casos de recurso, cuyo contenido puede quedar totalmente agotado en demanda y contestación, y en los que no existe razón para dilatar su solución con la carga de trámites perfectamente prescindibles.

Quinto: Sección 5.^a: Alegaciones Previas: Arts. 56 y 57.

Como novedades dignas de nota en esta Sección se pueden señalar las siguientes:

a) Se altera ligeramente la enunciación de los motivos de alegaciones previas en relación con el texto de la Ley vigente (art. 71)

En éste se alude a «los motivos que, con arreglo al artículo 82, pudieren determinar la falta de jurisdicción, la incompetencia del Tribunal o la inadmisibilidad del recurso».

Como en el referido artículo 82 el elenco de motivos de inadmisibilidad se encabeza con el del apartado a), que alude a la falta de jurisdicción o incompetencia, hay en realidad una reiteración, siendo claro que los motivos de alegaciones previas coinciden estrictamente con los de inadmisibilidad.

El Anteproyecto (art. 56.1 en relación con el art. 67), sin embargo, alude a «los motivos que pudieran determinar la incompetencia del órgano jurisdiccional o la inadmisibilidad del recurso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 67 de esta Ley», debiéndose destacar que en este artículo no se incluye la incompetencia del órgano jurisdiccional entre los motivos de inadmisibilidad, con lo que no se da la estricta correspondencia de la Ley hoy vigente entre alegaciones previas y motivos de inadmisibilidad.

b) El artículo 56.2 establece una norma nueva, aludida en momentos anteriores de este estudio, según la cual «para hacer uso de este trámite la Administración demandada habrá de acompañar el expediente administrativo si no lo hubiera remitido antes».

Se persigue evidentemente forzar a la Administración a la remisión del expediente, y el supuesto implícito de partida será el de demandas formuladas sin expediente, que es el caso del artículo 55.

El precepto no tiene una explicación que pueda ser aceptable sin reservas.

Dada la índole de los motivos, para resolver sobre ellos resultará en la mayor parte de los casos innecesario el análisis del expediente (piénsese, p. ej., en una falta de jurisdicción); por lo que no parece justificado condicionar el trámite a un requisito que poco o nada tiene que ver con el trámite mismo.

La remisión del expediente en este caso sólo tendrá normalmente sentido en caso de desestimación de la alegación previa, y en orden a una ulterior sentencia de fondo.

Tal vez fuese más prudente limitar el radical condicionante comentado a los supuestos en los que el demandante, pese a optar por la facultad que le atribuye el artículo 51 del Anteproyecto, hubiera insistido, no obstante, en su demanda en la remisión del expediente.

c) El éxito de la alegación previa determinará el que (art. 57.4) «se declarará la inadmisibilidad del recurso y se ordenará la devolución

del expediente administrativo a la oficina de donde procediere. Si se hubiere declarado la falta de jurisdicción o de incompetencia se estará a lo que determinan los artículos 5.2 y 7.3 de esta Ley».

Parece más técnica la formulación de la consecuencia de la apreciación de la alegación previa: la declaración de inadmisibilidad del recurso, que la menos expresiva del precepto correlativo de la Ley ahora vigente (art. 73.1): «se declarará sin curso la demanda».

Conviene observar, no obstante, que la declaración de inadmisibilidad no se adecúa, sin embargo, al supuesto de apreciación de la incompetencia del órgano jurisdiccional, pues la inadmisibilidad es procesalmente un modo de terminación del proceso, que en tal caso no se produce, al remitirlo al órgano competente para su continuación en él (art. 7.3), cosa que no ocurre en los demás supuestos de alegaciones previas triunfantes.

Sexto: Sección 6.^a: Prueba: Arts. 58 y 59.

Como novedades dignas de nota de esta Sección deben destacarse:

a) La posibilidad de pedir el recibimiento a prueba no sólo por otrosí de los escritos de demanda y contestación, sino también en los de alegaciones complementarias (art. 58.1).

Son éstas las que pueden formularse en casos en que no se hubiera remitido en plazo el expediente administrativo, y por ello se hubiera hecho uso de la facultad de formular la demanda sin expediente, si después se remite éste, en cuyo caso, según se ha indicado con anterioridad, se da vista del mismo para formulación de alegaciones.

b) La desaparición del requisito de que deban determinarse los puntos de hecho sobre los que debe versar la prueba.

No parece que tal supresión deba merecer un juicio favorable, pues esa determinación es absolutamente razonable, para precisar el objeto de la prueba desde el principio.

c) La previsión singular y taxativa del recibimiento a prueba por la disconformidad en los hechos en caso de que el objeto del recurso fuera una sanción administrativa o disciplinaria (art. 58.2), sin que en este caso se supedite, como es lo general, al juicio del órgano jurisdiccional.

d) La distinción de un plazo de proposición (15 días) y uno de práctica (de 30) (art. 58.3), a diferencia de la regulación de la Ley hoy vigente, en que el período de prueba es único para proponer y practicar (art. 74.3).

La división del período de prueba puede explicar la supresión del

requisito aludido en el apartado a) anterior, aunque no parece una justificación suficiente de la misma.

e) La posible delegación de la práctica de la prueba en un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, (art. 58.4), que viene a sustituir idéntica posibilidad de la Ley hoy vigente (art. 74.3) respecto de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.

f) La previsión (art. 58.5), alusiva a los recursos sobre cuestiones de personal, de que, concluido el período de prueba, se citará a las partes para sentencia o se señalará para votación y fallo.

No parece que tal precisión tenga nada que ver con la regulación de la prueba, por lo que su encuadramiento sistemático resulta harto discutible.

Al haber desaparecido, según se indicará mas adelante, entre los procesos especiales el de las cuestiones de personal, las escasas singularidades del mismo, según la Ley hoy vigente, que se conservan en el Anteproyecto, se van incluyendo como especialidades del régimen común a lo largo de su texto, con mayor o menor fortuna. En este caso con muy escasa.

Séptimo: Sección 7.^a: Vista y Conclusiones: Arts. 60 a 64 incl.

1) En la Ley hoy vigente el trámite de vista o conclusiones es un trámite necesario, en régimen alternativo, en el que la Ley deja a la decisión del Tribunal, previa petición de las partes, la posible celebración de vista, e imponen todo caso el trámite de conclusiones, si no se acuerda el de vista.

Esta regulación resulta muy sensiblemente alterada en la del Anteproyecto.

En ella deben señalarse como elementos de novedad los siguientes:

a) El Anteproyecto parte de la posibilidad de celebración de vista, de conclusiones o de que se declare concluso el pleito sin más trámites, dejando la opción entre esas tres posibilidades a la solicitud de las partes, y vinculando al Tribunal a la petición concurrente de aquellas (art. 58.1 y 3).

Es importante destacar la novedad, pues, a diferencia de la regulación de la Ley hoy vigente, ante una petición concurrente de vista no se deja alternativa, para que el Tribunal pueda imponer las conclusiones escritas.

El cambio, sin duda importante, merece diferente juicio según el punto de vista que se adopte. Desde el de garantía de las partes, representa un indudable progreso; pero desde criterios de eficacia, de la dis-

ponibilidad de tiempo del órgano jurisdiccional, y de celeridad del proceso, la nueva regulación puede ser cuestionable.

El apartado 4 del artículo 60 prevé que las partes no hubieran formulado solicitud alguna, en cuyo caso «se citará para sentencia o se señalará para votación y fallo».

Y se prevé asimismo que «excepcionalmente, el Juez o Tribunal, atendida la índole del asunto, podrá acordar la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas».

Comoquiera que las dos previsiones se integran en el mismo apartado, es lógico pensar que la facultad excepcional atribuida al Juez o Tribunal se refiera al caso de que no se haya formulado solicitud alguna, ni de vista, ni de conclusiones, ni de que se declare concluso el pleito sin una ni otras. Pero, en evitación de posibles dudas, no estaría de más, si es la correcta la explicación que precede, que el punto final del Apartado 4 artículo 60 se refiriese expresamente al caso regulado en el punto anterior, diciendo: «en este caso...».

Si, por el contrario, la facultad excepcional se quisiese extender incluso al caso de que las partes hubiesen solicitado que se dé por concluso el pleito sin vista ni conclusiones, lo procedente serían separar la previsión del apartado 4, y recogerla en un nuevo apartado. Parece, no obstante, que en este último caso, ante una solicitud contraria concurrente de todas las partes, carece de sentido la decisión contraria del órgano jurisdiccional.

b) Se regula expresamente en el Anteproyecto (art. 61.2) el modo de celebración de la vista, a diferencia de la Ley hoy vigente, si bien sin diferencias con lo que venía regulado en la L.E.C.

Es de destacar en la ordenación de la vista la previsión de que «el Juez o el Presidente de la Sala, por sí o a través del Magistrado Ponente, podrá invitar a los defensores de las partes, antes o después de los informes orales, a que concreten los hechos y puntualicen, aclaren o rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar el objeto del debate».

c) Se reduce el plazo para formulación del escrito de conclusiones (del de 15 días del art. 78.2 de la Ley hoy vigente, al de 10 días del art. 62.2 del Anteproyecto).

d) Se enuncia de modo diferente, y en sentido más restrictivo, la facultad del órgano jurisdiccional (art. 63.2) de planteamientos no abordados por las partes, los que en el Anteproyecto se limitan a «motivos relevantes para el fallo», mientras que en la Ley hoy vigente tienen una mayor extensión, al referirse a «cuestiones que no hayan sido planteadas en los escritos de las partes».

En este punto el Anteproyecto se ajusta más al carácter dispositi-

vo del proceso y a la congruencia con los planteamientos de las partes; y al mismo tiempo responde a una adecuada coordinación con el artículo 32.2, mejorando la relación entre ambos, en comparación con la relación entre los Arts. 43. 2 y el 79. 2 de la Ley hoy vigente. Mientras que en el Anteproyecto el límite de las facultades de planteamiento del Tribunal en los dos diferentes momentos a que se refieren sus Arts. 32.2 y 63.2 alude en ambos casos a «motivos», en la Ley actual el artículo 43.2 se refiere a «motivos» y el 79.2 a «cuestiones» que no hayan sido planteadas.

El concepto de «cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación» (art. 63.1), cuyo planteamiento se veda a las partes en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones, es más amplio que el de «motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados».

En la Ley hoy vigente, dada la redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 79, lo que se les veda a las partes se reconoce como facultad del Tribunal.

En el Anteproyecto lo reconocido al órgano jurisdiccional es de menor amplitud que lo vedado a las partes.

e) Es novedad destacable, aunque quizás la colocación sistemática del precepto no sea la más adecuada (art. 64), la atribución general de preferencia a los recursos directos contra disposiciones generales, preferencia general que además se concreta en su anteposición «para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo, sea cual fuere su instancia o grado, salvo el proceso especial de protección de derechos fundamentales».

Merece un juicio muy positivo esta preferencia legal, pues la rapidez en la solución de los recursos directos contra disposiciones generales puede contribuir a limitar posibles recursos de impugnación indirecta contra actos aplicativos, y puede ser una medida adecuada para disminuir la abrumadora carga de asuntos que gravita sobre la jurisdicción contencioso-administrativa.

f) Con la misma valoración crítica respecto a su encuadramiento sistemático (tal vez el adecuado pudiera ser el propio artículo 45 en un nuevo apartado, u otro a continuación), debe destacarse la previsión de que «cuando el recurso contra disposiciones generales se hubiera iniciado por demanda, el Tribunal podrá recabar de oficio o a petición del actor el expediente de elaboración, siendo en tal caso de aplicación lo dispuesto en el artículo 46 [las normas aplicables en la reclamación del expediente]. Recibido el expediente, se pondrá de manifiesto a las partes por cinco días para que formulen alegaciones».

Octavo: Sección 8.^a: Sentencia: Arts. 65 a 71 incl.

Como novedades dignas de nota en la Sección referida a la sentencia pueden señalarse las siguientes:

1) En lo atinente a la inadmisibilidad deben constatarse:

— La explícita consagración de la posibilidad de inadmisión parcial del recurso, en relación con alguna de sus pretensiones.

La posibilidad o no de inadmisiones parciales ha sido una cuestión polémica en la jurisprudencia, que el Anteproyecto zanja con buen criterio, pues no se advierte el por qué en caso de pluralidad de pretensiones la respuesta judicial a las mismas no pueda ser diferenciada, y que respecto a unas pueda declararse la inadmisibilidad, lo que dejará abierta la posibilidad de un posterior replanteamiento, no vedado por un efecto de cosa juzgada, y respecto a otras pueda pronunciarse una decisión de fondo con efecto de cosa juzgada.

— La supresión de la incompetencia del órgano como motivo de inadmisibilidad.

En realidad tal supresión, con referencia a la Ley hoy vigente, la venía proclamando una jurisprudencia constante, a partir de la S.T.C. 22/1985, que la estimó contraria al derecho de tutela judicial efectiva.

El Anteproyecto en este punto, como en otros, no hace sino dar estado legal a lo que era una praxis jurisprudencial.

El contraste con la falta de jurisdicción, que sigue recogándose en el elenco de motivos de inadmisibilidad, es explicable, porque lo que no tiene cabida en una sana concepción del derecho de tutela judicial efectiva es que, existiendo en la Ley jurisdiccional el deber del órgano jurisdiccional incompetente de remisión del recurso al competente (art. 8.3 de la Ley hoy vigente), el proceso pudiera terminar sin una respuesta de fondo, aplicando un motivo de inadmisibilidad.

En el caso de la falta de jurisdicción, sin embargo, (art. 5.3 de la Ley hoy vigente) no existe ese deber de remisión, sino solo el de señalamiento de la jurisdicción competente, con reserva de la acción en los términos establecidos en la Ley, lo que justifica plenamente que desde un órgano de un orden jurisdiccional, del que no puede obtenerse una respuesta de fondo, pueda concluirse el proceso con una respuesta meramente procesal.

— La reformulación del motivo alusivo a los actos no susceptibles de impugnación, para dar respuesta a la nueva formulación de objetos del proceso. El motivo aludido se formula así (art. 67.c): «que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación».

— La adición de la litispendencia junto con la cosa juzgada.

La litispendencia no es sino una versión anticipada de la cosa juzgada, lo que explica una cierta praxis judicial de extender a aquélla el motivo de inadmisibilidad referido a ésta, criterio que se introduce en sede legal, lo que merece un juicio favorable.

— La supresión, como motivo de inadmisibilidad, de la infracción de los requisitos de forma en los escritos de interposición o de demanda, lo que venía exigido por la primacía del derecho de tutela judicial efectiva y principio «pro actione», y que se explica además por las facultades de requerimiento de subsanación de esos defectos contenidos en otros preceptos, lo que determinará que, llegados al momento de sentencia, se habrán subsanado, o se habrán archivado antes las actuaciones, por lo que no se habrá podido llegar a ese momento.

— Fuera de esas modificaciones el elenco de motivos coincide con el de la Ley hoy vigente.

2) En el contenido de la sentencia estimatoria deben consignarse las siguientes modificaciones:

a) Las consecuentes a los nuevos objetos posibles del recurso, que se reflejan en los apartados 1.a) y c) del artículo 69 («a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la *actuación impugnada*»; la novedad en lo subrayado, que, obviamente, es nuestro; «c) Si la medida consistiera en la omisión de un acto o en la práctica de un actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo»).

b) La más estricta definición del contenido de las sentencias de condena a indemnización de daños y perjuicios: («d”) Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia firme fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará deferida al período de ejecución de sentencia»).

Son elementos a destacar, expresivos de la modificación:

— El de la necesidad de señalar quién viene obligado a indemnizar.

— El de la necesidad de establecimiento en sentencia de las bases para la determinación de la cuantía.

c) La veda expresa (art. 69.2) de que los Jueces y Tribunales puedan «determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen»,

o el «contenido discrecional de los actos anulados, salvo que, como consecuencia de la anulación, solo sea posible una única solución y exista base para ello en los autos».

En la realidad actual son harto frecuentes los recursos directos contra disposiciones generales en los que se pretende que el Tribunal introduzca modificaciones de contenido en dichas disposiciones tras su anulación, o condene a la Administración a introducirlas.

La respuesta reiterada del Tribunal Supremo, salvo en el supuesto del artículo 85 de la Ley Jurisdiccional vigente, es la de que es ajena a la función jurisdiccional, y exclusiva del ejecutivo, la redacción de las normas generales, pese a lo cual las pretensiones en ese sentido van en aumento.

La veda expresa que nos ocupa es así especialmente oportuna, para reforzar, con la referencia a un precepto procesal tan preciso, lo que la jurisprudencia viene fundamentando en criterios inequívocos de mayor generalidad.

El precepto referido no tiene salvedad alguna, ni siquiera la que en la Ley hoy vigente (art. 85) se refiere a las Ordenanzas Fiscales, felizmente desaparecida en el Anteproyecto.

3) En la relación de los efectos de la sentencia según los casos (inadmisibilidad, estimación o desestimación) (art. 70) conviene destacar las siguientes novedades:

a) La prevista publicación en los periódicos oficiales de las sentencias firmes que anulen una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas para garantizar su eficacia «erga omnes».

El artículo 70.2 del Anteproyecto dispone al respecto:

«La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su texto íntegro en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas».

En el precepto se mezclan dos cuestiones diversas: los efectos generales de las sentencias anulatorias de actos, y la publicación como medio para garantizarlos, aspectos ambos que merecerían una regulación separada.

En el modo en que se hace la regulación pueden surgir dificultades interpretativas al relacionar dicho precepto con el del artículo 71.

Sería más adecuado que en el precepto que ahora nos ocupa se

dispusiera tan solo la publicación de las sentencias, y que la definición de los límites de sus efectos se recogiese exclusivamente en el artículo siguiente.

Refiriéndonos solo al punto de la publicación, es precisa una doble observación:

— Parece excesiva la publicación del texto íntegro de las sentencias anulatorias de disposiciones generales en el mismo periódico oficial en el que se publicó la disposición anulada, lo que puede plantear dificultades de espacio en los periódicos oficiales, con el riesgo de retrasos en la publicación, siendo suficiente para el fin a que responde el precepto la simple publicación del fallo, con la indicación precedente, si es preciso, del recurso en el que se ha dictado.

— En cuanto a la publicación de las sentencias anulatorias de actos que afecten a una pluralidad indeterminada de personas, y a diferencia de lo que ocurre con las anulatorias de disposiciones generales, no se concreta el periódico en el que debe efectuarse, por lo que sería conveniente que se hiciera, pudiendo ser dicho periódico el mismo en el que el recurso se hubiera anunciado.

b) La determinación de los límites de la eficacia de las sentencias anulatorias de disposiciones generales se hace, en parte, según se ha visto, en el artículo 70.2 («... tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado...» etc.) y en parte, en el artículo 71, que dice sobre el particular: «Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aun no ejecutadas completamente».

El precepto en su parte inicial es un reflejo del antiguo artículo 120 de la L.P.A., derogado por la Ley 30/92, sin que en la misma exista precepto correlativo. El silencio de la Ley 30/92 en ese punto es explicable, toda vez que el supuesto de anulación de disposiciones generales por vía de recurso administrativo, que en la L.P.A. era el presupuesto lógico de su artículo 120, no se da en aquella (Vid. art. 107.3).

Se daba así una laguna legal, que viene a ser llenada muy oportunamente por el Anteproyecto.

En su segunda parte responde a la misma razón de principio que la de la eficacia retroactiva en lo favorable de las normas sancionadoras.

Si se relacionan el artículo 70.2 y el 71 resultará que los actos no firmes anteriores a la publicación de la sentencia anulatoria de la dis-

posición general no serán beneficiarios de los efectos generales de ésta, que se producen desde el día de la publicación, pese a que el artículo 71 solo salva de la afectación de la sentencia a «las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales», con lo que prácticamente quedarían equiparados en la no afectación por la sentencia todos los actos anteriores, firmes o no firmes.

Quizá pudiera entenderse que la clave pudiera estar en la expresión «no afectarán por sí mismas», lo que dejaría a salvo la posibilidad de ulteriores posibles impugnaciones de actos no firmes, tomando como presupuesto la anulación; pero el distingo parece un tanto artificioso.

c) Se regulan los efectos de la sentencia estimatoria de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada (art. 70.3), que «solo producirá efectos entre las partes», si bien se establece que «no obstante, tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 105 y 106», en los que en la ejecución de sentencia se articula un incidente específico para esa extensión.

La posibilidad abierta con estos preceptos, unida a la del artículo 36.2 (posibilidad de no acumular recursos con idéntico objeto, tramitando uno o varios con carácter preferente, y suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros), puede ser un instrumento muy valioso de solución eficaz de recursos masivos, aunque se refieran a distintas situaciones individuales.

Noveno: Sección 9.^a: Otros modos de terminación del procedimiento: Arts. 72 a 75 incl.

1. a) La novedad fundamental es la introducción como modo de terminación, además de los precedentes supuestos de desistimiento, allanamiento y satisfacción extraprocesal de la pretensión, el del acuerdo de las partes (art. 75).

Se establece este nuevo modo en los procedimientos en primera o única instancia y respecto de «materias susceptibles de transacción y, en particular cuando verse [el recurso] sobre estimación de cantidad».

En estos casos «el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formulada la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia».

«El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones y podrá producirse en cualquier momento anterior al día de la vista, citación para sentencia o señalamiento para votación y fallo».

«Si las partes llegan a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.»

No es fácilmente explicable la salvedad final, que se corresponde con otras del mismo signo en los otros modos de terminación, a los que nos referiremos después, aunque en este caso la salvedad se amplía, pues además la manifiesta contradicción al ordenamiento jurídico, se añade la posibilidad de que el acuerdo pueda ser lesivo al interés público o de terceros.

En un proceso, regido por el principio dispositivo, no tiene adecuado encaje la facultad, otorgada al órgano jurisdiccional, de vedar la terminación de un proceso en el que la controversia que le sirve de objeto ha desaparecido por el acuerdo de las partes.

Dicho acuerdo en su validez o en sus vicios no nace de ninguna resolución jurisdiccional, por lo que el auto declarando terminado el proceso no compromete en modo alguno al órgano jurisdiccional, sino que se trata de una resolución de efectos meramente procesales.

La situación jurídica constituida por el acuerdo en ningún caso es imputable al órgano jurisdiccional, por lo que carece de sentido atribuirle una facultad de imponer, contra la voluntad de las partes, la necesidad de una sentencia de fondo, en la que se puedan hacer pronunciamientos contrarios al acuerdo.

Sería recomendable que el texto definitivo de la Ley no incluyera esa salvedad, sino que en todo caso, obtenido el acuerdo, se deba dictar un auto de terminación del proceso.

Cosa diferente pudiera ser la simple advertencia por parte del órgano judicial de las posibles vulneraciones del ordenamiento jurídico, en que pueda incurrir el acuerdo, por sí, a la vista de la advertencia, las partes consideran conveniente desistir del acuerdo, y mantener vivo el proceso.

En cualquier caso, esa posible advertencia debiera referirse en exclusiva a las eventuales infracciones del ordenamiento jurídico, y no así al interés público o de terceros, cuya apreciación difícilmente podrá estar al alcance del órgano judicial.

b) En los otros tres modos clásicos de terminación del proceso distintos de la sentencia (desistimiento, allanamiento y satisfacción extraprocesal de la pretensión) se introduce como novedad un trámite de audiencia de las partes, y una salvedad para el órgano jurisdiccional (que existía antes solo en cuanto al allanamiento) de no aceptar la terminación del proceso.

Tal audiencia es una novedad plausible en todo caso, no así en todos ellos la salvedad.

En una apreciación global de conjunto, extraña la diferente duración de los plazos de las distintas audiencias, cuando, dado su igual sentido, lo lógico sería que los plazos fueran asimismo iguales. El artículo 72.2 fija el plazo de audiencia en él recogido en 5 días; el del artículo 72.7 es de 10 días; en el allanamiento en el artículo 75.2 el plazo de la audiencia en él regulada es de 10 días; en el caso de la satisfacción extraprocésal de la pretensión el plazo de la correspondiente audiencia del artículo 74.2 es de 5

2) En el desistimiento se dispone (art. 72.3), que «el Juez o Tribunal oír a las demás partes, y en los supuestos de acción pública al Ministerio Fiscal por plazo común de cinco días, y dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia».

«El Juez o Tribunal no aceptará el desistimiento si se opusiere la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal, y podrá rechazarlo razonadamente cuando apreciare daño para el interés público».

Es sin duda plausible la audiencia de los demandados, a los que debe reconocérseles un interés en que se dicte una sentencia de fondo que les ponga a salvo de posibles nuevos recursos del demandantes sobre el mismo objeto discutido, como lo es el que la oposición de la Administración, (no tanto la del Ministerio Fiscal), impida la terminación del proceso por el solo desistimiento del actor. No lo es, sin embargo, el que la facultad de oponerse a la eficacia extintiva del desistimiento se reconozca en exclusiva a la Administración y al Ministerio Fiscal, y no, en su caso, a los codemandados. Lo lógico es que la oposición de cualquier codemandado pueda impedir la terminación, sin que pueda situárseles en la posición de desigualdad respecto a la Administración en que los sitúa el precepto.

La salvedad del daño para el interés público, como base del rechazo al desistimiento por parte del órgano jurisdiccional, que es independiente de la oposición de la Administración, y por tanto puede operar aunque no se dé ésta, no parece en ningún caso admisible.

Resulta paradójico que si la Administración demandada no aprecia que el desistimiento produzca daño para el interés público, cuando es ella la encargada constitucionalmente de servirlo (art. 103.1 C.E.), pueda ser el órgano judicial el que lo aprecie, rechazando la terminación de un proceso de base dispositiva, cuyas partes no tienen interés en continuar.

El Anteproyecto traslada al marco del desistimiento, reformulándola en términos más adecuados (art. 72.7), una norma, contenida en la Ley hoy vigente en el de la satisfacción extraprocesal de la pretensión (art. 90.3), referente a la posible impugnación del acto revocatorio posterior al desistimiento consecuente a una satisfacción extraprocesal de la pretensión.

La diferencia en la reformulación del Anteproyecto consiste en que, mientras en la Ley hoy vigente en este caso lo que se permite es la interposición de un nuevo recurso exento del requisito del recurso de reposición previo (hoy desaparecido, como es sabido desde la Ley 30/92), el Anteproyecto permite continuar el mismo procedimiento antes extinguido en el estado en que se encontrase, extendiendo el procedimiento además al acto revocatorio.

El precepto en cuestión dice:

«Cuando se hubiere desistido del recurso porque la Administración demandada hubiere reconocido totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, y después la Administración dictase un nuevo acto total o parcialmente revocatorio del reconocimiento, el actor podrá pedir que continúe el procedimiento en el estado en que se encontrase, extendiéndose al acto revocatorio. Si el Juez o Tribunal lo estimase conveniente, concederá a las partes un plazo común de diez días para que formulen por escrito alegaciones complementarias sobre la revocación».

La ventaja de la continuación del mismo procedimiento, frente a la posibilidad de iniciar otro, parece clara. Se arbitra así un medio muy eficaz para poder evitar posibles maniobras de la Administración.

Por otra parte, la inserción del acto revocatorio como objeto de impugnación en el mismo proceso en el que se impugnaba el acto anterior, dejado sin efecto por la satisfacción extraprocesal de la pretensión, da unidad sustancial al verdadero objeto del litigio, lo que resulta ventajoso para el recurrente desde la perspectiva de la efectividad de su derecho de tutela judicial.

No parece, sin embargo, adecuado que las alegaciones complementarias sobre el acto revocatorio se dejen al arbitrio del Juez o Tribunal, siendo más correcto, y más respetuoso con la posición procesal de la Administración, que el trámite de esas alegaciones se establezca en términos imperativos, sin dejarlo al arbitrio del órgano judicial.

No resulta admisible en ningún caso que si el procedimiento se extiende al acto revocatorio, el órgano judicial pueda pronunciarse sobre éste, sin haber dado oportunidad de alegar sobre su impugnación a la Administración autora del acto.

3) En el allanamiento (art. 73) se prevé la salvedad a su eficacia de que «supusiese infracción manifiesta del ordenamiento jurídico», salvedad ya existente en la Ley hoy vigente (art. 89.2). La novedad es que en el Anteproyecto en ese caso se antepone a la decisión final del órgano jurisdiccional un trámite de audiencia de las partes: «el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírán por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a derecho».

En este caso, a diferencia de los demás de terminación anormal del proceso, la salvedad resulta perfectamente explicable, pues la diferencia del allanamiento con los otros casos es, que en él el Tribunal dicta una sentencia de fondo («... el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante...»), incidiendo de ese modo la sentencia en la realidad material extraprocésal, con los efectos jurídico-materiales de cualquier otra sentencia de fondo. Sobre esa base es lógico que no se vincule al órgano jurisdiccional a dictar sentencias contrarias a derecho, por la sola razón del allanamiento.

En los otros casos, sin embargo, no se da esa situación, pues no hay decisión de fondo, a la que sea atribuible aquella eficacia jurídico-material, sino que se trata de resoluciones de meros efectos procesales, que en modo alguno implican al órgano jurisdiccional en la declaración o constitución de situaciones contrarias al ordenamiento jurídico.

La audiencia de las partes en este caso, como trámite previo al posible apartamiento del órgano jurisdiccional de la eficacia del allanamiento, es una garantía que merece un juicio elogioso.

4) La satisfacción extraprocésal (art. 74) de la pretensión se regula en términos similares a los de la Ley actual, con la sola diferencia, general en los casos de terminación anormal, ya referida, de la audiencia de las partes y de la salvedad por contradicción manifiesta al ordenamiento jurídico.

Al respecto el artículo 74.2 dispone:

«El Juez o Tribunal oírán a las partes por plazo común de cinco días, y previa comprobación de lo alegado, dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo, si el reconocimiento no infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico. En este último caso dictará sentencia ajustada a Derecho».

Con el mismo juicio positivo respecto a la audiencia que en otros casos anteriores, la crítica de la salvedad debe ser, si cabe, más terminante.

La satisfacción extraprocesal de la pretensión priva de objeto al proceso, y no tiene sentido que en tal caso pueda imponerse desde la Ley una decisión de fondo contraria a la situación jurídica extraprocesal, lo que solo podría acarrear dificultades.

La terminación del proceso en este caso mediante una resolución de efectos exclusivamente procesales, es la solución impecable, que en modo alguno implica al órgano jurisdiccional en declaración alguna contraria al ordenamiento jurídico.

La diferencia de este caso con la transacción sobre ese particular es absolutamente clara.

El texto del Anteproyecto generaliza a los casos de terminación anormal del proceso una salvedad, que, en realidad, solo tiene sentido en el del allanamiento; pero que es altamente perturbadora en los demás, introduciendo en ellos, (y ahora en concreto en el de la satisfacción extraprocesal de la pretensión) un elemento de oficiosidad, que es claramente contrario al carácter dispositivo del proceso contencioso-administrativo.

Décimo: Título V. Procedimientos especiales:

1) Para no alargar en exceso la ponencia nos limitaremos aquí a unas referencias muy sumarias.

En comparación con la Ley hoy vigente, se aprecia la diferencia en el Anteproyecto de que desaparece como procedimiento especial el «procedimiento en materia de personal» (Sección 1.^a del Cap. IV: Arts. 113 a 117), distribuyéndose las modalidades más significativas del anterior procedimiento especial a lo largo de la regulación general del Anteproyecto (a saber: art. 22: posibilidad de los funcionarios públicos de comparecer y defenderse por sí mismos; art. 58.5: inexistencia de trámite de vista o conclusiones; Arts. 70.3, 105 y 106: posibilidad, nueva, de extensión de la sentencia de reconocimiento de situaciones jurídicas individuales en materia de personal, cuando se de identidad de situaciones; art. 83.2.a: exclusión de recurso de casación, salvo que la sentencia afecte al nacimiento —novedad del Anteproyecto— o extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera, con la posibilidad contraria —novedad igualmente— del recurso de casación contra sentencia dictadas en única instancia o grado de apelación por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional en cuestiones de personal, de afectación general...), y se incluye en el texto como procedimiento especial el «procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», que en esencia se toma del regulado en la Ley 62/1978, y que se integra en el Capítulo I del Título.

Se introduce un procedimiento nuevo en el Capítulo II referido a las «Cuestiones de ilegalidad».

El Capítulo III se refiere al «Procedimiento en casos de suspensión administrativa previa de acuerdos», que viene a ser una traslación del antiguo «Procedimiento en los casos de suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales por infracción manifiesta de las leyes» (Sección II del Capítulo IV, Título IV de la Ley hoy vigente), que se generaliza, sin la referencia limitada a las Corporaciones locales.

Son, pues, tres procedimientos especiales cada uno regulado en un capítulo.

2) En cuanto al «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona» (Cap. I: Arts. 109 a 117), como novedades más dignas de nota, respecto a la regulación de la Ley 62/1978, cuyos artículos alusivos a este procedimiento son derogados, se pueden señalar las dos siguientes:

— La introducción de un trámite previo de análisis de la idoneidad del procedimiento, (art. 112) que ya venía establecido por la jurisprudencia con base en una interpretación teleológica de preceptos generales, como medio de salir al paso de una práctica de abuso de este proceso especial, buscando las ventajas de la preferencia de estos recursos y de las mayores facilidades para la suspensión del acto recurrido, práctica abusiva que, ante la inflación de recursos, hacía imposible el objetivo de su búsqueda celeridad.

El Anteproyecto sitúa en sede de ley y en preceptos inequívocos lo que era ya jurisprudencia consolidada, siendo merecedor de un juicio altamente positivo la introducción del trámite.

Para hacerlo posible, se introduce asimismo un mayor rigor en el escrito de interposición del recuso (art. 110.2), en el que «se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso», exigencia también tomada de la jurisprudencia actual.

— La segunda novedad a destacar, es la de una más amplia formulación de las pretensiones a deducir en el proceso, y consecuentemente del contenido de la sentencia estimatoria, con la que claramente se sale al paso de una excesiva exclusión del proceso especial de cuestiones de legalidad ordinaria, cuando la infracción de ésta es el medio por el que se produce la vulneración del derecho fundamental.

En cuanto a las pretensiones, se dispone (art. 109.2) que «podrán hacerse valer en este proceso las que se refieren en los artículos 30 y 31 de la presente Ley, siempre que tengan como finalidad la de resta-

blecer o preservar los derechos o libertades por razón de las cuales el recurso se hubiera formulado».

Las pretensiones aludidas son todas las que con carácter general se previene en esos dos preceptos. No es así la índole de la pretensión, en la que no existen limitaciones, sino el fin de las mismas, lo que cuenta.

En cuanto al contenido de la sentencia estimatoria, el artículo 16.2 dispone que «la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo».

El hecho de que incluso la desviación de poder se establezca como posible causa de la estimación del recurso, supone un rechazo desde la Ley de una jurisprudencia, corriente hoy, que viene considerando la desviación de poder como cuestión de legalidad ordinaria, ajena al contenido posible del proceso especial.

El precepto, no obstante, deja clara la significación de la infracción del ordenamiento jurídico, como causa de la vulneración del derecho fundamental tutelado.

3) El Capítulo II destinado a la «Cuestión de ilegalidad» (Arts. 118 a 121 incl.) es novedad absoluta.

Se trata de un procedimiento especial que tiene una clara inspiración en el procedimiento constitucional de las cuestiones de inconstitucionalidad, aunque también una marcada diferencia.

Las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes son, en el proceso desde el que se plantean, auténticas cuestiones prejudiciales devolutivas, que los órganos de la jurisdicción ordinaria suscitan ante el Tribunal Constitucional, una vez concluidos los procesos de que conocen y antes de dictar sentencia, suspendiéndolos en ese trámite, planteando ante el mismo la posible declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley; y una vez resuelta la cuestión de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, dictan la sentencia que proceda, dilucidada ya la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley que han de aplicar.

La cuestión de ilegalidad, sin embargo, se suscita una vez firme la sentencia estimatoria de un recurso por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada.

La cuestión de ilegalidad la debe plantear el órgano judicial, cuando por sí mismo carece de competencia para conocer la impugnación directa de dicha disposición general.

El procedimiento, sencillo, se limita a un auto en el que se acuer-

de el planteamiento, con posterior emplazamiento de las partes ante el Tribunal con competencia para el conocimiento de la impugnación directa de la disposición general concernida, para que puedan comparecer ante él, y formular alegaciones. Remisión de la certificación del auto de planteamiento y copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo. Publicación del planteamiento en el mismo periódico oficial en el que se hubiera publicado la disposición cuestionada. Votación y fallo.

Se dispone (art. 121) la aplicación a la cuestión de ilegalidad de una serie de normas del recurso de impugnación de disposiciones generales: sobre posibilidad de enjuiciamiento de preceptos no impugnados por conexión o consecuencia (art. 32.3), preferencia en la tramitación (art. 64.1), supuestos en que debe dictarse sentencia estimatoria (art. 68), contenido de ésta (art. 69.1.a), veda de la posibilidad de que el órgano judicial declare la forma en que han de quedar redactados los preceptos anulados (art. 69.2), efectos de la sentencia estimatoria y publicación (Arts. 70.2 y 71); y se dispone además que la sentencia firme que desestime la cuestión también se publicará.

Es equívoca esta última previsión, pues publicarse, se publican todas las sentencias; parece que lo que se quiere decir es, que se publicarán en el mismo periódico oficial en el que se publicó la disposición cuestionada y el anuncio del planteamiento de la cuestión, mas lo lógico es que así se diga con toda precisión, para evitar cualquier equívoco.

El nuevo procedimiento persigue un fin plausible, pues dado que las sentencias estimatorias de recursos de impugnación indirecta de normas no expulsan del ordenamiento jurídico las normas aplicadas en el acto impugnado, y cuya ilegalidad aprecia el órgano judicial, esas normas pueden, o mejor, deben, seguir siendo aplicadas, sin que la sentencia estimatoria anterior sea óbice para la aplicación.

Ello a parte, es posible que la ilegalidad de la norma, apreciada por un órgano judicial, no lo sea por otros en recursos similares, lo que da lugar a resoluciones dispares, que ponen en cuestión el principio de seguridad jurídica e incluso, (aunque más lejanamente) el de igualdad en la aplicación de la ley (más lejanamente, decimos, dada la doctrina según la cual no se produce esa desigualdad cuando la ley es aplicada por órganos distintos). Con la finalidad de evitar hacia el futuro esos inconvenientes, y con la de depurar el ordenamiento jurídico, se establece este nuevo procedimiento especial.

El hecho de que su planteamiento sea posterior a la sentencia firme, le resta, sin embargo, gran parte de la virtualidad que pudiera

tener, si se hubiera establecido con carácter prejudicial, al modo de las cuestiones de inconstitucionalidad.

La combinación de esa prejudicialidad con una posible proyección sobre otros procesos de impugnación indirecta de la misma norma, con la posibilidad de suspender todos, a las resultas de la decisión de la cuestión de ilegalidad, aunque dando posibilidades de intervención ante el órgano a quo a todos los recurrentes de los procesos suspendidos, pudiese ser un mecanismo adecuado para la solución de recursos masivos.

Undécimo: Título VI: «Disposiciones comunes a los Títulos IV y V».

Como novedades a destacar del contenido del Título, aparte de la diferencia sistemática, destacada al principio, de la conversión de las «secciones» correlativas de la Ley hoy vigente en capítulos en el Anteproyecto (Capítulo I: Plazos; Capítulo II: Medidas cautelares —novedad respecto a la Ley vigente, cuya Sección 2.^a del Capítulo V, Título IV se titula «Suspensión de la ejecución del acto o de la disposición objeto del recurso—; Capítulo III: «Incidentes e invalidez de actos procesales»; y Capítulo IV: «Costas procesales»), y prescindiendo del Capítulo II, como se anunció al principio, por ser materia de otra ponencia, pueden señalarse las siguientes:

a) En cuanto a los plazos.

La exclusión de la rehabilitación de plazos en cuanto a los de preparación o interposición de recursos y formulación de demanda, (art. 123.1, inciso 2º), con lo que se viene a recoger en sede de ley lo que ya venía proclamándose en la jurisprudencia.

— La posibilidad de rehabilitación de días inhábiles en el proceso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales o en el incidente de suspensión o adopción de medidas cautelares (art. 123.3).

b) En cuanto a invalidez de actos procesales, la previsión de que «solo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto» (art. 134.3), que recoge en una norma legal precisa lo que ya se venía sosteniendo en la jurisprudencia, por exigencias del derecho de tutela judicial efectiva.

c) Finalmente, en el capítulo de costas, la introducción con carácter general del principio del vencimiento.

En la primera o única instancia la sentencia «impondrá las costas a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas, salvo que el Juez o Tribunal, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de cualquier circunstancia que justifique su no imposición» (art. 135.1).

«En las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición». (art. 135.2)

«En ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal ni al Defensor del Pueblo e Instituciones Autonómicas análogas a éste» (art. 135.5).

La introducción del principio del vencimiento merece un juicio positivo, siendo un valioso instrumento para evitar recursos sin sentido, llamados claramente al fracaso.

EL OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO: ACTOS IMPUGNABLES Y PRETENSIONES

EXCMO. SR. D. FERNANDO GARRIDO FALLA*

*Catedrático de Derecho Administrativo
y Académico de Número de la Real Academia
de Ciencias Morales y Políticas*

I. Metodología y delimitación del tema

1. Como se nos dice en la presentación del programa de este curso, su organización responde al deseo del Gobierno de someter el anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia a la consideración de los distintos estamentos corporativos, asociativos y profesionales que coadyuvan a la Administración de Justicia; en este caso concreto el Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Ajustándome a ese propósito, el método a seguir consistirá en un examen crítico de los preceptos del nuevo anteproyecto (en nuestro caso concreto de los dos primeros Capítulos del Título III) al hilo de su comparación con los correlativos de la Ley de 1956 todavía vigente. Toda innovación legislativa debe perseguir obviamente la superación y mejora de lo que queda derogado y, hay que advertir una vez más que, desde un punto de vista estrictamente técnico, la Ley de 1956 colocó el listón bastante alto.

2. Por lo que se refiere concretamente a la materia que se va a desarrollar en la presente Ponencia, he aquí lo que se nos dice en la exposición de motivos del anteproyecto: «Los escasos preceptos incluidos en los dos primeros Capítulos del Título III contienen algunas de las innovaciones más importantes que la Ley introduce en nuestro sistema de control judicial de la Administración. Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencio-

* Miércoles, 9 de abril.

so-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración.»

Aunque con la importante brecha conceptual que supuso la distinción entre el recurso de anulación y el de plena jurisdicción, es lo cierto que el contencioso-administrativo como proceso al acto domina la evolución de la jurisprudencia del Conseil d'Etat francés durante el siglo XIX y la Ley Española de 1888-94, de Santamaría de Paredes, y condiciona, consiguientemente, una rigurosísima concepción del carácter revisor de la jurisdicción que se manifiesta en la doctrina y en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo durante la primera mitad de este siglo. Pero hay que dar a cada cual lo suyo (*suum cuique tribuere*) si no queremos estar descubriendo cada día el Mediterráneo: el tránsito del proceso al acto al proceso *inter partes* lo da decidida y conscientemente la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. En su exposición de motivos, para justificar el mantenimiento de la terminología «recurso contencioso-administrativo» se nos dice:

«Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o *proceso entre partes*, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora *por razón de un acto administrativo*.»

«La jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, *revisora* en cuanto se requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique —dicho sea a título enunciativo— que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración.»

«El proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino, propiamente, *una primera instancia jurisdiccional*.»

Todo esto está bastante claro y después de casi medio siglo de jurisprudencia aplicando esta Ley resulta ocioso insistir en que lo que el anteproyecto nos presenta como novedad lo es en muy relativa medida y en tal sentido debiera expresamente reflejarse en su exposición de motivos. ¿Acaso pueden calificarse de procesos al acto las continuas

reclamaciones de responsabilidad patrimonial que a diario se formulan contra las Administraciones Públicas y las subsiguientes sentencias condenatorias que dictan los Tribunales? ¿Y cuál es la naturaleza de los recursos contencioso-administrativos sobre interpretación y ejecución de los contratos con las Administraciones Públicas; o en relación con las pretensiones para que se declare el mejor derecho a ocupar una determinada plaza en la función pública?

Dicho esto, los redactores del anteproyecto reconocen que «es necesario diferenciar las pretensiones que puedan deducirse en cada caso, pues es evidente que la diversidad de actuaciones y omisiones que pueden ser objeto del recurso no permiten seguir configurando éste como una acción procesal uniforme». Así es que, sin perjuicio de las características comunes, empezando por el *nomen iuris*, se admiten varias «modulaciones de relieve en función del objeto sobre el que recae» el recurso y que da lugar a las siguientes cuatro modalidades: 1) el recurso tradicional dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; 2) el que de manera directa o indirecta versa sobre la legalidad de alguna disposición general; 3) el recurso contra la inactividad de la Administración, y 4) el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

Unas novedades, por cierto, que, como enseguida veremos, son también muy relativas.

3. Por lo que se refiere a la impugnación directa de actos administrativos, ya quedó dicho que, tanto en la Ley vigente como en el anteproyecto, la existencia de un acto (expreso o presunto) constituye el presupuesto (casi mejor diríamos el pretexto) para iniciar un proceso contencioso-administrativo que, incluso en este supuesto, se desarrollará como «proceso *inter partes*»: la Administración demandada defenderá la legalidad del acto dictado, será defendida por su Abogado (el Abogado del Estado cuando se trate de la Administración General del Estado; por contraste con el Ministerio Fiscal defensor de la legalidad del acto impugnado, según el sistema de la vieja ley Santamaría de Paredes); podrá abrirse un período de prueba y, en fin, cuando la Sentencia anule el acto administrativo impugnado condenará, con frecuencia, a la Administración a que realice determinadas actuaciones (por ejemplo a que retrotraiga el procedimiento administrativo al trámite en el que la infracción legal se produjo).

Por lo que se refiere a la impugnación directa de disposiciones generales (o reglamentarias) también fue una novedad introducida en 1956 por la vigente Ley Jurisdiccional, en su artículo 39. La novedad ahora consiste en la posibilidad de planteamiento de la llamada «cues-

ción de legalidad»; pero el tema plantea una problemática peculiar, quizá no bien resuelta por el anteproyecto como veremos enseguida con más detenimiento.

Y, en fin, por lo que se refiere a las auténticas «novedades» que la Ley introduce, la impugnación de la «inactividad administrativa» y de las «actuaciones materiales por vía de hecho» se trata también de algo perfectamente factible con la vigente Ley en la mano: se trata simplemente de convertir, mediante una petición previa, la negativa administrativa (es decir, su inactividad o su ilícita actuación material) en actos administrativos (expresos o presuntos) formalmente impugnables. Es decir, exactamente lo mismo que en el anteproyecto se propone; pues, como se nos dice en la exposición de motivos, en estos casos «la Ley establece una reclamación o requerimiento previo en sede administrativa». Claro está que, como de lo que se trata —y es comprensible— es de subrayar la novedad, al par que la bondad de la fórmula, se nos sigue diciendo: «Pero eso no convierte a estos recursos en procesos contra la desestimación, en su caso, por silencio de tales reclamaciones o requerimientos. Ni, como se ha dicho, estas nuevas acciones se atienen al tradicional carácter revisor del recurso contencioso-administrativo, ni puede considerarse que la falta de la estimación, total o parcial, de la reclamación o el requerimiento constituyan auténticos actos administrativos expresos o presuntos.» Bien; si así se nos dice, habrá que creerlo. Pero bien sabemos los juristas que las definiciones legales (menos todavía las explicaciones de las exposiciones de motivos) no cambian la naturaleza jurídica de las Instituciones.

4. Lo que sí resulta novedoso, lo cual no quiere decir que plausible, es el sustituir la conexión legitimación-pretensión por la relación pretensión-objeto del proceso. Me explico.

El artículo 28 de la vigente Ley Jurisdiccional parte de la distinción entre la legitimación para pedir la simple anulación de un acto o disposición administrativa («los que tuviesen interés directo en ello») y la legitimación para obtener el reconocimiento «de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma», en cuyo caso «estaría legitimado el titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados». Los redactores del anteproyecto seguramente influidos por la indistinta garantía «a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio *de sus derechos e intereses legítimos*» que proclama el artículo 24.1 de la Constitución, han estimado oportuno establecer en el artículo 18 que están legitimados ante el orden contencioso-administrativo (ahora sin distinguir) «quienes ostenten un derecho o interés legítimo».

A mi juicio, la dicha garantía constitucional nada tiene que ver con la *legitimatío ad causam* (¿acaso altera esto el planteamiento de la cuestión ante los Tribunales Civiles?); pero, claro está, como lo cierto es que no es lo mismo alegar en vía contencioso-administrativa la vulneración de un derecho (que la Administración me pague las cantidades que me adeuda por mi condición de contratista o los haberes devengados como funcionario público) que el perjuicio que sufro en mis intereses por consecuencia de la vulneración del ordenamiento objetivo (que la convocatoria para la adjudicación de un contrato, que me interesa, se haga por subasta, si lo que procede es el concurso, o viceversa) se ha optado por distinguir colocándose *desde el punto de vista de la pretensión*. Y así, según el artículo 30 del anteproyecto: 1) el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones impugnadas, y 2) asimismo podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda. Así es que, al igual que en la Ley vigente y sin que ello dé lugar a procedimientos diferenciados (como ocurría en la Ley Municipal de 1935) se distingue el contencioso de anulación del contencioso de plena jurisdicción.

La cuestión no tendría mayor importancia si no fuese por un par de observaciones que suscita, a saber: si yo recurro contra las irregularidades cometidas en unas oposiciones en las que ni he tomado parte, ni tengo posibilidad de concurrir ¿qué me dirá el Tribunal?, ¿entrará siquiera en el fondo de la cuestión planteada? En segundo lugar, el principio de congruencia establecido en el artículo 32 del anteproyecto (el Tribunal juzgará «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición») puede jugar malas pasadas (como desafortunadamente ocurre también con la Ley actual) a recurrentes poco avisados si el asunto cae en manos de Tribunal demasiado «estricto» (que haberlos, háilos). Por ejemplo, ¿qué ocurrirá si quien solicita la anulación de una sanción de separación de servicio olvida pedir que se le reponga en el cargo del cual fue destituido? Se me dirá que estamos ante una consecuencia inherente a la Sentencia anulatoria (... y ojalá sea éste el criterio de los Tribunales y, sobre todo, de la Administración demandada) aunque ello no se diga expresamente en el FALLO. Pero, elevemos la dificultad: y si lo que se olvida solicitar es el derecho al percibo de los haberes correspondientes al tiempo de la anulada separación —derecho que normalmente conceden los Tribunales— ¿estamos también ante una consecuencia

inherente? Demos por hecho que la Administración se opondrá al pago y —esto es lo peor— que si se intenta por vía de ejecución de sentencia un Tribunal «estricto» nos puede decir que lo que no está en la pretensión no se puede obtener por vía de ejecución. En resumen, un exceso de formalismo conducirá al sufrido recurrente a iniciar un nuevo contencioso-administrativo limitada ahora su pretensión a que se le abonen los haberes dejados de percibir.

Pero, dicho esto, permítaseme que retome mi observación inicial: el hecho de simplificar el tema de la legitimación no evita que las cuatro pretensiones de que habla el anteproyecto estén condicionadas cabalmente por la situación jurídica (titular de un derecho subjetivo o de un interés directo) del recurrente.

II. Actos administrativos expresos, presuntos y confirmatorios

1. El anteproyecto sustituye en su artículo 1.º la expresión «actos de la Administración Pública» por «actuaciones de las Administraciones Públicas», sin duda para dar entrada a la fiscalización de las actuaciones materiales. Pero, desde el punto de vista formal —como ya dijimos— la existencia de un acto administrativo (expreso o presunto) sigue siendo presupuesto para la interposición del recurso. Pero sobre esto ya volveremos.

Lo que ahora me interesa subrayar —y quiero que esto sea un auténtico toque de atención— es que los redactores del anteproyecto dan por bueno e incluso confirman el endiablado sistema sobre los actos presuntos que desafortunadamente introdujo la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en sustitución del anterior y eficaz régimen del silencio administrativo hasta entonces vigente. En efecto, el artículo 44 del anteproyecto al regular el plazo para la interposición del recurso nos dice que si el acto no fuese expreso «el plazo se contará a partir del día siguiente a la recepción de la certificación del acto presunto». Pues bien, en relación con esto valgan estas dos observaciones: en primer lugar, que la crítica que se ha hecho a la Ley, en general y en relación con este punto concreto, ha sido tan despiadada que el anteproyecto que ahora examinamos podría ser una buena ocasión para restablecer el razonable sistema anterior. Recuérdesse que el silencio administrativo fue introducido con el carácter general que ha tenido en

nuestro ordenamiento, cabalmente por el artículo 38 de la Ley Jurisdiccional actualmente vigente (no, por supuesto, por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958). Y, en segundo lugar, porque parece ser una decisión seria del Gobierno la inmediata modificación de la tan repetida Ley 30/1992. El Ministerio de Administraciones Públicas ha repartido —y ese es el texto que conozco y al cual me remito— un borrador de anteproyecto de fecha 19 de marzo pasado en el que la técnica de la certificación del acto presunto vuelve al limbo de los conceptos jurídicos del que nunca debió salir. Así es que permítasenos al menos que pidamos un mínimo de coordinación entre los distintos Organismos Administrativos (en este caso los Ministerios de Justicia y de Administraciones Públicas) que preparan la labor legislativa.

2. En cuanto al tema del acto confirmatorio —la inadmisión de cuya impugnación se regula en el artículo 27 del anteproyecto— constituye ciertamente una literal reproducción del artículo 40,a) de la Ley vigente. Ahora bien, se olvida lo siguiente: en primer lugar, que ya la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 introdujo en su artículo 47 la lista de los actos *nulos de pleno derecho*; lista confirmada y ampliada por el artículo 62 de la Ley 30/1992. Como es bien sabido, la teoría de la nulidad de pleno derecho se basa fundamentalmente en que los actos así viciados no se convalidan por el transcurso del tiempo (*quod ad initium vitiosum est tractu tempore convallescere non potest*); o, dicho de otra forma, los plazos para recurrir no corren en relación con este tipo de actos. En segundo lugar, y así lo ha confirmado la jurisprudencia, la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho «provocada a instancia de parte» (art. 102 de la Ley Procedimental) permite la impugnación fuera de plazo de tales actos absolutamente nulos, si bien dando un considerable rodeo para llegar, al final, a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 102.2 *in fine*). Supuesto lo cual ¿por qué no admitir la impugnación directa, sin consideración al plazo común, de los actos nulos de pleno Derecho?

Por lo demás, la jurisprudencia más progresiva comienza a abrir brechas cuando el defensor de la Administración alega la inadmisibilidad del recurso por tratarse de «confirmación de otros (actos) anteriores firmes y consentidos». Así en la Sentencia de la Sala 3.^a de 24 de octubre de 1996 (Ponente, Rodríguez Arribas) se elude la objeción de que tratándose de liquidaciones tributarias notificadas en su día, contra las que se formuló recurso de reposición que, al no haber sido expresamente resuelto, quedó desestimado por silencio administrativo y devino firme al no interponerse el recurso contencioso-administrativo dentro del plazo de un año, por entender que según una reiterada doctrina de

la Sala «...el silencio no es una opción para la Administración que pueda elegir entre resolver expresamente o no hacerlo, sino una garantía para los administrados frente a la pasividad de los Órganos obligados a resolver, garantía de la que se puede hacer uso o esperar a la resolución expresa sin que ello pueda comportar en principio ningún perjuicio al interesado». Si esto vale para los actos anulables, en relación con los nulos de pleno Derecho lo que debe quedar fuera de juego es el requisito del plazo para recurrir.

III. La impugnación de disposiciones generales

1. El artículo 24.1 del anteproyecto dice: «El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general (y con los actos expresos y presuntos) de la Administración Pública...» Si se admite esta lectura, quedarían fuera del control jurisdiccional las disposiciones reglamentarias emanadas del Gobierno; pues es a éste, como Órgano distinto y superior a la Administración, al que corresponde la *potestad reglamentaria*, según se desprende del artículo 97 de la Constitución. Precisamente por eso, la lectura de este precepto se debe completar con la lectura del artículo 1.º en el que expresamente se habla de «las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos».

Hay que recordar que el problema se lo planteó la Ponencia del Congreso de los Diputados redactora del proyecto de constitución y lo resolvió con la muy meditada fórmula del artículo 106.1 que, a mi juicio, salva el obstáculo del artículo 97 y extiende el control de la jurisdicción contencioso-administrativa tanto a la Administración en sentido estricto, como al Gobierno. Algo que a veces pasa desapercibido, sobre todo a quienes suspiran por el renacimiento del acto de Gobierno.

2. Como ya se dijo, el anteproyecto mantiene la doble posibilidad de impugnación directa e indirecta de las disposiciones generales. En esta materia, pues, se mantiene un elogiado continuismo. Pero ciertamente el vigente sistema no resuelve la frecuente tozudez (sobre todo en materia tributaria) de la Administración Pública cuando sigue aplicando Reglamentos basándose en cuya ilegalidad los Tribunales han anulado actos administrativos de aplicación al caso concreto. Como se nos dice en la exposición de motivos «la solución pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo Órgano, el que en cada caso es competente para

conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esa decisión de efectos *erga omnes*». Y, se nos sigue diciendo, «la regulación de este procedimiento ha tenido en cuenta la experiencia de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 163 de la Constitución y se inspira parcialmente en su mecánica». Empero, hay que subrayar una diferencia fundamental: la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales ante el Tribunal Constitucional se plantea como cuestión previa a que aquéllos resuelvan la cuestión, pues su finalidad está cabalmente en ajustar su Sentencia a lo que el Tribunal Constitucional decida (arts. 35 a 37 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional); en cambio, como se infiere del artículo 26.1 del anteproyecto, la cuestión de ilegalidad se plantea una vez que el Juez o Tribunal de lo contencioso-administrativo «hubiere dictado Sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general». Es, pues, una solución de cara al futuro, parcialmente satisfactoria y, sobre todo, incongruente con lo que en el propio anteproyecto se establece acerca de quién es la *parte demandada*. Pues, de acuerdo con el artículo 20.3: «Si el demandante fundara sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida.»

El problema salta a la vista. Si se impugna, por ejemplo, una Orden Ministerial basándose en la ilegalidad del Real Decreto que se aplica ¿habría que demandar al Ministerio competente y «también» al Consejo de Ministros? Aparte de la quiebra de la unidad de la personalidad jurídica de la Administración General del Estado que esto supone, se plantea un problema práctico pero de notable envergadura a saber: el Órgano jurisdiccional competente para fiscalizar las actuaciones ministeriales es la Audiencia Nacional, mientras que los acuerdos y disposiciones del Consejo de Ministros son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. ¿Ante qué Órgano se plantearía el recurso? Parece obvio reconocer la *vis atractiva* del Órgano Judicial Superior, en cuyo caso sobra, literalmente hablando, todo el mecanismo de la cuestión de ilegalidad anteriormente referido. Basta con que en estos supuestos se declare la competencia del Órgano Jurisdiccional que debe conocer de la supuesta ilegalidad de la disposición que sirve de cobertura al acto administrativo concreto impugnado. Al fin y al cabo esta es la técnica que introdujo el artículo 113.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y que recoge el artículo 107.3 de la Ley 30/1992.

IV. La impugnación de la inactividad administrativa

1. Desde que el Profesor A. Nieto publicó en el núm. 37 de la *Revista de Administración Pública* su artículo sobre el control de la inactividad de la Administración se ha empezado a agitar en la doctrina española un problema que, a mi juicio, es más ficticio que real. Ni los ejemplos que Nieto señalaba, ni los que aduce 25 años después (*Documentación Administrativa*, núm. 208) son convincentes en el sentido de que el particular quede inerte ante tales supuestos de inactividad. En cualquiera de tales casos la solución es obvia empleando las propias fórmulas de fiscalización que la vigente Ley de lo Contencioso-administrativo establece, a saber: solicitar de la Administración la actuación que se pretende y, una vez producido el acto presunto o el silencio administrativo desestimatorio, recurrir contra la desestimación tácita. Es decir, se trata simplemente de convertir la inactividad material en inactividad formal.

Confieso que ninguno de los ejemplos concretos que se suelen citar para demostrar la insuficiencia de nuestro actual sistema contencioso-administrativo, me han convencido en absoluto; y, a los efectos de su discusión, me remito al pequeño trabajo que sobre «La Vía de Hecho y la Inactividad de la Administración» aparece publicado en el núm. 26 de los *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1995. Por el contrario, allí me refiero a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que obligó a la Generalidad a procurar enseñanza en castellano, aplicando la propia Ley Catalana de Normalización Lingüística que no se cumplía en la práctica. Es un supuesto de inactividad que se resolvió pura y simplemente aplicando la legislación vigente. También relato el caso no infrecuente, resuelto en vía de amparo por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 294/1994, de 7 de noviembre; se trata de aquellos supuestos en los cuales el Tribunal reconoce en vía administrativa el derecho que el particular reclama, *pero no procede a hacerlo efectivo*, con lo que la inactividad de la Administración le coloca en la necesidad de tener que acudir de nuevo a la vía contencioso-administrativa. En esta vía el Abogado del Estado se opuso a la admisión del recurso (al amparo del artículo 82,c de la Ley Jurisdiccional) «porque no existía un acto administrativo objeto de recurso o impugnabile, ya que la Administración había reconocido expresamente el derecho de los recurrentes».

Frente a esto el Tribunal Constitucional (en su Fundamento Jurídico 4) nos dice: «y todavía habría una manifestación de la actuación

administrativa susceptible de ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa, a saber: la inactividad material de la Administración frente a la obligación, nacida de la Ley y reconocida por la propia Administración en una resolución expresa, de pagar a los interesados las cantidades adeudadas. Existiría, pues, en todo caso, un acto tácito, esto es, producido por *facta concludentia* que indica de forma unívoca la existencia de una resolución administrativa».

Pienso, por consiguiente, que el optimismo de los redactores del anteproyecto cuando, al justificar en la exposición de motivos el nuevo recurso «contra la inactividad de la Administración» afirman que «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 administrativas», va a quedar en agua de borrajas.

Esta impresión se me acentúa cuando leo la redacción del artículo 28 del anteproyecto:

«Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, sin necesidad de solicitar certificación de acto presunto.»

Tan abigarrado precepto (donde se mezcla desde la vuelta al sistema tradicional de silencio administrativo, hasta, según parece, el cumplimiento de obligaciones contractuales) no sirve, desde luego, para disipar mis dudas. Pero, claro está, como ello pudiera deberse a mi falta de imaginación y como, por otra parte, los imprevisibles supuestos que la vida real plantea son inimaginables, dejémosle estar ahí. Por si acaso...

V. Las actuaciones materiales y la vía de hecho

El artículo 29 del anteproyecto establece: «En caso de *vía de hecho* el interesado deberá formular requerimiento a la Administración actuan-

te intimando su cesación. Si dicha intimación no fuere atendida dentro de los veinte días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.»

Y en el artículo 31.2 se completa el tratamiento del tema: «Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 30.2.»

Digamos, para entendernos, que constituye *vía de hecho* toda actuación material de la Administración Pública carente de un título jurídico que la justifique. Como regla, dicho título jurídico será el acto administrativo previo a la ejecución.

Pues bien, tampoco en este caso pienso que se haya venido a cerrar ninguno de los «agujeros negros de nuestro Estado de Derecho». Antes bien, si lo que se pretende es sustituir con esta vía, haciéndola incompatible, la vía de los interdictos ante el Juez ordinario, creo que lo que se da es un inadmisibles paso atrás.

Merece, pues, el tema algunas reflexiones.

Aunque en la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no existe expresa referencia al recurso contra la vía de hecho, es obvio, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, que el particular no se encuentra indefenso contra tales actuaciones materiales. En efecto, ya el artículo 100.1 de la LPA de 1958 establecía: «La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico.»

Por su parte, el artículo 103 de la propia LPA nos decía: «No se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.» Lo que, *a contrario sensu* significa que el interdicto es procedente cuando la Administración no respeta ni el procedimiento ni los límites de su propia competencia.

Por eso Sainz Moreno pudo hablar de la triple defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, acción interdictal y amparo (RAP, núm. 123, 1990).

La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha recogido los antes citados preceptos de la LPA en sus actuales artículos 93 (por cierto, en este caso, convirtiendo la elegante redacción del viejo artículo 100 en un auténtico galimatías) y 101 (sobre prohibición de interdictos) por lo que no ha habido modificación sustancial en esta materia.

Y, sin embargo, ante las repetidas oposiciones de la Abogacía del Estado en relación con los recursos entablados contra vías de hecho (con el capcioso argumento de que «si no hay acto administrativo, no puede interponerse recurso») ha tenido que ser la jurisprudencia tanto contencioso-administrativa como del Tribunal Constitucional (sobre todo) quienes hayan tenido que recordarnos el dislate que significaba negar protección jurisdiccional contra las actuaciones materiales de la Administración Pública. (La cuestión está fuera de duda cuando de lo que se trata es de una acción material de despojo de bienes privados sin el procedimiento expropiatorio ni previo pago de justiprecio, como ha establecido la *Sala 1.ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de junio de 1993*; sin embargo, el interdicto del artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa no es utilizable para paralizar obras públicas ya en marcha, según se nos advierte en la *Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 21 de diciembre de 1993*).

Ahora bien, lo que importa subrayar es que, frente a la vía de hecho, el particular puede elegir alternativamente entre la vía contencioso-administrativa y la vía interdictal ante la jurisdicción civil. Esta es la importante doctrina que se establece en la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 5.ª) de 22-9-1990 (Ar. 7.285) del Tribunal Supremo, de la que fue Ponente el Profesor González Navarro. El Ayuntamiento de Madrid procedió por vía de hecho (sin acto administrativo previo que diese cobertura a la actuación material) a la apertura de calle pública sobre terrenos de propiedad privada. El Tribunal Supremo estima la demanda e incluso impone las costas al Ayuntamiento, para lo cual razona así en el Fundamento Jurídico 2.º: «Ha habido vía de hecho porque se ha actuado sin procedimiento. Y la ha habido también porque tampoco ha habido acto administrativo previo, porque la orden dada a los obreros lo ha sido por el Jefe del Departamento de la Gerencia de Urbanismo cuya competencia para producir actos vinculantes para el ciudadano no consta, por lo que la citada orden resulta nula de pleno derecho según el artículo 47 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo.» Y se añade:

«Pudo el apelado haber utilizado la vía interdictal ante la jurisdicción civil, pues en estos casos el ordenamiento español autoriza el empleo de esta vía procesal más rápida con carácter general en el artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo (la redacción en forma negativa que adopta este precepto no debe impedir su correcta intelección; los interdictos contra la Administración son posibles cuando el acto está viciado por falta

de competencia de su autor o por no haber respetado éste las formas procesales exigibles). Pero, por las razones que sean ha preferido recurrir ante la Jurisdicción contencioso-administrativa que también puede y debe otorgarle protección. *En todo caso importa dejar claro que no sólo la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también la civil, podía y tenía que otorgarle protección.»*

Empero, no siempre los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-administrativa han pensado así. En el conocido caso de la construcción del *pantano de Riaño*, el desalojo de los vecinos del pueblo de sus respectivas viviendas se realizó mediante actuaciones materiales coactivas, contra las que recurrieron los vecinos ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. La Sala de lo contencioso-administrativo de Valladolid se declaró incompetente por considerar «que no había acto administrativo». Interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, fue resuelto por Sentencia 160/1991, del 18 de julio (en Pleno), cuya doctrina se resume así: «En la expresión *actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo* y otras similares con las que las leyes vigentes definen el objeto del recurso contencioso-administrativo han de entenderse comprendidos *los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho*. Y es que frente a una actuación material de la Administración sólo caben dos posibilidades: bien considerar dicha actuación como un conjunto de *facta concludentia* de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma o, si no es así, concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica.»

Por lo demás, hay que recordar que el artículo 43 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, establece que podrán dar lugar al recurso de amparo las «violaciones de los derechos y libertades... originadas por disposiciones, actos jurídicos *o simple vía de hecho* del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios... una vez que se haya agotado la vía judicial procedente...». Pues bien, si las actuaciones materiales o vías de hecho son recurribles en amparo y si, con carácter previo, hay que acudir a la vía contencioso-administrativa, obvio es concluir que ésta conoce, por expresa disposición legal, de las actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho.

RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN

EXCMO. SR. D. ÁNGEL RODRÍGUEZ GARCÍA*

*Presidente de la Sala de lo Contencioso-
Administrativo del Tribunal Supremo*

I

La Ley de 27 de diciembre de 1956 es una pieza capital de nuestra justicia administrativa.

Puede afirmarse sin ambages que hasta la publicación de esta Ley no existió en España una jurisdicción contencioso-administrativa digna de tal nombre. Su depurada técnica y el acierto que tuvo al generalizar el control jurisdiccional de la actividad administrativa, junto a la fórmula arbitrada para lograr la especialización de los Jueces llamados a servir en esa jurisdicción, son méritos reconocidos por todos en los que no es necesario insistir, como no sea para tenerlos presentes cuando se intenta acometer una reforma en profundidad del texto de 1956, hasta el punto que se quiere sustituir por otro de nueva factura.

Las cuatro décadas transcurridas desde la aprobación de dicha Ley y los cambios producidos en nuestro ordenamiento jurídico y en las estructuras político-administrativas del Estado a partir de la Constitución de 1978, probablemente justifican la elaboración de un nuevo texto en el que, sin renunciar a los principios que inspiraron la Ley de 1956, se asegure sin fisuras el derecho a una tutela judicial efectiva en las contiendas jurídicas entre los ciudadanos y la Administración, de modo que quede garantizado el sometimiento de ésta a la Ley y al Derecho en todas las manifestaciones de su actividad.

* Miércoles, 9 de abril.

Al logro de este propósito intentó responder el Proyecto de Ley aprobado por el anterior Gobierno a mediados de 1995 y que quedó truncado en su camino parlamentario por la disolución de las Cortes Generales, no sin que antes tuviera lugar la publicación en el *Boletín Oficial del Congreso* correspondiente al 3 de enero del pasado año del texto informado por la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior de la Cámara a la que por delegación del Pleno correspondía pronunciarse sobre su redacción definitiva, publicación que al dar fijeza al Proyecto de 1996 permite su contraste con el Anteproyecto actual de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con esto quiero decir que en la exposición que seguidamente voy a hacer en torno a los recursos de apelación y casación, me atenderé a la regulación que de estos recursos se contiene en el Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia (utilizaré para ello la versión publicada en el Boletín de Información de este Departamento como suplemento al número correspondiente al 15 de enero pasado), pero no dejaré de tener presente el Proyecto decaído como consecuencia de la disolución de la anterior legislatura del que en buena parte se nutre aquél y del que sólo se separa en aspectos puntuales, aunque de hondo calado. Esto no supone que el juicio crítico, positivo o negativo, que modestamente me merezca la nueva regulación en ciernes de ambos recursos se vaya a detener únicamente en los puntos en que uno y otro texto difieren, se extenderá también a aquéllos otros en que coinciden, coincidencia que se puede adelantar resulta matizada por la nueva distribución de competencias que propugna el Anteproyecto como consecuencia, principalmente, de haber alumbrado unos nuevos órganos jurisdiccionales unipersonales, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, dependientes funcionalmente de la Audiencia Nacional, que constituyen una de las novedades más destacables del mismo.

Quiero hacer otra precisión. En esta intervención no voy a poner en tela de juicio dos cuestiones capitales cuya solución trasciende, a mi juicio, al ámbito de los recursos jerárquicos en este orden jurisdiccional e incluso a la propia concepción de los mismos. Me refiero, naturalmente, a si la primera instancia en lo contencioso-administrativo debe encomendarse, como hasta ahora, a órganos colegiados, o éstos pueden ser sustituidos sin merma de su funcionalidad por órganos unipersonales, siguiendo las pautas establecidas por la LOPJ. Y si cualquiera que fuere la solución que se dé a este problema, debe mantenerse la casación tras la experiencia de los últimos cinco años o erradicarse este recurso extraordinario de la jurisdicción contencioso-administrativa y ser sustituido con ventaja por el recurso de apelación,

como instrumento procesal idóneo para residenciar ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo las sentencias dictadas por los tribunales inferiores.

Teniendo en cuenta que la respuesta a estas cuestiones es en último término una decisión política y que el Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia parece que ya ha tomado postura, acentuando incluso la participación de órganos jurisdiccionales unipersonales en la primera fase del proceso, partiré en la exposición que voy a hacer de la doble premisa que supone el mantenimiento del recurso de casación en este orden jurisdiccional y la presencia en él de Jueces unipersonales.

II

El *recurso de apelación* en el Anteproyecto, si se contrasta con su homónimo en vigor hasta la reforma de 1992, es de nueva factura, tanto en lo que se refiere a las resoluciones susceptibles de impugnación como en lo que atañe al procedimiento arbitrado para su sustanciación.

A) El Anteproyecto, mera transcripción en esta parte del Proyecto de 1996, está inspirado en el principio de doble instancia sin otra excepción significativa, en una primera impresión, que la prevista para los asuntos de escasa cuantía, cifrada en quinientas mil pesetas, aunque hay que advertir que incluso en estos asuntos menores, con el propósito de garantizar al máximo el derecho a la tutela judicial efectiva, las sentencias de los Jueces son apelables cuando se limiten a declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

Por tanto, a diferencia de lo que prevenía el antiguo artículo 94 de la Ley para las cuestiones de personal ordinarias, es decir, para aquellas que no se refieren a la separación de empleados públicos inamovibles, que estaban expresamente excluidas del recurso de apelación, el Anteproyecto, si nos atenemos a lo que dice su artículo 78, dedicado específicamente a definir el ámbito de este recurso, no se detecta excepción alguna a la doble instancia por razón de la materia litigiosa —enseguida veremos que no es así—, salvo la prevista para los recursos en materia electoral, justificada por la fugacidad de los intereses en conflicto y que cuando se trata de contenciosos contra la proclamación de candidaturas y candidatos, en todo tipo de consultas electorales, venía ya determinada por el artículo 49 de la LOREG.

Es más, el recurso de apelación procede siempre, cualquiera que sea la cuantía litigiosa, contra las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la perso-

na y también contra las que resuelven litigios entre Administraciones públicas o se pronuncian en recursos indirectos contra disposiciones generales.

Esto es lo que dice el artículo 78 del Anteproyecto y lo que decía el artículo 80 del Proyecto anterior, pero ocurre que las reglas definitorias del recurso de apelación, que el Anteproyecto se limita a transcribir tomándolas del Proyecto de 1996, fueron diseñadas teniendo en cuenta un esquema de distribución de competencias entre Juzgados y Salas que el Anteproyecto modifica en puntos sustanciales, cambio al que no es ajeno la integración en este orden jurisdiccional de unos nuevos órganos unipersonales, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, desconocidos en el Proyecto anterior, a los que se encomiendan importantes competencias en el ámbito del contencioso estatal, que probablemente demandan una acomodación de las reglas en materia de apelación contenidas en el artículo 78.

Por de pronto, será necesario corregir algunas antinomias. Ya se ha dicho que con arreglo a lo que establece el artículo 78 del Anteproyecto, abstracción hecha de la materia electoral, ninguna otra resulta excluida del recurso de apelación. Tal sucede con las cuestiones de personal, que convencionalmente he denominado «ordinarias», a pesar de que tradicionalmente se encontraban «extra muros» del recurso de apelación, solución que creo acertada cuando se va a reorganizar la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la base de doble instancia y casación. Pues bien, frente a lo que respecto a dichas cuestiones resulta del artículo 78, apelabilidad de las sentencias condicionada por la cuantía litigiosa, el artículo 8, apartado 5, del Anteproyecto adopta una solución distinta al definir las competencias de los Jueces Centrales. Si el acto recurrido procede de un Ministro o Secretario de Estado, los Jueces Centrales conocen en *primera instancia*, y si ha sido dictado por un Subsecretario o Director General conocen en *única instancia*, en uno y otro supuesto sin condicionamiento alguno. Será, por tanto, necesario armonizar los arts. 78 y 8, apartado 5, letras a) y b) del Anteproyecto, pienso que abriendo el recurso de apelación en ambos casos, con arreglo a las previsiones del artículo 78.

Algo parecido ocurre con la regulación de la tutela jurisdiccional del derecho de reunión, en su vertiente de reuniones o manifestaciones públicas. En el Proyecto de 1996 los recursos en esta materia no estaban atribuidos al conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo al ser extraños a la lista cerrada de materias que se entendió era el criterio más idóneo para acotar las competencias de estos órganos jurisdiccionales. Su conocimiento correspondía a la Sala

de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia competente con lo que las sentencias dictadas en estos procesos quedaban excluidas automáticamente del recurso de apelación y tampoco eran susceptible de casación como ocurre en la actualidad; y es que los intereses en conflicto tratándose de manifestaciones públicas, demandan una pronta y definitiva respuesta en sede jurisdiccional. Pues bien, como el artículo 8 del Anteproyecto rompe con el sistema de lista cerrada que inspiraba al Proyecto de 1996 para definir las competencias de los Juzgados Provinciales de lo Contencioso-Administrativo —así parece que habría que apellidarlos a partir de ahora— y les atribuye, sin precisión de materias, el conocimiento en primera o única instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas, ocurre que los recursos dirigidos a tutelar el derecho de reunión deberán presentarse ante los Juzgados Provinciales con la consecuencia de que las sentencias que se dicten por éstos serán susceptibles de recurso de apelación por aplicación de las reglas generales del artículo 78. Ciertamente que el artículo 117 del Anteproyecto dispone el recurso deberá interponerse ante el «Tribunal» competente y que éste resolverá «sin ulterior recurso», pero no hay que olvidar que este precepto, mera transcripción del artículo 121 del Proyecto anterior, sólo puede ser interpretado correctamente en el contexto de unas reglas de distribución de competencias que el propio Anteproyecto modifica.

Concluyendo, no parece que dejar en manos de un órgano jurisdiccional unipersonal la tutela del derecho de reunión, en su faceta de manifestaciones públicas, materia en la que es difícil trazar los límites del control de la legalidad de la decisión gubernativa, sea la mejor solución. El propósito del Anteproyecto de profundizar en el reparto de competencias entre órganos unipersonales y colegiados con el deseo de descargar a éstos de trabajo no creo que se consiga alterando las reglas de competencia en una materia en la que no suelen ser frecuentes los recursos, al menos en los últimos años, cuando además los intereses en conflicto demandan un pronunciamiento judicial inmediato y firme, que no se aviene con la posibilidad de acudir al recurso de apelación.

B) Otra cuestión no exenta de interés y que, a mi juicio, resuelve satisfactoriamente el Anteproyecto, es la relativa a la eficacia de la sentencia impugnada. Al igual que en el texto de la Ley anterior a la reforma de 1992, el recurso de apelación es admisible en ambos efectos, pero el efecto suspensivo no impide, como ya ocurría entonces, la adopción de medidas cautelares que aseguren la ejecución de

una eventual sentencia confirmatoria. En este punto el artículo 80 del Anteproyecto es trasunto del viejo artículo 96 de la Ley.

Lo que si es nuevo es la posibilidad que se brinda a las partes favorecidas por la sentencia para instar la ejecución provisional de los pronunciamientos que condenen al pago de cantidad líquida. Y hay que reseñar que fue la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso la que al informar el Proyecto de 1996, solución que hace suya el artículo 81 del actual Anteproyecto, la que abrió la ejecución provisional a cualesquiera otros pronunciamientos de la sentencia apelada, cuando tal medida sea la única adecuada para garantizar los intereses de quien la solicita, sin que entre en juego otro límite que la posible producción de situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación.

La novedad es importante, sobre todo para el caso de sentencias que condenen a la Administración al pago de cantidades líquidas, ya que puede contribuir a poner coto a los recursos que persigan como única finalidad dilatar la efectividad de los fallos desfavorables a los intereses de aquélla.

Por lo demás, el procedimiento arbitrado para la adopción de estas medidas cautelares es sumamente sencillo. La ejecución provisional hay que solicitarla dentro de los diez siguientes a la notificación de la admisión del recurso, ofreciendo caución suficiente. El Juez, previa audiencia de las demás partes por término común de tres días, resuelve lo que proceda, fijando si accede a la ejecución provisional la cuantía de la caución, que por regla general deberá ser suficiente para cubrir la cantidad objeto de la ejecución provisional más el interés legal de dicha suma correspondiente a una anualidad, estando apoderado para aumentar o disminuir, a su prudente arbitrio, el importe de los intereses que deban ser asegurados.

El auto que pone fin a este incidente es apelable en un solo efecto, pero hay que tener en cuenta que si su cumplimiento corre a cargo de la Administración demandada, como ocurrirá de ordinario, no puede instarse la ejecución forzosa hasta pasados tres meses (art. 101.5).

El Anteproyecto añade al artículo 81 —que se corresponde con el artículo 83 del Proyecto anterior y es el que se ocupa de la ejecución provisional— un nuevo apartado para puntualizar que «cuando quien inste la ejecución provisional sea una Administración pública quedará exenta de la prestación de caución», regla que pienso sólo puede cobrar sentido en los litigios entre Administraciones públicas. Téngase en cuenta que a la Administración demandada le basta con ejecutar por sí misma el acto recurrido, ejecución que no depende de la suerte que

pueda correr el recurso entablado, salvo que se haya acordado la suspensión cautelar.

C) Señalé al principio que el recurso de apelación es también de nuevo cuño en lo que se refiere al procedimiento para su sustanciación, que presenta la importante novedad de que se tramita todo él, ordinariamente, ante el Juez «a quo», por lo que una vez remitidas las actuaciones a la Sala la apelación podrá ser fallada sin más trámites. Se pretende conseguir con esta nueva regulación una disminución de los gastos del proceso, acercar la justicia a los ciudadanos y contribuir a la reducción de la carga de trabajo que agobia actualmente a la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia, al igual que a la Audiencia Nacional.

Del procedimiento hay que destacar, el plazo para la presentación del recurso, que no es el clásico de cinco días, sino el de quince, teniendo en cuenta que el escrito de interposición deberá contener las alegaciones apelatorias. También es importante reseñar que en ese escrito y en el de oposición las partes tienen que designar un domicilio para notificaciones en la sede de la Sala funcionalmente competente, que hace innecesario el emplazamiento de aquéllas, sin que por tanto pese, ni siquiera sobre el apelante, la carga de comparecer ante el tribunal «ad quem» para mejorar el recurso.

Se trata, como puede verse, de un procedimiento sencillo en el que la sentencia no tiene por qué ir precedida de ninguna otra actuación, salvo que tenga lugar, lo que no ocurrirá de ordinario, el recibimiento a prueba o la adhesión al recurso del apelado. No obstante, el Anteproyecto deja a salvo la posibilidad de vista o conclusiones escritas, trámite que solo es preceptivo si lo piden todas las partes o se hubiere practicado prueba.

D) Por último, quizá convendría plantear si la doble instancia debe instaurarse sin fisura alguna, salvo en materia electoral y tutela del derecho de reunión.

La única excepción prevista con carácter general para los asuntos cuya cuantía no exceda de quinientas mil pesetas puede deparar sorpresas una vez que el Anteproyecto ha ensanchado las competencias de los Juzgados. Por otro lado, la creación de estos órganos jurisdiccionales carentes de toda tradición entre nosotros, y en general en los países de régimen administrativo, probablemente hacen aconsejable la apertura del recurso de apelación en todos los asuntos, cualquiera que sea su entidad económica. No hay que olvidar que lo que se les va a pedir a los Jueces de lo Contencioso-Administrativo es que efectúen un control de legalidad de los actos de los poderes públicos, siempre deli-

cado, que al menos en los primeros años debería ir acompañado de la posibilidad de que sus decisiones fueran contrastadas por un órgano jurisdiccional colegiado, con la ventaja añadida de que supone la finalidad unificadora de la segunda instancia.

III

Las modificaciones que se pretenden introducir en la regulación actual del *recurso de casación*, aunque puntuales, son importantes y algunas de evidente trascendencia.

El tope mínimo de seis millones de pesetas, como ya vaticinó la doctrina a raíz de la reforma de 1992, se ha revelado como un filtro demasiado grueso que no ha permitido aliviar de modo significativo la carga competencial que pesa sobre la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Baste decir que el total de los recursos de casación ingresados anualmente, en los tres últimos años, sobrepasa los nueve mil y que en el primer trimestre de este año el ritmo de entrada se ha incrementado hasta alcanzar el día 31 de marzo la cifra de 2.678, a la que hay que añadir los recursos de única instancia, alrededor de mil quinientos por año. Se comprende, pues, la perentoriedad de elevar sustancialmente la cuantía mínima de los asuntos que han de tener acceso a la casación y la imperiosa necesidad de arbitrar una solución legal que permita tratar individualizadamente los numerosos recursos de cuantía indeterminada —el 41 por 100 del total— que hasta ahora, y por esta sola circunstancia, tienen abierta la puerta al recurso de casación, cuando muchos son de escasa trascendencia o carecen de relevancia jurisprudencial.

En cuanto a las modificaciones en particular, algunas meramente técnicas, merecen reseñarse, entre otras, las siguientes:

A) Queda definitivamente zanjada la polémica que suscitó en sus inicios la regulación actual del recurso de casación en punto a lo que debe entenderse por sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia mientras no tenga lugar la entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Sabido es que los TSJ acumulan competencias propias, las definidas en el artículo 74 LOPJ y competencias atribuidas a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo por el artículo 91 LOPJ, al no haber sido efectivamente creados estos nuevos órganos jurisdiccionales. En tal situación, el artículo 93 LRJCA permitía dos interpretaciones, una, entender que únicamente son sentencias dictadas en única instancia las

que resuelven recursos cuya competencia corresponde como propia a los TSJ, con lo que automáticamente quedaba cerrado el acceso a la casación a todo el contencioso local y a una parte significativa del contencioso autonómico, al margen de la relevancia que pudiera tener el derecho de creación estatal en la decisión del litigio. En favor de esta interpretación se esgrimió un argumento de peso, era la más congruente con el objetivo de la reforma de 1992, aliviar la sobrecarga del Tribunal Supremo, aunque no dejaba de presentar graves inconvenientes. Otra, la seguida por la Sala Tercera que partiendo de una realidad difícil de soslayar entendió, desde el principio, que son sentencias de única instancia todas las que dictan los TSJ.

El Anteproyecto se inclina por la primera solución para el período transitorio que medie entre la entrada en vigor de la Ley y la puesta en funcionamiento de los Juzgados, pues aunque entretanto, y como ahora ocurre, los TSJ son llamados a ejercer las competencias atribuidas a aquéllos, el régimen de recursos aplicable en estos casos es el previsto para las sentencias dictadas en segunda instancia. Por cierto, que la D.T. Primera, 3 del Anteproyecto, tomada literalmente del Proyecto anterior, tendrá que ser retocada para extender sus efectos a los Juzgados Centrales y a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

B) La regulación de las excepciones al recurso de casación en el Proyecto de 1996 respetaba las pautas actuales con la novedad, que hace suya el Anteproyecto, de que quedan excluidos de la casación ordinaria los asuntos cuya cuantía, determinada o determinable, no exceda de veinticinco millones de pesetas, modificación sin duda importante y absolutamente necesaria si se quiere dar una respuesta realista a la abrumadora carga de trabajo que gravita sobre la Sala Tercera. La reforma de 1992, se quedó corta, como ha demostrado la experiencia, en su propósito de que el Tribunal Supremo conociera de un número razonable de asuntos para que pueda cumplir adecuadamente la misión institucional que le incumbe de formar jurisprudencia.

Se exceptúan también en el Anteproyecto las cuestiones de personal al servicio de particulares, supliendo la omisión en que incurrió la Ley de 1992, pues se trata de asuntos que ya la LRJCA, desde la reforma de 1973, había excluido del viejo recurso de apelación y que por tanto no tenían acceso al Tribunal Supremo.

Pero la novedad más importante del Anteproyecto, que me atrevo a calificar de sorprendente y radicalmente incompatible con los objetivos que persigue la reforma de la casación, es la apertura de este recurso extraordinario prácticamente a todas las cuestiones de personal. Abrir

el recurso de casación a todas las sentencias en materia de personal dictadas en única instancia o en grado de apelación por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional, que es lo que en definitiva dispone el artículo 83.2, párrafo segundo, del Anteproyecto, ya que el condicionamiento de que la cuestión debatida pueda afectar a un colectivo amplio de servidores públicos es casi siempre característica común de las cuestiones de personal, supondría lisa y llanamente neutralizar los efectos que se quieren alcanzar con la elevación de cuantía y probablemente colapsar de modo definitivo el funcionamiento de la Sala Tercera. Téngase en cuenta que al reconducirse el recurso de revisión a su ámbito propio por la entrada en vigor de la reforma de 1992, el número de recursos de esa clase pendientes en los que encontraban cobijo los asuntos de personal para acceder al Tribunal Supremo, que eran los que nutrían mayoritariamente los recursos de revisión por contradicción de doctrina, alcanzó entonces la cifra de 894, que se vería hoy ampliamente superada aunque sólo fuera por el aumento vegetativo de la litigiosidad, que ya no vendría limitado por la previa existencia de un pronunciamiento judicial contradictorio.

Se hace, pues, de todo punto necesario suprimir del texto del Anteproyecto el tratamiento procesal privilegiado que pretende darse a las cuestiones de personal respecto a las demás materias. Bien está abrir el recurso de casación a las cuestiones de personal que afecten al nacimiento de la relación de servicio, no limitándolo a las que esté en juego su extinción, pero generalizar este tratamiento a todas las cuestiones de personal, incluso cuando ya han recibido dos respuestas en sede judicial, es una solución poco realista y desde luego incompatible con uno de los objetivos fundamentales de la reforma, si realmente se desea reducir la abrumadora carga de trabajo que pesa sobre la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

C) Otra novedad importante, es la que precisa el ámbito de la función nomofiláctica que el Tribunal Supremo está llamado a cumplir mediante el recurso de casación.

La Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal se ocupó de excluir del recurso de casación los casos de aplicación e interpretación del Derecho autonómico, sin duda por entender que esa tarea es misión propia de los Tribunales Superiores de Justicia, en los que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma. Por eso, el artículo 93.4 de la LRJCA, exige para que sean susceptibles de casación las sentencias dictadas respecto a actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas —siempre que naturalmente no estén excluidas de este recurso extraordinario por aplica-

ción de las reglas generales— que el recurso de casación se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas, que sea relevante y determinante del fallo.

El Anteproyecto va más allá por entender que al Tribunal Supremo sólo le corresponde la creación de pautas interpretativas uniformes cuando lo que está en debate es la aplicación de normas estatales. La protección de las normas de otro origen, ya sean autonómicas o de creación local, o surgidas del poder normativo de que puedan gozar las corporaciones públicas, se confía a los Tribunales Superiores de Justicia. Por eso, clara y terminante, se dice que las sentencias respecto de disposiciones, actuaciones o actos de las Comunidades Autónomas, de las Entidades locales, o de las Corporaciones e Instituciones públicas, sólo serán susceptibles de recurso de casación por infracción de normas de derecho estatal —o comunitario europeo— que sea relevante o determinante del fallo, añadiéndose como mejora técnica «siempre que aquéllas hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora».

D) En relación con los motivos de casación se mantienen sin cambios los diseñados en la reforma de 1992. En lo que sí mejora el Anteproyecto la regulación actual es al determinar el contenido de la estimación de los motivos 1.º y 2.º (abuso, exceso o defecto de jurisdicción e incompetencia o inadecuación del procedimiento). El artículo 102 de la LRJCA dice para estos casos que se anulará la sentencia o resolución recurrida, «dejando a salvo el derecho a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado». Esta proposición legal, trasunto literal del artículo 1715 LEC, olvida de que en este orden jurisdiccional, a diferencia de lo que ocurre en el orden civil, el ejercicio de la acción contencioso-administrativa está sujeta a plazos fugaces de caducidad, hasta el punto que si se aplicara el actual artículo 102 en sus términos literales se producirían fatalmente situaciones de indefensión claramente contrarias a la efectividad de la tutela judicial. Por eso, el artículo 92 del Anteproyecto da nueva redacción a este precepto, puntualizando que si el vicio afecta a la jurisdicción se indicará «el concreto orden jurisdiccional que se estima competente —en caso de abuso o exceso de jurisdicción— o se resolverá el asunto —en caso de defecto de jurisdicción— y si el motivo estimado fuera la incompetencia o inadecuación del procedimiento, se remitirán las actuaciones al órgano jurisdiccional competente para que resuelva, o se repondrán al estado y momento exigidos por el procedimiento adecuado para la sustanciación de las mismas, respectivamente.

E) Otras modificaciones importantes son las que se refieren a la ejecución de las resoluciones recurridas y a las causas de inadmisión del recurso.

La preparación del recurso de casación, a tenor del artículo 98 de la LRJCA, no impide la ejecución de la resolución recurrida, añadiendo este artículo que la Sala, cuando tenga por preparado un recurso de casación, dejará testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida para proceder a su ejecución. Los términos imperativos del artículo 98, que contrastan con los del artículo 1722 de la LEC, llevaron a algunos Tribunales a entender que la ejecución de las sentencias estimatorias debía acordarse incluso de oficio y sin cortapisa alguna, a pesar de la pendencia del recurso de casación.

El Anteproyecto corrige esta interpretación y siguiendo la orientación ya apuntada en algunos autos de la Sala Tercera precisa que la ejecución tiene carácter provisional, que puede acordarse a solicitud del interesado —no de oficio— y que si de ella se puede derivar algún daño o perjuicio para los intereses públicos o de tercero es necesario prestar caución suficiente para responder de los mismos. Y como se trata de una ejecución a resultas de un recurso, deberá denegarse cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación.

A las causas de inadmisión previstas en la LRJCA el Proyecto de 1996 añadió una nueva con la finalidad de filtrar los asuntos de cuantía indeterminada, muchos de ellos de importancia mínima, a los que no prestó atención la reforma de 1992 y cuyo acceso indiscriminado a la casación no parece justificado.

El Anteproyecto, en cambio, prescinde de esta causa de inadmisión, manteniendo abierta una brecha que si no se trata adecuadamente seguirá incidiendo negativamente en el funcionamiento de la Sala Tercera, como lo viene haciendo hasta ahora. Téngase en cuenta que las reglas de determinación de cuantía, que no mejoran la regulación actual, son insuficientes para resolver este problema y que por mucho esfuerzo que se haga para mejorarlas el problema subsistirá. Es de todo punto necesario arbitrar una solución, que dejando a salvo los recursos directos contra disposiciones generales, permita al Tribunal Supremo examinar individualizadamente los asuntos de cuantía indeterminada, o mejor inestimable, de modo que el filtro de la admisión sólo pueda ser superado cuando tales asuntos tengan interés casacional, por la necesidad de fijar un criterio jurisprudencial que oriente la actuación de los órganos jurisdiccionales inferiores en grado. Y si se quiere limítase el juego de esta causa de inadmisión a los supuestos en que los recursos carentes de relevancia jurisprudencial vengán fundamentados

en vicios «in judicando», para no soslayar el examen de los vicios «in procedendo» que pueden haber distorsionado la justa solución del caso en la instancia, pero no se deje sin respuesta un problema que contribuye a alargar innecesariamente los recursos que realmente demandan la atención de la Sala Tercera.

Una última observación en orden al tratamiento de las causas de inadmisión en el Anteproyecto. Los autos de inadmisión no son susceptibles de recurso alguno, así se recoge en el artículo 100 de la LRJCA. El Anteproyecto hace suya esta regla, pero se aparta en un caso, cuando la inadmisión se declare por manifiesta carencia de fundamento del recurso de casación, en que podrá interponerse —dice su art. 90— recurso de súplica. Esta excepción obedece, sin duda, a un propósito garantista, pero a veces el exceso de garantías formales no soluciona los problemas y puede dar al traste con la finalidad última perseguida. Si la inadmisión va precedida, como establece el Anteproyecto, de la previa audiencia de las partes cualquiera que fuere su posible causa, si en el supuesto que ahora interesa —también cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales— el auto de inadmisión debe dictarse por unanimidad, admitir la posibilidad de que se vuelva a discutir si el recurso carece o no manifiestamente de fundamento, puede diluir esta causa de inadmisión y relegar su examen al momento de dictar sentencia. La garantía de que el auto de inadmisión se acuerde por unanimidad es suficiente, en este punto sí es encomiable la reforma introducida, pero en lo demás creo debe mantenerse la regulación actual, incluso respecto al criterio a seguir sobre la necesidad de la previa audiencia del recurrente —que no de las partes—, que distingue entre causas de inadmisión que resultan de las actuaciones, en que su puesta de manifiesto carece de justificación, y aquélla otra —haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales— en que al traerse a colación para decidir el incidente otros datos, la audiencia previa del recurrente es efectivamente necesaria.

IV

Para terminar me voy a referir brevemente al recurso de casación para la unificación de doctrina y también a la casación en interés de la Ley, cuya desaparición en el Anteproyecto merece alguna reflexión.

A) El recurso de casación para la unificación de doctrina conserva en el Anteproyecto, creo que con todo acierto, sus caracteres definitorios.

Se continúa concibiendo como subsidiario y excepcional respecto a la casación ordinaria o común, subsidiario, porque cuando no es posible la impugnación casacional de las sentencias por razón de la cuantía litigiosa —y siempre que ésta supere el límite mínimo de tres millones de pesetas— se permite acudir a esta modalidad casacional con la finalidad primaria de unificar la doctrina, de formar jurisprudencia, ante la existencia de fallos contradictorios, hasta el punto de que si el juicio de contraste entre las sentencias enfrentadas no arroja un resultado positivo, si la contradicción invocada no es tal, huelga examinar si la sentencia recurrida incurre o no en la infracción legal imputada en el recurso. Precisamente por esto, y en ello radica su excepcionalidad, ya desde el primer momento, en la fase de preparación, pesa sobre el recurrente la carga de exponer circunstanciadamente la contradicción alegada y acompañar la justificación documental de las sentencias que alega como término de comparación.

Pero aunque la naturaleza y finalidad de este recurso permanecen inalteradas, se introducen algunas modificaciones entre las que cabe destacar dos:

a) En lo que se refiere a su ámbito se elimina el requisito de la no existencia de doctrina legal sobre la cuestión controvertida cuando la contradicción se produce entre sentencias de los TSJ para facilitar la evolución de la jurisprudencia.

Desaparece la posibilidad de recurrir en este concepto las sentencias dictadas en única instancia por la Sala Tercera, ya que existen resortes legales suficientes para evitar la contradicción entre aquéllas derivados del principio de unidad de Sala, de unidad de Tribunal, como ha demostrado la experiencia de los cinco últimos años, además de la anomalía que supone que unas sentencias dictadas por el propio Tribunal Supremo sean susceptibles de casación.

b) En el procedimiento es donde se introducen los cambios más importantes, que pueden resumirse en la refundición en un solo trámite de los de preparación e interposición del recurso, permitiendo que se sustancie todo él ante la propia Sala sentenciadora. Si ya en el momento de la preparación debe razonarse la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida, como ocurre actualmente, pierde buena parte de su sentido la existencia de dos fases diferenciadas, como la experiencia se ha encargado de demostrar.

También hay que reseñar que el Anteproyecto, siguiendo también aquí al Proyecto anterior, alumbró un recurso nuevo para la unificación del derecho autonómico, sometido a reglas parecidas, si no idénticas, al de casación para la unificación de doctrina. La creación de este

recurso extraordinario es coherente con la necesidad de arbitrar un instrumento procesal que permita dar unidad al derecho de creación de las Comunidades Autónomas, cuya interpretación y aplicación no corresponde al Tribunal Supremo sino a los Tribunales Superiores de Justicia. Lo que, en cambio, no parece acertado es la extensión de este recurso a las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia que cuenten con más de una Sección, pues la unidad de Sala no queda rota por la existencia de dos o más Secciones y esa unidad garantiza o debe garantizar —existen resortes legales para conseguirlo— la unidad en la interpretación de los ordenamientos autonómicos, con unas normas de distribución de asuntos ajustadas a la naturaleza y homogeneidad de las materias, como exige el artículo 16 del Anteproyecto y cuando sea preciso acudiendo al Pleno de la Sala, medidas que, en cambio, son inoperantes cuando el TSJ cuenta con una pluralidad de Salas que, por tener un ámbito territorial de competencia propio, funcionan como órganos jurisdiccionales diferenciados. Por ello, pienso, que este recurso para la unificación de doctrina, limitado al derecho autonómico, debe quedar circunscrito a los TSJ que estén dotados de más de una Sala de lo Contencioso-Administrativo. Si el Anteproyecto elimina el recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que también actúa dividida en Secciones, la solución a este problema no debería ser distinta.

V

El Anteproyecto prescinde del recurso de casación en interés de la Ley y trata de explicar en su Exposición de Motivos las razones que le llevan a su supresión, basadas en el principio de igualdad de las partes, en el de independencia judicial y en que se trata —dice— de un procedimiento atípico para formar jurisprudencia, al no atenderse al requisito, connatural a ésta, de la reiteración de decisiones.

Pienso que antes de condenar al ostracismo un instrumento procesal con más de sesenta años de existencia —su creación data de 1931—, que ha cumplido un decoroso papel contribuyendo al esclarecimiento de multitud de normas jurídicas, primero bajo el nombre de recurso de apelación extraordinario y a partir de la reforma de 1992 con la denominación actual de recurso de casación en interés de la Ley —el cambio es meramente semántico y no afecta lo más mínimo a su esencia—, sería necesario reflexionar sobre sus ventajas e inconvenientes.

nientes, pero ni los límites de esta intervención lo permiten, ni probablemente mis capacidades serían suficientes para profundizar en este problema. Me limitaré a hacer unas breves consideraciones por si fueran útiles para los redactores del Anteproyecto.

Se ha dicho por un importante sector de la doctrina, y no hay por menos que reconocerlo con lo que ello supone, que aunque se hable de que este recurso se da «en interés de la Ley» en realidad ha sido creado en interés de la Administración, o lo que es igual, que constituye un privilegio injustificado ya que sólo puede interponerse por la Administración y no por quien ha litigado contra ella, con lo que se resiente el principio de igualdad de las partes en el proceso.

Esta crítica, que merece todo mi respeto, tal vez deba ser matizada. No es exacto, a mi entender, o al menos no lo es del todo, que este recurso singular sea incompatible con el principio de igualdad de las partes en el proceso por el dato de que únicamente la Administración esté legitimada para acudir a él, si se tiene en cuenta que cualquiera que sea su resultado permanece incólume la situación jurídica creada por el fallo recurrido, con lo que el particular que ha litigado con la Administración que tampoco podría conseguir mediante la promoción de este recurso revocar o anular la sentencia recurrida —aquí es donde debe jugar y efectivamente juega el principio de igualdad de las partes— difícilmente podría estar interesado en un recurso de estas características, concebido únicamente para formar jurisprudencia. Lo que ocurre es que al ser la Administración potencialmente productora de actos en masa en algunos sectores de su actividad, a veces durante un período dilatado de tiempo, parece razonable que la Ley ponga en sus manos un instrumento procesal que le permita acudir al órgano jurisdiccional que está llamado a dar unidad al ordenamiento jurídico para contrastar, mediante una decisión de éste, si un fallo judicial que reputa erróneo y puede consolidarse por su reiteración, es o no contrario a la ley, cuando es firme por su propia naturaleza, es decir, no susceptible de impugnación en sentido propio.

No creo que visto así el recurso de casación en interés de la Ley se pueda calificar como privilegio injustificado en favor de la Administración, ni que sea incompatible con el principio de igualdad de las partes. Que pueda desembocar en una sentencia que por sí sola sea susceptible de formar jurisprudencia es la consecuencia natural del enjuiciamiento que se hace en este recurso singular al quedar situada en un primer plano la norma cuyo exacto alcance se trata de desentrañar, lo que no ocurre en los recursos propiamente dichos en que es el caso litigioso o la sentencia residenciada los que ocupan ese lugar,

determinando que la doctrina que pueda fluir de su decisión esté impregnada por la singularidad de los intereses en conflicto y por ello necesitada de una reiteración para que pueda alcanzar un cierto grado de abstracción convirtiéndose en jurisprudencia. Por otro lado, esta nota definitoria del recurso de casación en interés de la Ley es común al de casación para la unidad de doctrina, en él también por parecidas razones una sola sentencia del Tribunal Supremo, cuando reconduce a la unidad de doctrinas contradictorias, forma jurisprudencia como ha dicho en más de una ocasión la Sala Tercera.

En definitiva, que la hipotética supresión del recurso de casación en interés de la Ley merece una reflexión profunda, distinto es que su regulación actual sea manifiestamente mejorable. Si se opta por su desaparición habrá que ser conscientes de que el papel que ha venido jugando este recurso durante muchas décadas probablemente será asumido por los titulares del poder normativo, entre los que se encuentra la propia Administración, en cuanto sientan la necesidad de reaccionar frente a doctrinas que consideren erróneas y comprometedoras del interés general, sin el tamiz que hasta ahora supone el recurso de casación en interés de la Ley.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

EXCMO. SR. D. LAUREANO LÓPEZ RODÓ*

*Catedrático de Derecho Administrativo
y Académico de Número de la Real Academia
de Ciencias Morales y Políticas*

- I. Introducción.
- II. Sentido e importancia.
- III. La suspensión del acto recurrido: evolución normativa.
 - 1. Regulación inicial.
 - 2. El Congreso Jurídico Español de 1886.
 - 3. La Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888.
 - 4. El Estatuto Municipal.
 - 5. La jurisprudencia posterior al Estatuto Municipal.
 - 6. La suspensión del acto impugnado en la Ley de 1956.
 - 7. Intentos postconstitucionales de reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
 - 8. El Anteproyecto de 1997. Diferencias con el Proyecto de 1995.
 - 9. Derecho Comunitario positivo en materia de medidas cautelares.
- IV. Jurisprudencia posterior a la Ley de 1956 en materia de suspensión.
 - 1. Resoluciones preconstitucionales: la aplicación del criterio de la dificultad en la reparación de los daños.
 - 2. Resoluciones postconstitucionales:
 - A. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el avistamiento del *nuevo* principio general del Derecho relativo a las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo

* Jueves, 10 de abril.

- B. La doctrina del Tribunal Constitucional: consagración de la tutela cautelar como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. Consecuencias en orden a la constitucionalidad de las leyes.
- V. Algunos criterios jurisprudenciales en materia de suspensión
 - 1. La valoración *ad casum*.
 - 2. El juego de las presunciones:
 - A. Actos administrativos en materia de extranjería.
 - B. ~~Actos~~ administrativos en materia sancionadora.
 - C. Actos administrativos en materia de servicio militar o prestación social sustitutoria.
 - D. Actos o disposiciones en materia de organización administrativa.
 - E. Actos administrativos en materia urbanística.
 - F. Suspensión de disposiciones de carácter general.
- VI. La insuficiencia del sistema de medidas cautelares: distintos grados del interés público a tener en cuenta antes de acordar la suspensión, la adopción de medidas cautelares provisionalísimas y otras medidas cautelares.
 - 1. Las medidas cautelares provisionalísimas.
 - 2. La consideración del interés público para acordar la suspensión.
 - 3. Otras medidas cautelares distintas de la suspensión.
- VII. Conclusiones y reflexión final.

I. Introducción

El tema de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo es hoy una *vexata quaestio* en la que existe disparidad de opiniones en la jurisprudencia y en la doctrina, hasta el punto de llegar a hablarse de «la batalla por las medidas cautelares».

La «batalla» presenta diversos frentes pues, no sólo la jurisprudencia ha ido evolucionando, sino que discrepan los autores y también existen discrepancias en los diversos proyectos de reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa —algunos de ellos *non natos*—, a los que me referiré más adelante. El origen del debate se encuentra en la nueva Constitución de 1978, a la luz de la cual han de interpretarse las leyes anteriormente vigentes.

En nuestro caso se trata de armonizar el artículo 24 de la Carta Magna con los artículos 122 y 96.2 de la Ley de lo contencioso (el primero trata exclusivamente de la *suspensión* del acto recurrido mientras el segundo se refiere *expressis verbis* a la adopción de *medidas cautelares para asegurar la ejecución de la sentencia*).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y la doctrina han realizado una meritoria labor, con la finalidad de alcanzar la plena garantía de los derechos fundamentales a la *tutela judicial efectiva* y a un *proceso sin dilaciones indebidas*. Este objetivo es unánimemente compartido, como también lo es la necesidad de una nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo que sea absolutamente concorde con los preceptos constitucionales.

La discrepancia surge cuando se trata de instrumentar las medidas cautelares y decidir si pueden adoptarse incluso *inaudita parte*, si el Tribunal al que se solicite su adopción ha de dar absoluta preferencia a resolver la solicitud, interrumpiendo todos los demás casos, si la resolución ha de ser motivada, si eventualmente podrá exigirse caución, si podrá acordarse la medida por tiempo determinado y si cabe revocarla en cualquier momento. Por último, hay quienes sostienen que debería concretarse un elenco de las medidas cautelares, mientras otros son partidarios de la plena discrecionalidad del Tribunal para adoptar, en cada caso, las que estime necesarias.

Entre los argumentos esgrimidos no podían faltar, como es lógico, la invocación al Derecho Comunitario y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

A esclarecer algunos de los principales aspectos de la nueva Ley que se postula obedece la organización por nuestra Real Academia del

curso, que hoy se clausura, sobre «La Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» en el que me ha correspondido hablar de las medidas cautelares.

II. Sentido e importancia

No hace falta resaltar la importancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso. La ejecutividad de los actos administrativos aunque sean recurridos y el gran número y la larga duración de esos procesos —en el último año judicial fueron despachados por la Sala III del Tribunal Supremo 12.642 y su duración en doble instancia puede estimarse entre siete y ocho años— hacen patente la necesidad de medidas cautelares para impedir una política de hechos consumados de la Administración al ejecutar inexorablemente sus actos, aunque sean de dudosa legalidad y ocasionen daños irreversibles; para evitar la excesiva dilación del proceso (*periculum in mora*), y para garantizar la eficacia real de la Sentencia que en su día se dicte.

La razón que sirve de fundamento a la aplicación de medidas cautelares es hacer válidos los *derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva* y a *un proceso sin dilaciones indebidas* consagrados en el artículo 24 de la Constitución.

La medida cautelar clásica es la suspensión del acto recurrido cuestión que ha sido objeto de la quinta parte de los recursos entablados ante la Sala III del Tribunal Supremo¹.

Pero la suspensión, aun siendo la principal de las medidas cautelares, no es la única ni es siempre garantía bastante. La suspensión paraliza la ejecutividad del acto administrativo, pero no asegura ni que el proceso se tramite con la debida celeridad, ni que la Sentencia que le ponga fin se lleve a su debido efecto. De ahí que haya ido tomando cuerpo la opinión en favor de una «justicia provisional» inmediata y rápida, que pueda ser revisada ulteriormente. Como ya escribió Chiovenda en 1906²: «el tiempo necesario para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien tiene razón».

¹ Sobre el total de recursos ante la Sala III del Tribunal Supremo, tanto de casación como de apelaciones antiguas, los recursos sobre piezas de suspensión vienen a suponer un 20% del total. Las resoluciones estimatorias de recursos relativos a las piezas de suspensión, puede cifrarse su número, con bastante aproximación, en un 25 %.

² *Principi di Diritto Processuale Civile*, 3.ª ed., 1923.

El tema de las medidas cautelares es complejo y no debe enfocarse de forma simplista. Son varios los derechos que pueden entrar en conflicto: el derecho-deber de la Administración de servir al interés general y actuar con eficacia (C.E. art. 103.1), el del recurrente que se siente lesionado en sus derechos e intereses, y los de terceros que se vean afectados por el acto administrativo o por las medidas cautelares que se adopten. No podemos olvidar que las relaciones Administración-administrado no son siempre bilaterales; pues frecuentemente son trilaterales al existir terceros interesados. Por ejemplo, si se ordena paralizar una obra, la orden afecta no sólo a su promotor sino también al contratista, a la entidad que la financia y a los usuarios de la construcción.

En definitiva, las medidas cautelares son, de ordinario, controvertidas pues, si favorecen a quien las solicita de los Tribunales, la Administración suele entender que son entorpecedoras y los terceros interesados pueden estar unos a favor y otros en contra de su adopción.

Tampoco puede equipararse el régimen de las medidas cautelares cuando el objeto del proceso es un derecho fundamental especialmente tutelado por la Constitución (art. 53.2) con el aplicable en los demás casos.

Es ésta, por consiguiente, una materia en la que toda cautela es poca —y valga la redundancia—, en la que hay que contemplar todos sus aspectos antes de adoptar las medidas, y en la que tiene especial aplicación el principio de proporcionalidad.

III. La suspensión del acto recurrido: evolución normativa

El prototipo de medida cautelar frente a la ejecutividad es la suspensión del acto recurrido en vía contencioso-administrativa. Pero caben otras, puesto que la Ley Jurisdiccional de 1956, al igual que la de 1888, declaró supletoria la de Enjuiciamiento Civil, que permite adoptar «las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la Sentencia que en el juicio recayere» (art. 1428).

Comenzaré mi exposición tratando de *la suspensión* jurisdiccional del acto. En esta materia, como en tantas otras, la evolución legislativa se ha debido en gran parte a la labor de la jurisprudencia y de la doctrina.

1. REGULACIÓN INICIAL

Cuando se creó en 1845 la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el modelo francés de justicia retenida, no se admitía la suspensión del acto recurrido. Primaba el principio de la ejecutividad, que se vio reforzado por un Real Decreto de 1853.

La suspensión de los actos administrativos se regula por primera vez, en el Real Decreto Orgánico de 4 de julio de 1861, si bien se refería exclusivamente a los negocios contenciosos de la Administración en Ultramar. En la Península no se recoge la institución hasta el Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 1870, que admitió la posibilidad de suspender los actos recurridos cuando pudiera su ejecución «causar perjuicios a los intereses públicos o daño *irreparable* a los particulares». En el mismo sentido se expresa el Reglamento Regulador del Régimen y Tramitación de los Negocios del Ministerio de Hacienda de 1871.

Merece ser subrayada la expresión *daño irreparable* puesto que esta condición *sine quanon* para la suspensión del acto recurrido ha venido perdurando durante más de medio siglo, hasta el Estatuto Municipal de 1924.

2. EL CONGRESO JURÍDICO ESPAÑOL DE 1886

No podemos olvidar la influencia que tuvo en la evolución del recurso Contencioso-Administrativo el Congreso Jurídico Español de 1886 convocado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. La séptima conclusión de la Ponencia relativa a este asunto *propugnó que la suspensión del acto recurrido, salvo en los casos de especial interés público, se entendiera como una medida general, si bien mantenía la exigencia de que se tratara de evitar un perjuicio irreparable.*

3. LA LEY DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE 1888

La Ley de Santamaría de Paredes de 1888 confiaba la justicia administrativa al Tribunal de lo Contencioso ubicado en el Consejo de Estado. Respecto del tema de la suspensión disponía que: «Los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo pueden acordar, oído el Fiscal, la suspensión de las resoluciones reclamadas en vía contenciosa, cuan-

do la ejecución pueda ocasionar *daños irreparables*, *exigiendo fianza* de estar a resultas el que hubiera pedido la suspensión» (art. 100).

Por consiguiente, seguía constituyendo presupuesto necesario para la suspensión que el acto recurrido pudiera ocasionar *daños irreparables*³.

La Ley Maura de 1904 transfirió la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado al Tribunal Supremo. Pero en ella nada se dice respecto de la suspensión de los actos recurridos.

4. EL ESTATUTO MUNICIPAL

El Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924, fue especialmente innovador. Por ejemplo, en su artículo 268, consagró por vez primera la doctrina del silencio administrativo⁴.

Respecto de la suspensión de los actos administrativos, el artículo 261 del Estatuto dispone que: «Los Tribunales *de cualquier jurisdicción* que tramiten recursos contra acuerdos municipales, *podrán acordar su suspensión, siempre a petición de parte* y con audiencia de la Corporación, y, en su caso, del respectivo Fiscal. La suspensión habrá de concretarse al interés reclamado y sólo será acordada cuando sea necesaria para evitar *grave perjuicio de reparación imposible o difícil*. El Tribunal podrá exigir afianzamiento suficiente cuando sea racional presumir que la suspensión ha de ocasionar daños y perjuicios».

Es preciso subrayar la importante modificación introducida por el Estatuto, al *admitir que puede acordarse la suspensión del acto recurrido, no sólo si el daño es irreparable, sino también cuando su reparación sea difícil*.

³ El Reglamento de 1890 para la ejecución de la Ley de lo Contencioso de 1888 desarrolla a lo largo de los artículos 187 a 193 el citado artículo 100 de la Ley añadiendo algunas precisiones, por ejemplo que la resolución sobre la suspensión no era susceptible de recurso alguno y que la suspensión podía solicitarse en cualquier estado del pleito antes de señalada la Vista.

⁴ «Se considerarán desestimadas por las autoridades y organismos municipales respectivos las peticiones o reclamaciones de particulares o entidades sobre las cuales no se dicte providencia o acuerdo de fondo dentro de los cuatro meses siguientes a su presentación, salvo cuando las leyes establezcan plazos mayores o menores. Tales denegaciones tácitas serán impugnables mediante los oportunos recursos, y si prosperasen, podrá exigirse responsabilidad civil o gubernativa a las autoridades, funcionarios o Corporaciones culpables de la demora.»

5. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR AL ESTATUTO MUNICIPAL

Al suprimir el Estatuto Municipal la exigencia del requisito de la irreparabilidad del daño es comprensible que, en un primer momento, la jurisprudencia fuera muy cauta en suspender el acto por daños de reparación simplemente difícil. Así, el Auto de 10 de junio de 1927 declaró que no revisten el carácter de *daños irreparables* aquellos que puedan ser apreciados y tasados sustancialmente.

Orden de revoco de una fachada

En cambio, el Auto de 4 de mayo de 1928 suspendió el acuerdo que ordenaba que una fachada fuese revocada por estimar que sería *difícil* la reparación del daño puesto que no se podía volver la cosa al estado que tenía antes de su revoco.

Finalidad de la suspensión: garantizar la efectividad de las sentencias

El Auto de 3 de enero de 1936 tiene interés porque deniega la suspensión de un acuerdo municipal, sentando la doctrina de que el *fin perseguido por la suspensión no es otro que el de garantizar, en casos excepcionales, la efectividad de los fallos de los Tribunales de esta jurisdicción*. Merece ser destacado que este Auto consideró como motivo de suspensión el *garantizar la efectividad de la sentencia*, doctrina que posteriormente se ha ido abriendo camino.

Suspensión de la demolición de un monumento

Pero, sin duda, la suspensión acordada por el Tribunal Supremo que más resonancia tuvo fue la acordada en dos Autos de 3 de enero de 1936 que, confirmando los que dictó el Tribunal Provincial de Bilbao, suspendió la ejecución del Acuerdo del Ayuntamiento de dicha Villa que ordenaba la demolición del monumento al Sagrado Corazón. El Tribunal Supremo fundamentó la suspensión en que «Examinados los antecedentes, prueba presentada respecto a la importancia y características del monumento erigido, se adquiere el convencimiento de que la ejecución del acuerdo del Ayuntamiento sería causa de graves perjuicios de reparación, si no imposible, *difícil*»⁵.

⁵ La Ley Municipal de la República de 1935, notoriamente inferior al Estatuto de Calvo Sotelo, mantuvo, no obstante, la posibilidad de que la suspensión pueda ser acordada para evitar graves perjuicios de reparación imposible o *difícil*.

6. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO EN LA LEY DE 1956

El 28 de junio próximo, la Ley jurisdiccional de 1956 cumplirá, tras los seis meses de vacatio legis, cuarenta años de vigencia. A lo largo de este dilatado período, la jurisprudencia ha realizado una inteligente labor en la interpretación de sus normas, inspirándose en el espíritu de la Ley, plasmado en su excelente exposición de motivos donde se afirma «que el presente texto legal (está) encaminado a establecer un eficaz sistema de garantía de la Justicia»⁶.

El Decreto de 14 de junio de 1957, por el que se creó la Sala V de lo Contencioso recalcó que la Ley del 56 estableció *un sistema de justicia administrativa «capaz de garantizar el sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento jurídico»*, frase posteriormente incorporada al artículo 103.1 de la Constitución de 1978.

Mientras la Ley Santamaría de Paredes de 1888, *no hacía mención expresa a ninguna otra posible medida cautelar*, en cambio, la Ley de lo Contencioso de 1956, además de la suspensión del acto o disposición recurridos (arts. 122 a 125) se refiere expresamente, en su artículo 96 (relativo al recurso de apelación que era en ambos efectos) *a la adopción de las medidas cautelares que sean pertinentes, para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia.*

De otra parte, la vigente Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1956, consagra con carácter general (y no sólo en materia municipal) la misma fórmula del Estatuto al establecer en su artículo 122.2 que «procederá la suspensión cuando la ejecución hubiera de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o *difícil*». En su exposición de motivos, puntualiza que «En orden a la suspensión, la Ley la admite cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños de reparación imposible o *difícil*. Al juzgar sobre su procedencia se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, *según el grado en que el interés público esté en juego. Respecto de la dificultad de la reparación, no cabe excluirla sin más por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivar de la ejecución sea valorable económicamente*».

⁶ De modo semejante, aunque referido a la vía administrativa, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en su artículo 72, disponía:

«1. Iniciado el procedimiento, la autoridad competente para resolverlo *podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer*, si existieren elementos de juicio suficientes para ello.
2. No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.»

7. INTENTOS POSTCONSTITUCIONALES DE REFORMA DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En la Comisión General de Codificación, siendo Ministro de Justicia Íñigo Cavero, se constituyó un grupo de trabajo integrado por Villar Palasí, Garrido Falla, García de Enterría, González Pérez y Sebastián Martín Retortillo para preparar una *reforma parcial* de la Ley Jurisdiccional de 1956. Pero, al cesar Cavero, en septiembre de 1980, se interrumpió la tarea.

En la etapa socialista, el Ministro Ledesma encargó la elaboración de un *Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo* a una Comisión presidida por Arozamena e integrada por Pabón de Acuña, García Morillo, García Manzano, González Berenguer, Leguina, Martí Mingarro y Xiol Ríos. El anteproyecto fue objeto de varios estudios recogidos en un volumen publicado en 1986 por la revista del Ministerio de Justicia «Documentación Jurídica».

En 1993, el Ministro Belloch encargó un nuevo Anteproyecto que, después de cuatro o cinco versiones sucesivas, fue aprobado por el Gobierno y publicado como *Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en el «Boletín del Congreso de los Diputados» en septiembre de 1995, pero caducó al ser disueltas las Cortes pocos meses después.

Por último, en enero del presente año 1997, la Ministra Mariscal de Gante, publicó un *Anteproyecto de Ley de Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* cuyos principales aspectos son objeto de estudio por los magistrados y catedráticos de Derecho Administrativo que participamos en el presente Curso, tan oportunamente organizado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Pienso que sería prolijo el examen de los distintos intentos de reforma a que acabo de referirme y por ello me limitaré a comparar el Proyecto de 1995 y el Anteproyecto de 1997 en lo que se refiere a las medidas cautelares (el Anteproyecto Ledesma de 1986 sólo admitía medidas cautelares cuando no fuera posible la suspensión).

8. EL ANTEPROYECTO DE 1997. DIFERENCIAS CON EL PROYECTO DE 1995

1.^a Una primera diferencia se refiere a la sistemática empleada a la hora de regular las medidas cautelares:

- El Proyecto de 1995 las regula en la Sección 2.^a (*Suspensión de la vigencia de la disposición o de la ejecución del acto objeto de recurso*) y Sección 3.^a (*Otras medidas cautelares*) del Capítulo V (*Disposiciones comunes*).

- El Anteproyecto de 1997 dedica el Capítulo II a esta materia (*Medidas cautelares*), que consta de tres secciones (*Disposiciones Generales, Suspensión del acto objeto de impugnación y Otras medidas cautelares*).

2.^a *Artículo nuevo.* El Anteproyecto de 1997 regula en el artículo 124 las Disposiciones Generales relativas a las medidas cautelares:

- Los interesados podrán solicitar la adopción de estas medidas, *que podrán acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa y deberán fundarse en una ponderación motivada de los intereses en conflicto.*
- Cuando las medidas cautelares se soliciten en el procedimiento especial para *la protección de los derechos fundamentales, el Juez o Tribunal las acordará en todo caso, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de una perturbación grave para un interés público preponderante.*
- Las medidas cautelares *podrán modificarse o revocarse como consecuencia de una nueva apreciación del Juez o Tribunal o por circunstancias sobrevenidas.*

(Este precepto no existía en el Proyecto de 1995).

3.^a *Supresión parcial de los artículos 128 y 129 del Proyecto de 1995.*

a) El artículo 125 del Anteproyecto de 1997, relativo a la suspensión del acto impugnado, *omite la referencia a la imposibilidad de que el recurrente obtenga, en el incidente de suspensión, derechos denegados por el acto impugnado, sin perjuicio de la adopción, en su caso, de otras medidas cautelares en caso de urgencia, inactividad o vía de hecho de la Administración que afecte a bienes o derechos para asegurar la eficacia de la sentencia. También se omite la remisión a la legislación local cuando se trate de suspender la eficacia de actos de Corporaciones Locales.*

b) En el artículo 126 del Anteproyecto de 1997 *se suprime la referencia a que, en caso de incomparecencia de la Administración demandada, la audiencia en el incidente de suspensión se entenderá con el órgano autor del acto o disposición impugnados.* Este precepto también omite el párrafo siguiente del Proyecto de 1995: «Si en el plazo de treinta días no se dictare Auto en la pieza de suspensión, quedarán automáticamente sin efecto las medidas adoptadas».

4.^a *Omisión de los artículos 130 y 135 del Proyecto de 1995.*

a) En el Anteproyecto de 1997 se suprime en su totalidad el artículo 130 del Proyecto de 1995 relativo a los casos en que procede acordar la suspensión o su denegación, y a la posibilidad de *modificarla*

o revocarla en virtud de circunstancias sobrevenidas. Este precepto ha sido sustituido por el ya comentado artículo 124 del Anteproyecto de 1997 que admite, además, la modificación de las medidas cautelares por una nueva apreciación del Juez o Tribunal.

b) En el Anteproyecto de 1997 se suprime el artículo 135 del Proyecto de 1995 en el que se regulaba la posibilidad de solicitar medidas en caso de inactividad o vía de hecho antes de la interposición del recurso.

5.^a Nueva redacción del artículo 133 del Proyecto de 1995.

El artículo 129 del Anteproyecto de 1997 establece que los interesados podrán solicitar medidas provisionales que aseguren la eficacia de la sentencia que ponga fin al recurso. El Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias, incluido, en su caso, el aseguramiento o regulación provisional de derechos o facultades controvertidas cuya naturaleza lo permita.

Este artículo sustituye al artículo 133 del Proyecto de 1995, mucho más restrictivo, en el que se admitía esta posibilidad en casos de urgencia, inactividad o vía de hecho de la Administración en que resulte afectada la integridad de bienes o derechos.

9. DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES

Los artículos 185, 186 y 192 del Tratado de Roma de 1957 constitutivo de la Comunidad Europea⁷ hacen referencia a la *suspensión* de los actos impugnados y a la adopción de *medidas provisionales*. El texto de dichos preceptos es el siguiente:

Artículo 185: «*Los recursos interpuestos ante el Tribunal Superior de Justicia no tendrán efecto de suspensión. Sin embargo, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.*»

Artículo 186: «*El Tribunal de Justicia podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos en que esté conociendo.*»

El artículo 192 establece que el Tribunal de Justicia podrá *suspender* la ejecución forzosa de las decisiones del Consejo o de la Comisión que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados.

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo, por vía interpretativa, ha ido ampliando el campo de aplicación de esos artículos. La facultad de

⁷ Modificado por el Tratado de Maastricht de la Unión Europea de 1992.

suspensión permite al Tribunal suspender actos o incluso leyes de los Estados miembros.

El Estatuto del Tribunal de Justicia de 1988 prevé, en su artículo 36, que el Presidente del Tribunal o su sustituto podrá *por un procedimiento sumario*, pronunciarse acerca de las conclusiones que tengan por objeto bien la *suspensión* prevista en el artículo 185 del Tratado, bien la aplicación de *medidas provisionales* de conformidad con el artículo 186 o bien la suspensión de la ejecución forzosa con arreglo al artículo 192. *La resolución del Presidente o de su sustituto* tendrá sólo carácter provisional y, de ninguna manera, prejuzgará la decisión del Tribunal en cuanto al asunto principal.

El artículo 83 del *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 1991* exige que la demanda de suspensión de un acto de las Instituciones o de adopción de otras medidas provisionales *se formule en relación con un acto impugnado o un asunto sometido al Tribunal*. La demanda se presentará en *escrito separado* en el que se deben especificar *el objeto del litigio, las circunstancias que dan lugar a la urgencia*, así como *los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que justifican a primera vista la concesión de la medida provisional*.

La demanda se notificará a la otra parte que podrá presentar *observaciones escritas u orales* en un plazo breve que fijará el Presidente del Tribunal. Sin embargo, el artículo 84 del Reglamento prevé que *el Presidente pueda otorgar la medida solicitada incluso antes de que la otra parte haya presentado sus observaciones. Esta decisión podrá ser modificada o revocada posteriormente, incluso de oficio*.

El artículo 85 establece que *la demanda puede ser resuelta por el Presidente del Tribunal o su sustituto o bien ser atribuida al Tribunal*. Si la demanda se atribuye al Tribunal, *éste la adoptará, oído el Abogado General, posponiendo todos los demás asuntos*.

El artículo 86 establece que la decisión se adoptará mediante *Auto motivado, contra el que no cabe recurso alguno* y que no prejuzgará, en modo alguno, la decisión del Tribunal sobre el asunto principal. La ejecución del Auto podrá subordinarse a la constitución de *fianza suficiente* por el demandante de la medida provisional. Las medidas podrán adoptarse por un plazo determinado. En caso contrario, quedarán sin efecto cuando se pronuncie la Sentencia que ponga fin al proceso.

El Reglamento prevé, en su artículo 87, la posibilidad de *modificar o revocar* el Auto en el que se adoptan las medidas provisionales, *a instancia de parte y en cualquier momento, si varían las circunstancias que lo motivaron*.

Asimismo, el artículo 88 establece que la desestimación de una demanda de medidas provisionales no impedirá a la parte que la hubiera formulado presentar otra demanda *fundada en hechos nuevos*.

En aplicación de estas previsiones normativas, el Tribunal de Luxemburgo ha dictado diferentes resoluciones, como son la conocida *Sentencia Factortame* de 19 de julio de 1990, y los Autos del Presidente del Tribunal de 10 de octubre de 1989 (Asunto *Comisión vs. Reino Unido*, relativo a la *Merchant Shipping Act* de 1988) y de 28 de junio de 1990 (Asunto *Comisión vs. Alemania*, relativo a la *Ley de 30 de abril de 1990, de peajes por la utilización de carreteras federales*) en el que la medida suspensiva se adoptó sin conceder audiencia al Gobierno alemán.

IV. Jurisprudencia posterior a la Ley de 1956 en materia de suspensión

La jurisprudencia abarca dos períodos: el anterior y el posterior a la Constitución de 1978.

1. RESOLUCIONES PRECONSTITUCIONALES: LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE LA DIFICULTAD EN LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS

En el primer período y, sobre todo en su inicio, la jurisprudencia se muestra vacilante en materia de suspensión del acto recurrido y, en especial, por lo que hace referencia a los daños y perjuicios de *difícil* reparación. Se trata, en efecto, de un concepto válvula, dejado por la Ley a la libre apreciación de los Tribunales. Es ciertamente *difícil* determinar cuándo la reparación es *difícil*. La jurisprudencia ha tenido que examinar, en cada caso, si esa dificultad realmente existe o si, por el contrario, sólo es aparente y el daño podría repararse fácilmente.

Veamos el criterio seguido por el Tribunal Supremo en distintos supuestos.

Concesión de nuevos puestos de venta en un Mercado Central

Merece especial mención el Auto de 25 de febrero de 1959 que acordó suspender, previa caución, un acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona que autorizó la venta sin limitación de frutas y verduras en nuevos puestos fijos exteriores del Mercado Central. El auto considera que

con los nuevos puestos exteriores, mejor situados para el público, los vendedores en el interior del mercado sufrirían perjuicios por la disminución de sus ventas y pérdida de clientela, los cuales, en teoría, serían ciertamente reparables con dinero, pero, *en la práctica, su concreta evaluación y liquidación, resulta muy difícil, por grande que sea la solvencia económica del Ayuntamiento. pues la dificultad no estaría en el pago de la indemnización, sino en la valoración del perjuicio para poder fijarla.* Añade que la propia exposición de motivos de la Ley de esta jurisdicción nos dice que respecto a la dificultad de la reparación, no cabe excluirla sin más por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivarse de la ejecución sea valorable económicamente.

Separación del Servicio de un catedrático

Un interesante Auto de 2 de diciembre de 1960 suspendió la ejecución del acuerdo del Ministerio de Educación Nacional que imponía la separación del servicio por cuatro años de un catedrático de Universidad. En dicho auto el Tribunal Supremo argumenta «que, *independientemente de los perjuicios de índole moral totalmente irreparables..., los perjuicios de índole económica, en su mayoría de muy difícil o también imposible reparación,* que igualmente se apreciaron, se agravan en progresión geométrica hasta poder llegar a términos desorbitadamente aflictivos con el transcurso del tiempo, ya que la modesta economía de un funcionario, aun formando parte de la más elevada organización docente del Estado, la universitaria, ni permite grandes ahorros que puedan paliar la ausencia de los normales ingresos, ni sustituirlos con los procedentes de otras actividades técnicas distintas de la cátedra, frecuentes en grandes sectores del profesorado, pero ajenas a quienes hicieron dedicación plena de su actividad a disciplinas que por su índole especulativa o filosófica, de tanta importancia para la formación del futuro jurisconsulto, se hallan alejadas de toda actividad práctica relacionada con el ejercicio profesional en la aplicación del Derecho positivo y concretadas a la investigación científica, no recompensada económicamente, y a la difusión de los resultados de esta labor en la cátedra o en el libro».

Por el contrario, el Auto de 18 de enero de 1963 no accedió a la suspensión de la sanción de separación del servicio. Dicho auto afirma que, si bien el artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional no distingue entre la clase de los quebrantos, por lo que han de entenderse comprendidos los relacionados con el orden profesional o moral; pero es de tener en cuenta, respecto al menoscabo que en este aspecto, y como conse-

cuencia del acto impugnado en el recurso, pudiera derivarse para el interesado, que las razones aducidas para pedir, no son eficientes cuando cabe la reparación conforme al repetido precepto legal, *la que ha de producirse —si corresponde—, bien por el reconocimiento de la inocencia del inculpado*, respecto al hecho determinante de la sanción que le fue impuesta, y su indudable trascendencia a la opinión pública, *como también, en su caso, mediante compensación económica.*

Apertura de nueva oficina de farmacia

El Auto de 28 de febrero de 1961 suspendió, previa fianza, la orden del Ministerio de la Gobernación que autorizaba la *apertura de nueva farmacia, considerando que no puede desconocerse la repercusión que en los ingresos de la farmacia de la demandante produciría la apertura de la concedida por la Orden impugnada; perjuicio que, en la hipótesis de una revocación de tal orden, no sería de fácil reparación; por lo que es procedente acceder a la suspensión solicitada; si bien debe también tenerse en cuenta el perjuicio que, a su vez, caso de confirmarse la resolución recurrida, supondría para la farmacia autorizada por ella el retraso de su apertura.*

Desalojo de viviendas y locales

Con dos fechas de diferencia el Tribunal Supremo resolvió de forma diversa la solicitud de suspensión del acto administrativo de desalojo de vivienda:

El Auto de 18 de febrero de 1963, ante la petición de suspensión fundada en que sería imposible o, al menos, de difícil reintegramiento a su vivienda del recurrente, la denegó alegando que los daños y perjuicios que por este hecho pudieran ocasionársele, *no son de reparación imposible o difícil, dada la solvencia de la Administración.*

En cambio, el Auto de fecha 20 del mismo mes y año, suspendió, previa presentación de fianza, el acto administrativo de lanzamiento, considerando «que al decidir anteriores peticiones, iguales a la que ahora se enjuicia... el Tribunal accedió a las solicitudes de suspensión por entender que la especial índole de los efectos engendrados por la ejecución, *suponía la imposibilidad práctica y, cuando más, una difícil y parcial reparación de los daños ocasionados.*».

Sin embargo, en otro caso de desalojo de locales, el Auto de 27 de septiembre de 1971 sienta la doctrina de que no basta para suspender la ejecución «la posible generación de perjuicios por el acto recu-

rrido, sino que la apreciación de *irreversibilidad de ellos* es lo que únicamente puede llevar a la adopción de la resolución suspensiva y en el caso que ahora se plantea no se ofrece la concurrencia de semejante *circunstancia indispensable de la irreversibilidad o dificultad insuperable* desde el momento que son susceptibles de valoración económica los daños o perjuicios que pudieran incurrir la privación de los locales en cuestión».

Exigencia de una prueba evidente

El Auto de 5 de marzo de 1970 extrema el rigor para acceder a la suspensión al exigir que quien la solicite presente una *prueba evidente* de la imposible reparación o de dificultad extrema. Dicho Auto establece que la suspensión del acto recurrido «se hace posible tan sólo *por excepción* y a condición de que su ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil». Y añade: «Obvio es que la mecánica condicionada de tal posibilidad de suspensión, siempre de naturaleza excepcional, tan sólo será realidad cuando venga acompañada de una *prueba evidente* de no reparación o de dificultad manifiesta.»

Daños evaluables económicamente

Si bien varios Autos del Tribunal Supremo (de 15 de diciembre de 1970, de 19 de enero y 3 de noviembre de 1972) sentaron la doctrina de que cuando el daño es, en principio, evaluable económicamente, no se considera de reparación imposible o difícil, el Auto de 9 de noviembre de 1976 declara que el hecho de que el daño sea evaluable no es suficiente para rechazar en todo caso la dificultad de reparación como motivo legitimador de la suspensión, reproduciendo, casi a la letra, el párrafo antes citado de la Exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional.

Daños no susceptibles de valoración económica

Cuando el daño no es susceptible de valoración económica se considera de reparación imposible o, al menos, difícil. Así el Auto de 14 de febrero de 1973 accedió a suspender la ejecución del acto recurrido «ya que por la naturaleza misma del bien o destino del basurero que se trata de dar al terreno objeto de la pretendida ocupación, estimó evidente que aquéllos daños y perjuicios —tales como deprecia-

ción, malos olores y demás incomodidades propias e inherentes al establecimiento de un basurero— son de reparación, si no imposible, sí, al menos, muy difícil».

2. RESOLUCIONES POSTCONSTITUCIONALES

Es, sin duda, tras la promulgación de la Constitución de 1978 cuando la jurisprudencia más ha profundizado en la consideración de las medidas cautelares como medio imprescindible e idóneo de lograr la plenitud de la tutela judicial efectiva y satisfacer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

El salto cualitativo que supone la consagración de la tutela judicial como derecho fundamental, debía abarcar la totalidad de la actividad jurisdiccional. De esta manera, la facultad del juzgador de suspender la ejecutividad de un acto o disposición administrativa impugnada jurisdiccionalmente, se convertía ex artículo 24.1 CE, en parte integrante y esencial del derecho fundamental a la tutela judicial.

Las notables consecuencias prácticas de este nuevo planteamiento tardarían unos años en consolidarse en nuestra jurisprudencia. Como con acierto señala el Auto TS de 20 de diciembre de 1990, que sistematizó con claridad la nueva corriente garantista, *«esto es lo que ocurre siempre que se acepta una nueva matriz teórica: que se hace patente lo que antes —aunque estaba ahí, delante de nosotros— no se alcanza a ver. La nueva matriz teórica tiene expresión en el propio texto constitucional y se llama tutela judicial efectiva.»*

Con unos meses de antelación el TS había tenido ocasión de preparar el terreno a esa *nueva matriz teórica*, destacando que el fundamento último de la medida cautelar radica en el artículo 24 CE. En su *Auto de 17 de marzo de 1990* (Ar. 3405, ponente González Navarro) declaró que:

*«la vigencia del artículo 24 CE —derecho a una tutela judicial efectiva— obliga a desplazar el norte interpretativo **hacia el verdadero fundamento de la medida cautelar** que (. . .) es evitar la ineffectividad del pronunciamiento decisorio del recurso interpuesto. Este y no otro es también el sentido último que tienen esas referencias a la irreparabilidad o a la dificultad de reparación. **Tutela judicial efectiva es efectividad de la pretensión, cuando ésta es conforme a Derecho, y no sustitución por su equivalente. Entenderlo de otro modo supone, lisa y llanamente, desnaturalizar la***

medida cautelar. Como se desvirtúa también la esencia de ésta cuando se niega la suspensión mediante la invocación de los intereses generales o del interés público como límite de la potestad de suspensión (...)»

Esta corriente en favor de reforzar las garantías de los administrados ha avanzado en una doble dirección: de un lado, profundizando en la *limitación de la inmunidad del poder* (a través de la fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas) y, de otro lado, con la *consolidación de criterios jurisprudenciales rationae materiae* relativos a la suspensión (algunos de los cuales ya latían en la primera jurisprudencia recaída con ocasión del Estatuto Municipal de 1924, según hemos visto). Como diremos, aún queda un gran trecho por recorrer.

A) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el avistamiento del nuevo principio general del Derecho relativo a las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo*

En 1990 se producen una serie de resoluciones que suponen la expansión del criterio de la efectividad de la tutela judicial cautelar. Cuatro resoluciones sientan las bases del cambio de orientación de la jurisprudencia (*SSTS de 27 de febrero, 20 de marzo y 4 de diciembre de 1990 y Auto TS de 17 de marzo de 1990*) que se plasma en el *Auto de 20 de diciembre de 1990*, que refundió y sistematizó las consideraciones expuestas en las resoluciones que acaban de ser citadas.

El Auto del TS de 20 de diciembre de 1990 ha marcado un hito jurisprudencial clarísimo, siendo objeto de multitud de comentarios y estudios doctrinales⁸. No es este el momento adecuado para profundi-

⁸ Entre la larga lista de autores que se han ocupado de estudiar estas cuestiones, puede destacarse a GARCÍA DE ENTERRÍA (*La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, 1995); MEILAN GIL (*La suspensión jurisdiccional de los actos administrativos en el Derecho español*, RAAP, 1995); OSORIO ACOSTA (*La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons, 1995); GONZÁLEZ NAVARRO (*Derecho administrativo español. El acto y el procedimiento administrativos*, EUNSA, 1997); GONZÁLEZ PÉREZ (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, 1994); CHINCHILLA MARÍN (*La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, 1992); PAREJO ALFONSO (*La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, REDA, núm. 49); DELGADO BARRIO («El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso-administrativa» en *Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, 1993); PERA VERDAGUER (*Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1992). También debe destacarse

zar, una vez más, en el análisis del mismo, pero sí que debemos dejar constancia de las trascendentales consecuencias que ha tenido en el campo de las medidas cautelares.

Junto a la reinterpretación del artículo 122 de la Ley Jurisdiccional que el TS realizó en este Auto, acogiendo lo que eran recientes pronunciamientos en el ámbito del Derecho Comunitario (*sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de julio de 1990*), destaca la manifestación expresa de la existencia de un principio general del Derecho —nacional y comunitario— según el cual «*la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene razón*». Este postulado básico se concreta en dos conocidos argumentos cuya constatación exige la adopción de la suspensión cautelar del acto administrativo impugnado, a saber: *el periculum in mora* y *el fumus boni iuris*, aspectos sobre los que ya existe un consolidado cuerpo doctrinal.

a) Respecto de la *apariencia de buen derecho* la jurisprudencia tiene declarado que «*significa, según repetidas declaraciones jurisprudenciales (cfr. Autos de 20 diciembre 1990 (. . .) 12 enero y 23 abril 1991), que cuando el recurso contencioso-administrativo interpuesto viene de antemano justificado de tal manera que, sin prejuzgar la decisión final que haya de adoptarse, puede de una manera ostensible entenderse que habrá de ser estimado, la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución, que es también una tutela cautelar cuando resulta procedente, demanda la suspensión del acto administrativo combatido*» (STS de 27 de febrero de 1996, Ar. 1356).

La razón de ser de esta conclusión se encuentra en la virtual negación provisional de la legalidad del acto administrativo, presunción de legalidad en que se fundamenta su ejecutividad inmediata. Como señala al Auto TS de 23 de junio de 1993:

«(...) cuando la presunción de legalidad se ve destruida, prima facie, por una apariencia de buen derecho en la posición del recurrente (...) esta eliminación, provisional, de uno de los fundamen-

la obra de RODRÍGUEZ ARANA (*La suspensión del acto administrativo —en vía de recurso—*, Montecorvo, 1986). Y, ya en el ámbito de la doctrina procesal civil, CARRERAS LLANSANA («*Las medidas cautelares del artículo 1428 LEC*», *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962); CALDERÓN CUADRADO (*Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, 1992) y DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ (*Derecho Procesal Civil*, tomos III y IV, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994).

*tos de la ejecutividad —el de mayor relevancia en un Estado de Derecho—, habrá de **afectar, temporalmente, a su virtualidad.***»

No basta a este fin con una simple alegación del recurrente, sino que el TS indica que *«hemos dicho en múltiples ocasiones (Auto de 9 diciembre 1993 [Ar. 9548], por no citar sino una de las más recientes) que en cuanto a la aplicación de la doctrina del «fumus boni iuris» o apariencia de buen derecho —a partir del Auto de 20 diciembre 1990 (Ar. 10412)— **hay que aportar datos o argumentos que acrediten, tal vez con la misma rotundidad que en los casos que se alega una nulidad de pleno derecho para solicitar la suspensión del acto, aquella apariencia de buen derecho o «fumus»** (STS de 20 de abril de 1995 (Ar. 3166, ponente Esteban Álamo).*

Tratándose, como se trata, de una tutela cautelar *«por supuesto —y esto debe dejarse perfectamente claro— la **apariencia de buen derecho** no supone prejuzgar el fondo, porque puede ocurrir que el estudio de fondo destruya esa apariencia en cuyo caso la sentencia que se dicte deberá desestimar las pretensiones»* (Auto TS de 20 de diciembre de 1990).

Aunque en términos generales la doctrina se ha felicitado por la formulación del principio del *fumus boni iuris*, algunos autores han criticado la excesiva generalidad y amplitud del mismo que supondría un obstáculo a su operatividad⁹.

No compartimos estas opiniones pues entendemos que el principio de la apariencia de buen derecho, cuando ésta sea patente, constituye una *matriz teórica* útil por un doble motivo:

a') Permite extraer criterios ciertos que deben de ser acogidos por la Ley procesal contencioso-administrativa. Tales criterios serían el establecimiento de supuestos en los cuales estaría acreditada la procedencia de la adopción de medidas cautelares¹⁰, por ejemplo:

⁹ Así MEILAN GIL en ponencia presentada al «XI Coloquio luso-español de Direito administrativo. A reforma contencioso-administrativa». Lisboa, 1995, publicado en la *Revista Andaluza de Administración Pública*.

¹⁰ La STS de 20 de abril de 1995 (Ar. 3166, ponente ESTEBAN ÁLAMO) ha abordado esta cuestión sentando alguno de estos claros criterios que postulamos. Dice así:

«(...) en cuanto a la aplicación de la doctrina del «fumus boni iuris» o apariencia de buen derecho —a partir del Auto de 20 diciembre 1990 (Ar. 10412)— hay que aportar datos o argumentos que acrediten, tal vez con la misma rotundidad que en los casos que se alega una nulidad de pleno derecho para solicitar la suspensión del acto, aquella apariencia de buen derecho o «fumus»; y hemos considerado que uno de estos datos o argumentos sería que se dictase la sentencia de instancia anulando el acto impugnado antes de resolver la apelación —o el recurso de casación— contra el auto de suspensión o no suspensión.»

a") Cuando el recurso se fundamente en causa de nulidad de pleno derecho del acto o disposición impugnada.

b") Cuando la pretensión deducida en el proceso sea la plena efectividad de un derecho fundamental.

c") Cuando haya recaído ya sentencia favorable al solicitante de la medida cautelar, aunque aquélla no sea firme.

d") Cuando existan resoluciones que, en casos análogos, hayan acordado la medida cautelar¹¹.

b') Junto a lo anterior, la amplitud del criterio permite establecer una cláusula general de cierre según la cual el Tribunal podría acordar la medida cautelar solicitada *«en cualquier otro supuesto igualmente fundado en el se acredite la apariencia de buen derecho.»* De esta forma, no se constriñe al juzgador al cumplimiento de unos rígidos criterios (*summum ius, summa iniuria*) y se hace posible la aplicación de un criterio valorativo *ad casum*.

b) Por su parte, el principio del *periculum in mora* (definido por el TC como *«peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo»*, STC de 20 de mayo de 1996, Sala Segunda; RTC 78) que tiene su fundamento en el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE), ha sido desarrollado desde la perspectiva del artículo 122 LJ, teniendo presente la situación actual de la jurisdicción contencioso-administrativa —al término del año 1996 las Salas de lo contencioso tenían 271.000 impugnaciones pendientes de fallo—. El Auto TS de 27 de septiembre de 1995 (Ar. 6950) señala que:

*«Como ha declarado en numerosas ocasiones nuestra jurisprudencia para que proceda la suspensión del acto administrativo es necesario que concurran los requisitos de una **existencia real y efectiva del perjuicio; de que éste sea acreditado y no meramente alegado; de que el perjuicio sea de difícil o imposible reparación; y por último de que se efectúe la debida ponderación entre lo que sufrirían el interés público y el privado si se mantiene o suspende el acto de poder.**»*

Por su parte, el Auto TS de 23 de junio de 1.993, ya citado, indica que:

¹¹ Vid. *infra* apdo. 3.

*«Las exigencias temporales del principio constitucional de efectividad de la tutela judicial —art. 24.1 de la Constitución— imponen, **dada la larga duración del proceso**, un control de la ejecutividad del acto administrativo que se adelante en el tiempo al que en la sentencia se lleva a cabo sobre el fondo del asunto. Y ese control de la ejecutividad ha de desarrollarse teniendo en cuenta [lo que] también declara la jurisprudencia —en este sentido—, S. 27-1-1992: “el principio de eficacia no puede implicar mengua de las garantías del administrado”.»*

Como el peligro que puede derivarse de la demora de la resolución existe tanto respecto de la pretensión de fondo deducida en el recurso contencioso, como también respecto de la *adopción de la propia medida cautelar*, algunos autores plantean la posibilidad de establecer un precepto similar al que, para la suspensión en vía administrativa, se contiene en el artículo 111.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre¹². Es decir, que solicitada la suspensión, si el Tribunal no adopta resolución alguna en el plazo legalmente previsto, se entienda acordada por silencio, sin perjuicio de que en el Tribunal, en virtud de la obligada resolución que ha de dictar en todo caso (art. 11.3 LOPJ)¹³ pueda denegarla o modificar su alcance.

Aunque la Ley Jurisdiccional establece que la pretensión de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado se resolverá en un plazo de veinte días¹⁴, es frecuente que transcurran muchos meses antes de que los Tribunales se pronuncien al respecto. Esta desafortunada situación, que proyecta sus efectos negativos sobre el recurrente sin que exista razón alguna para ello, exigiría una respuesta adecuada del legislador que garantizase la efectividad del derecho a la tutela judicial: el establecimiento de plazos estrictos de resolución de las peticiones de

¹² El Artículo 111.4 LRJPAC dice así:

«El acto impugnado se entenderá suspendido en su ejecución si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa, sin solicitar la certificación que regula el artículo 44 de esta Ley.»

¹³ Artículo 11.3 LOPJ: «Los juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se formulen...»

¹⁴ Cinco días comunes para oír al Abogado del Estado y a las partes demandadas y coadyuvantes (art. 123.2) y quince días para que el Ministerio o la autoridad de la que procediese el acto o disposición recurrida emitan informe sobre las repercusiones para los intereses públicos (art. 123.3).

medidas cautelares y cuyo incumplimiento podría determinar la exigencia de responsabilidad.

B) La doctrina del Tribunal Constitucional: la consagración de la tutela cautelar como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. Consecuencias en orden a la constitucionalidad de las leyes

a) El TC ha declarado parte integrante del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado por el artículo 24.1 CE, el derecho a obtener la tutela cautelar, dotando así de soporte constitucional a la jurisprudencia, que poco a poco, iba ensanchando los estrechos márgenes de la Ley Jurisdiccional.

De este modo, y partiendo de que el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos no contraviene las exigencias constitucionales (STC 66/1984 y AATC 458/1988, 930/1988 y 1095/1988) —antes al contrario, resulta una consecuencia clara del principio de eficacia consagrado por el artículo 103 CE—, se ha señalado que «*el derecho a la tutela se satisface (...) facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión*» (STC 66/1984), ya que si no fuera así quebraría todo el sistema jurisdiccional de garantías puesto que «*la Administración se habría convertido en Juez*» (STC de 20 de mayo de 1996, Sala Segunda).

De todo ello concluye el Alto Tribunal que «*la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso*» (SSTC 14/1992 y 238/1992).

b) Inconstitucionalidad de las leyes que niegan la posibilidad de adoptar medidas cautelares.

En lógica congruencia con el contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) el TC ha declarado inconstitucionales aquellas leyes que negaban la posibilidad de la adopción de medidas cautelares.

a') En efecto, la STC 238/1992, de 17 de diciembre, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 6.2 de la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, de Fincas Manifiestamente Mejorables («*No obstante, no se suspenderá en ningún caso la ejecución del Decreto impugnado*»), declarando que no era compatible con el artículo 24.1 CE:

«(. . .) reconocida por ley la ejecutividad de los actos administrativos, no puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la Sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo; pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (...) Eliminando por el art. 6. 2 de la LFMM la posibilidad de una suspensión cautelar del acto administrativo impugnado, rompiéndose así en todo caso el necesario nexo entre tal potestad jurisdiccional y la efectividad de la tutela judicial del art. 24.1 CE, no cabe sino constatar la incompatibilidad entre la regla cuestionada y el mencionado artículo constitucional »

b') Del mismo modo y con idéntico fundamento, aunque también por contravenir de manera inaceptable el artículo 14 CE (que prohíbe toda discriminación), la STC (Pleno) 115/1987, de 7 de julio, declaró inconstitucional el inciso segundo del art. 34 de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que prescribía que *«en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley»*.

La doctrina del derecho a la tutela cautelar como parte integrante del contenido esencial de la tutela judicial efectiva, ha sido establecida por el TC, *«como intérprete supremo de la Constitución»* (art. 1 LOTC)¹⁵. Esta nueva interpretación de las medidas cautelares se impone a todos los poderes públicos (y, especialmente, al Legislador y a los Tribunales de Justicia) por exigencia de los artículos 9.1 CE, 40.2 LOTC y 5.1 LOPJ. Este último, tras recordar que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, dispone que éstos:

«interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.»

¹⁵ Esta doctrina constitucional alcanza al proceso de amparo constitucional en el que resulta posible que se adopte —de oficio o a instancia de parte— la medida cautelar de suspensión del acto de los poderes públicos en razón del cual se reclame el amparo constitucional «cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad» (art. 56 LOTC).

V. Algunos criterios jurisprudenciales en materia de suspensión¹⁶

1. LA VALORACIÓN *AD CASUM*

El Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que para suspender la ejecutividad de un acto o una disposición administrativa impugnada, hay que estar a las circunstancias concretas de cada caso. Este es el primer criterio general que cabe extraer de una muy constante jurisprudencia: la *valoración ad casum de la situación jurídica que se impugna*.

El Auto TS de 4 de enero de 1990 (Ar. 316) señala que «*tiene declarado esta Sala (...) que no se debe partir de un criterio único y absoluto, sino prestar atención preferente a las singularidades del caso debatido, lo que implica un relativismo, reñido con declaraciones dogmáticas uniformes*».

Por su parte el Auto TS de 15 de julio de 1991 (Ar. 5843) estableció que «*la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de actos o disposiciones (...) es eminentemente casuística, dado que el criterio contenido en el art. 122.2 LJ (...) ha de conectarse, forzosamente, con las circunstancias individuales de la persona física o jurídica que promueve el recurso*».

Más recientemente, la STS de 18 de mayo de 1996 (Ar. 4444, ponente ESCUSOL BARRA) ha vuelto a incidir en la cuestión, al señalar que «*para poder acceder a la suspensión de un acto administrativo, hay que prestar atención preferente a las singularidades del caso debatido; y, además, ha de ponderarse, en cada caso (...) en base al contenido del acto administrativo impugnado*»¹⁷.

2. EL JUEGO DE LAS PRESUNCIONES

La necesidad de atender a las circunstancias singulares del recurrente no es óbice para que el TS haya introducido en determinadas materias el *juego de las presunciones*.

¹⁶ Aunque no siempre haya resultado posible o indispensable, en este estudio hemos procurado trabajar con la jurisprudencia más reciente y, en concreto, con resoluciones dictadas por el TS en los años 1995 y 1996.

¹⁷ Cfr. también, los Autos del TS de 20 de febrero de 1985 (Ar. 1183), 12 de abril de 1989 (Ar. 2842) y 13 de octubre de 1989 (Ar. 7360).

Esto significa, de un lado, que *rationae materiae* existen motivos que justifican *per se* la adopción de la medida cautelar y, de otro, que en esos casos no se exige acreditar con todo su rigor la existencia efectiva del perjuicio que pueda derivarse de la ejecución (ATS de 27 de septiembre de 1995, Ar. 6950).

Sin ánimo de ser exhaustivos comentamos a continuación algunas de las principales materias sobre las que existen criterios consolidados.

A) *Actos administrativos en materia de extranjería*

En materia de extranjería, y concretamente tratándose de resoluciones administrativas que acuerdan la expulsión de inmigrantes, se ha abierto paso el criterio de que procede acordar la suspensión del acto impugnado *cuando la persona afectada acredita suficientemente una situación de arraigo familiar, social o económico*¹⁸. Tal arraigo se configura como bien jurídico susceptible de sufrir perjuicios muy difícilmente reparables y, por ello, digno de protección.

En este sentido, la STS de 18 de octubre de 1996 (Ar. 7073, ponente Tejada González) declaró que «[es] la situación matrimonial (...) casada con súbdito de nacionalidad española, lo que determina la existencia de cierto arraigo familiar, por todo lo cual es obvio que la ejecución inmediata del acto administrativo implicaría perjuicios si no de imposible, sí de muy difícil resarcimiento para la indicada súbdita dominicana». La STS de 11 de octubre de 1996 (Ar. 7000, de la también es ponente Tejada González) «a ello debe añadirse las circunstancias personales que concurren en el interesado (...) [que acreditan] razones de arraigo familiar que desaconsejan la expulsión del territorio nacional del interesado».

Sin duda una de las más claras resoluciones que muestran el criterio jurisprudencial en esta materia es la STS de 11 de octubre de 1996 (Ar. 7001, ponente Goded Miranda):

«esta Sala Tercera del TS, en reiteradas resoluciones relativas a (...) expulsión de extranjeros del territorio nacional, ha puesto de

¹⁸ Si la impugnación contencioso-administrativa se plantea por el cauce especial de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, juega la regla del artículo 7.4, según la cual «no se olvide, se invierte el orden de los intereses en juego respecto a la regulación tradicional en el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional» (STS de 31 de mayo de 1995, Ar. 4406, ponente CONDE MARTÍN DE HIJAS).

manifiesto que tal suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España, por razón de sus intereses familiares¹⁹, sociales o económicos, por lo que la ejecución inmediata de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal (...) [y] podría llevar consigo que se rompiese la unidad y convivencia de la familia»²⁰.

B) Actos administrativos en materia sancionadora

No es posible extraer de la jurisprudencia un criterio claro acerca de la procedencia o no de la suspensión cautelar si la sanción no tiene —al menos esencialmente— contenido económico. En materia sancionadora, en la que resulta aplicable el principio de presunción de inocencia, el Tribunal deberá ponderar también, junto a los principios relativos a la suspensión, la gravedad de la sanción y los efectos de ésta en la esfera personal o profesional del sancionado.

Por el contrario es claro que *no procede la suspensión* cuando los perjuicios que puedan derivarse del acto impugnado —en este caso resoluciones sancionadoras— sean exclusivamente de índole económica²¹, pero sí *deberá suspenderse* el acto impugnado cuando de la repercusión económica puedan derivarse otros perjuicios personales o profesionales²². En esta línea se sitúa el Auto TS de 28 de abril de 1995 (Ar. 3080, ponente Goded Miranda) que declara improcedente la suspensión de una resolución sancionadora que impone multa de 100.000

¹⁹ Señala esta sentencia que el matrimonio justifica el arraigo familiar en España, salvo que se haya contraído en fraude de Ley. Sobre este aspecto la carga de la prueba pesa sobre la Administración.

²⁰ La misma doctrina se expone en las Sentencias de 18 septiembre 1995 (Ar. 6419), 12 abril y 2 julio 1996 (Ar. 3206 y 5507).

²¹ Una línea jurisprudencial venía destacando que siempre que las consecuencias que pudieran derivarse de la ejecución del acto fuesen evaluables económicamente no había perjuicios de imposible o difícil reparación, ya que la solvencia económica de la Administración garantizaba la plena reparación. Estas consideraciones están presentes en multitud de resoluciones, entre otras, Autos TS de 23 de enero de 1989 (Ar. 226), 3 de noviembre de 1989 (Ar. 7792), 4 de noviembre de 1989 (Ar. 7794), 3 y 17 de junio de 1991 (Ar. 4606 y 5016). Como se verá este planteamiento, al menos en términos absolutos, ha sido desplazado en aplicación del *criterio de ponderación ad casum*.

²² La jurisprudencia muestra diferentes supuestos: pérdida de clientela, extinción de relaciones laborales, cese de actividad comercial, etc.

pts. a una empresa ganadera por infracción del Reglamento de Espectáculos Taurinos:

«Tratándose de una sanción puramente pecuniaria, la doctrina de esta Sala, recogida en Autos de 16 octubre 1992 (Ar. 7873), 19 septiembre 1994 (Ar. 6749) y 24 enero 1995 (Ar. 311), entre otros, es que este tipo de sanciones, por regla general, no producen perjuicios de imposible o difícil reparación si la Administración llega a ejecutarlas, ya que su cuantificación está dotada de certeza, permitiendo su devolución a la persona o entidad sancionada si a ello hubiera lugar. Sólo en supuestos excepcionales, en que se justifique que la importancia cuantitativa de la multa unida a la situación financiera del sancionado pudieran hacer peligrar con la ejecución la estabilidad económica de quien debe satisfacerla, ocasionándole, en el caso de una eventual estimación del recurso contencioso-administrativo, otro tipo de perjuicio difícil de indemnizar distinto del de su pago, podrá aplicarse la medida de suspensión de la ejecución prevista en el ya citado artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional.»

El criterio de la *estabilidad y capacidad económica del sancionado* ha sido destacado también por el Auto TS de 27 de septiembre de 1995 (Ar.6950) en donde el sujeto sancionado era un banco:

*«(...) la Sala no puede entender que para una entidad bancaria sea un perjuicio de imposible o difícil reparación el pago de la cantidad reseñada, siendo evidente que ese perjuicio ha de ponderarse, tratándose de un pago dinerario, **en función de la capacidad económica del sujeto.**»*

Como se ve, el acento no se pone en la posibilidad futura de que la Administración garantice la reparación de los perjuicios económicos, sino en los efectos desfavorables que pueden producirse en la esfera del particular. La misma circunstancia está presente en el Auto TS de 18 de febrero de 1994 (Ar. 1451, ponente Delgado Barrio) que maneja con precisión estos conceptos:

*«Tratándose de actos administrativos que imponen el pago de una suma de dinero la prueba de tales perjuicios exige el acreditamiento de la situación económica del recurrente, a fin de **concretar en qué medida el desembolso exigido podrá incidir en el***

desarrollo de los diferentes aspectos de su vida —Autos de 16 de mayo y 3 de diciembre de 1990 (Ar. 4227 y 9714), 20 de noviembre y 15 de diciembre de 1992 (Ar. 9060 y 9835), 23 de diciembre de 1993 (Ar. 9840), 21 de enero de 1994 (Ar. 626), etc. En el caso que ahora se examina la entidad de la sanción impuesta — 10.000.000 ptas.—, **en relación con las características de la sociedad sancionada**, determinan la procedencia de la suspensión instada, previa prestación de caución.»

C) *Actos administrativos en materia de servicio militar o prestación social sustitutoria*

La doctrina²³ ha analizado este tipo de supuestos en función de la naturaleza de la pretensión deducida en el proceso. Así, respecto de la realización del servicio militar, se ha destacado el diferente criterio seguido por el TS a la hora de resolver sobre la petición de suspensión, según que lo impugnado sea una resolución denegatoria de concesión de prórroga de incorporación (criterio *desfavorable* a la suspensión) o una resolución denegatoria de exclusión por causa médica (criterio favorable a la suspensión).

Los Autos TS de 6 de marzo y 23 de abril de 1991 (Ar. 1799 y 3078) dan razón de la diferenciación de supuestos y de criterios, pues mientras en el caso de la prórroga lo discutido es simplemente la oportunidad de la prestación personal, la petición de exclusión viene referida a la procedencia misma de la prestación lo que implicaría, «*de no concederse, [causar] al recurrente unos daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, habida consideración que una vez cumplido el mismo por el período reglamentariamente establecido, si la sentencia (...) declarase su inexistencia (...) no existiría para él una posible reparación que compensase, de un lado, una obligación legalmente exigible y de otro, el tiempo que el mismo permanezca en el servicio militar*».

El TS ha manejado también otro criterio en el que fundamenta la denegación de la suspensión y que se ha puesto de relieve con ocasión de impugnaciones de resoluciones administrativas que obligan a la realización de la prestación social sustitutoria. Se trata del interés público relevante que está presente en la base del sistema del servicio militar.

²³ Cfi., OSORIO ACOSTA, E., «La suspensión jurisdiccional del acto administrativo», página 83. Marcial Pons, Madrid, 1995.

En este sentido el AUTO del TS de 17 de julio de 1995 (Ar. 5760, ponente Trillo Torres)²⁴:

«(...) nuestra doctrina sobre este punto es que en realidad, a través de una pretensión individual, se pone en entredicho la constitucionalidad de todo el sistema de la Prestación Social Sustitutiva del servicio militar obligatorio, tal como está configurado en la actualidad, siendo esta circunstancia la que origina la eventualidad de un grave perjuicio al interés general, que no es conveniente derivar de una resolución judicial de naturaleza tan provisional como es la que se pronuncia en una pieza separada de suspensión. Es de notar, por otra parte, en función del principio “fumus boni iuris”, que a partir de una Sentencia de 21 mayo 1993 (RJ 1993\3964), la jurisprudencia ha venido desestimando pretensiones de fondo sustancialmente iguales a la ejercitada en el proceso en que se integra la pieza de suspensión que se ha dictado el auto apelado.»

D) Actos o disposiciones en materia de organización administrativa

Las resoluciones administrativas dictadas en ejercicio de la potestad de autoorganización —ámbito donde juega con especial amplitud la discrecionalidad de la Administración— son fuente permanente de conflictos. En esta materia existe un numeroso repertorio de pronunciamientos que se inclinan por adoptar la suspensión del acto recurrido en atención a los posibles perjuicios profesionales que podrían derivarse para los recurrentes, considerados de difícil reparación.

Entre estas resoluciones²⁵ destacamos el Auto TS de 13 de noviembre de 1985 (Ar. 5357, ponente Espín Cánovas) que señala que *«si la Orden recurrida puede originar que las plazas discutidas sean cubiertas por terceras personas al convocarse (...), se producirían un perjuicio irreparable en cuanto que esas plazas concretas estarían ya ocupadas por sus titulares con la consiguiente **dificultad administrativa para resol-***

²⁴ En idéntico sentido puede verse también el Auto TS de 31 de mayo de 1995 (Ar. 5338, del que vuelve a ser ponente TRILLO TORRES).

²⁵ Aparte de los aquí transcritos pueden consultarse también los Autos TS de 21 de julio de 1987 (Ar. 7544), 15 de julio de 1987 (Ar. 7161), 16 de febrero de 1987 (Ar. 3185) y 6 de diciembre de 1985 (Ar. 6315).

ver la situación creada si los aquí apelados obtuviesen la estimación de su pretensión (...) debe ceder la alegación del defensor de la Administración sobre posibles perjuicios para el interés general pues ni se demuestra ni se intenta siquiera (...)».

Aunque de manera inmediata la causa determinante de la suspensión de la Orden impugnada fueron los perjuicios irreparables que para los recurrentes podían derivarse de la ejecución, debe destacarse la consideración de las dificultades con que podría encontrarse la Administración para resolver la situación derivada de la no suspensión. Esta circunstancia me parece del máximo interés en tanto que significa que, en este supuesto, el mismo interés público —y no sólo el del particular— estaría demandando la adopción de la medida cautelar.

La misma circunstancia se deja entrever en el Auto TS de 18 de febrero de 1987 (Ar. 3207, ponente Gordillo García):

*«(...) [la suspensión] comporta una situación menos violenta y más soportable para los propios futuros interesados en el concurso oposición y **también para la propia Diputación convocante, que la de someter a ambos al riesgo de las anulaciones** (...) con sus derivaciones económicas de toda índole. Esta es además la doctrina que viene manteniendo el Tribunal Supremo en análogas cuestiones, de la que puede ser exponente el Auto de su Sala IV de fecha 27 del pasado mes de junio (Ar. 4898).*»

Auto del TS de 8 de julio de 1983 (Ar. 4028, ponente Martín del Burgo y Marchán):

*«(...) ante la incertidumbre del resultado final del proceso, propia de una situación procesal en la que en el fondo no se puede entrar, **resulta más prudente mantener el “statu quo” del recurrente, aunque sólo sea fáctico, que alterarlo, antes de conocer cuál haya de ser el sentido del fallo definitivo.***»

E) Actos administrativos en materia urbanística

No es tarea fácil extraer criterios de una jurisprudencia extremadamente casuística, como es la que refiere al amplio sector del urbanismo salvo en cuestiones relativas a resoluciones que ordenan la demolición de obras existentes. En este tipo de supuestos hay abun-

dantísimos pronunciamientos²⁶ que resaltan los evidentes perjuicios que pueden seguirse de una ejecución apresurada de la demolición. Con enorme claridad se expresa el Auto TS de 31 de julio de 1992 (Ar. 6221, ponente Delgado Barrio):

«Es reiteradísima la jurisprudencia que pone de relieve que la demolición de una construcción da lugar a una destrucción de riqueza que puede resultar injustificada en caso de estimación del recurso contencioso-administrativo y que, por tanto, salvo exigencias inmediatas del interés público ha de evitarse en tanto no exista sentencia firme.»

En el Auto TS de 27 de marzo de 1991 (Ar. 3275) ya se había aludido a una «regla general de suspensión de los acuerdos de demolición»:

*«No tiene más remedio que reconocer la representación procesal de la Gerencia Municipal de Urbanismo (...) que **este Tribunal Supremo admite como regla general la suspensión de los acuerdos de demolición de construcciones tachadas de ilegales** (...) Por encima de razones puntuales se sobrepone la idea de la desproporción entre realizar ahora la demolición decretada (...) y la simple espera de un tiempo razonablemente corto en el que se podrá saber la solución definitiva del caso (...)»*

F) Suspensión de disposiciones de carácter general

Cuando el objeto del recurso contencioso-administrativo no es la impugnación de un acto administrativo, sino la de una disposición de carácter general, los criterios en los que podría fundarse la adopción de la medida cautelar se modulan en atención a la particular naturaleza de estas disposiciones. En tales supuestos, el principio de eficacia de la acción administrativa (103.1 CE) alcanza su máxima operatividad, lo que explica la especial resistencia a la adopción de la medida cautelar.

El Auto TS de 29 de enero de 1996 (Ar. 554, ponente Cancr Lalanne) manifiesta esta doctrina:

²⁶ Por ejemplo, Autos TS de 27 de junio, 24 de mayo, 9 de octubre, 12 de diciembre y 24 de diciembre de 1990 (Ar. 5346, 5574, 7851, 9951 y 10249), 10 de junio, 31 de julio, 24 de septiembre de 1992 (Ar. 5070, 6221, 6983).

*«Tratándose de una petición de suspensión de una disposición de carácter general, con **vocación de generalidad y permanencia**, debe exigirse con el maximo rigor la concurrencia de los requisitos que permiten la excepcional medida cautelar de suspensión (...) dada la pluralidad de intereses en juego, que trascienden de los del recurrente y el propio interés público implícito en toda disposición reglamentaria.»*

VI. La insuficiencia del sistema de medidas cautelares: distintos grados del interés público a tener en cuenta antes de acordar la suspensión, la adopción de medidas cautelares provisionalísimas y otras medidas cautelares

Sin quitar un ápice de mérito a la labor jurisprudencial desarrollada hasta el momento es lo cierto que, desde un punto de vista material, la consagración del derecho a la tutela cautelar como parte integrante y fundamental de la tutela judicial efectiva, puede no satisfacer plenamente las pretensiones que en muchas ocasiones demandan los justiciables.

No podemos perder de vista las circunstancias fácticas en que se encuentra inmersa la Administración de Justicia y que han llevado a que se dilate en exceso la resolución de las piezas separadas de suspensión. La consecuencia inmediata de esta situación puede ser la ineffectividad de la medida cautelar que —finalmente pueda acordarse.

Esta situación nos sitúa en la necesidad de abordar otras cuestiones que requieren un mayor y más contundente tratamiento en la reforma de nuestra Ley Jurisdiccional: las medidas provisionalísimas, la consideración del interés público para acordar la suspensión y otras medidas cautelares distintas de la suspensión de la ejecutividad de los actos o las disposiciones impugnados.

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES PROVISIONALÍSIMAS

La especial naturaleza de algunas materias, ciertas circunstancias fácticas a menudo imprevisibles o la propia situación de colapso que sufren nuestros Tribunales han hecho necesaria la aparición de lo que ha venido a llamarse *medidas cautelares provisionalísimas*. La razón última de la adopción de estas decisiones estaría en asegurar la efecti-

vidad de la medida cautelar que pudiera, en su caso, dictarse (*periculum in mora*).

Estas decisiones cautelares, que cumplen estrictamente con el criterio de ponderación *ad casum* que más arriba hemos destacado tienen su apoyo en la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil al proceso contencioso-administrativo (Disp. Adicional 6 LJ). Análogamente a lo dispuesto en su artículo 1428, que posibilita la adopción de las «medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere», pueden adoptarse también medidas provisionales para asegurar la efectividad de la medida cautelar que pudiera adoptarse.

Estas especiales medidas cautelares, y en particular la suspensión provisionalísima, no se adoptan en virtud del procedimiento establecido en la LJ con carácter general, lo que impediría que cumpliesen su finalidad propia. Así, aunque pueda solicitarse en cualquier estado del proceso, esta petición habrá de ser simultánea o coetánea a la solicitud de adopción de la medida cautelar ordinaria. No supone la apertura de una pieza separada, ni requiere para su adopción la audiencia previa a las contrapartes. Todas estas características especiales implican que el auto que resuelva sobre la petición de una medida provisionalísima (p. ej. suspensión) tan sólo será susceptible de recurso de súplica ex artículo 92.1 LJ. Se trata de una *tutela cautelar inmediata* y esta caracterización justifica su peculiar naturaleza.

Recientemente el TS ha podido pronunciarse sobre este particular en su Sentencia de 21 de octubre de 1996 (Ar. 7078, ponente Goded Miranda):

«El auto que pondrá término a la pieza separada de suspensión en el que se decida si durante la tramitación del proceso ha de quedar o no suspendida la ejecución de la resolución administrativa combatida, será el que, conforme al citado artículo 94.1, b), será susceptible de recurso de casación. Pero el auto en el que se adopta una medida cautelar provisionalísima, que no pone término a la pieza separada de suspensión, sino que solamente surte sus efectos hasta que se dicte la resolución que concluya dicha pieza separada, no es, por tanto, susceptible de recurso de casación (...)»

La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa es una excelente ocasión, que no debería desaprovecharse, para establecer el régimen jurídico de estas medidas especialísimas.

El Derecho comunitario admite como excepción del principio contradictorio, según ya ha quedado indicado con anterioridad, que el Presidente del Tribunal pueda adoptar la medida solicitada *incluso antes de que la otra parte haya presentado sus observaciones (inaudita parte)*. Esta decisión podrá ser modificada o revocada posteriormente, incluso de Oficio (artículos 83 y 84 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 1991).

Estas medidas provisionales sumarias no constituyen una novedad en nuestro Derecho. En el ámbito civil, la Ley General de Publicidad de 1988 faculta al Juez apara ordenar la cesación provisional de la publicidad ilícita, *dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda*. También faculta al Juez para impedir su difusión, cuando ésta sea inminente, aunque no haya llegado aún a conocimiento del público (artículo 30.1 a) y b).

La Ley de Competencia Desleal de 1991 faculta al Juez para ordenar la cesación provisional de un acto de competencia desleal y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes. En caso de *peligro grave e inminente, podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y deberán ser dictadas dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la solicitud* (art. 25.1 y 2).

Frente a estas soluciones, tanto del Derecho Comunitario como de nuestro Derecho Civil, creo que la regulación de las medidas provisionálsimas del artículo 126.2 del Anteproyecto (que exige la previa audiencia de la parte frente a la cual fuera a adoptarse la medida urgente y provisional, concediendo al efecto un plazo de tres días), puede resultar ineficaz en casos de peligro urgente e inminente que no admiten dilación.

2. LA CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO PARA ACORDAR LA SUSPENSIÓN

Se ha dicho con frecuencia que, a la hora de resolver sobre la procedencia de acordar la suspensión de la ejecutividad del acto o disposición impugnadas jurisdiccionalmente, hay que proceder a ponderar los intereses en conflicto. Ciertamente la adopción de una medida excepcional no debe producirse si no es tras un *sosegado* análisis de la situación del caso concreto. Ahora bien, la reciente doctrina jurisprudencial que ha consagrado la tutela cautelar como parte integrante del derecho reconocido por el artículo 24 CE, obliga a reinterpretar también la cuestión del interés público presente en la ejecución del acto o disposición impugnada.

La primera reflexión que debe hacerse parte de la consideración conjunta de dos aspectos que están relacionados: de un lado, es experiencia común que de ordinario la Administración se opone a la adopción de la medida suspensiva, y que sus alegaciones en este sentido tienen sin duda un gran peso en el ánimo del juzgador; de otro lado, resulta que nuestros Tribunales anulan centenares de actos administrativos por no ser conformes con el Ordenamiento. Es decir, en innumerables ocasiones el particular sufre las consecuencias injustas de la ejecución de acto administrativo ilegal, por no poder probar *su fumus boni iuris* o por una consideración desmesurada del interés público.

Y es que, con frecuencia parece confundirse el interés público o general (que es el que la Ley trata de proteger) con el interés de la Administración recurrida que muchas veces no resulta tan claro. Lo inaceptable de esta situación es que el perjudicado sea el particular a quien la Constitución reconoce un derecho fundamental a la tutela cautelar.

La reinterpretación que la nueva doctrina jurisprudencial exige ha de hacerse *secundum constitutionem*; el punto de partida es el artículo 24.1 CE el cual no puede ceder más que por imperativos inexcusables del bien común.

Esta interpretación no está muy lejos de los principios declarados por la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción de 1956 pues, según ya hemos dicho, parte de la consideración de una gradación de los intereses públicos en juego (*«la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego»*). La jurisprudencia tiene declarado que, desde luego, *«no cabe [denegar la suspensión] (...) cuando la alegación del interés público arriesgado es tan general, como lo es la de la Administración demandada en la instancia (...), desplazando sobre el particular recurrente la desventaja de la pobreza alegatoria en la concreción de su propio interés particular arriesgado»* (STS de 31 de mayo de 1995, Ar. 4406, ponente Conde Martín de Hijas). Más aún, la propia LJ de 1956 admite la posibilidad de que de la suspensión puedan derivarse perjuicios para el interés público (artículo 124.1).

Nuestro sistema administrativo ha asumido con total naturalidad la regla impuesta por el artículo 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, según la cual, solicitada la medida cautelar y deducidos los dictámenes e informes preceptivos, *«la Sala acordará la suspensión de cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad del perjuicio grave para el interés general»*. Como señala

la STS de 31 de mayo de 1995 citada (Ar. 4406, ponente Conde Martín de Hijas), en esta regla *«no se olvide, se invierte el orden de los intereses en juego respecto a la regulación tradicional en el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional»*. Las consecuencias de orden práctico son importantes, y así las analiza la referida sentencia:

*«Precisamente esa ordenación de los intereses contrapuestos en el artículo 7.4 de la Ley 62/1978 (suspensión, como regla primaria, salvedad de ella por el posible perjuicio de los intereses generales), conduce a entender que **no es al particular afectado por la resolución, que invoca frente a ella la vulneración de un derecho fundamental**, para el que deménda la tutela judicial por el cauce especial de dicha ley, **al que incumbe primariamente la carga de alegar y justificar el concreto interés privado, perjudicado por la resolución**, pues le basta en principio con el mandato de la regla general del artículo 7.4 referido, de ahí que las eventuales deficiencias en la concreción de ese interés no puedan tener la trascendencia que tendrían en el marco del artículo 122 de la Ley Jurisdiccional, en la que el orden de los intereses en juego se invierte.»*

Esta *regla de garantía especial* fue la que el legislador quiso para todos aquellos casos en que estaban en juego derechos fundamentales de la persona. No hay ninguna razón que impida o desaconseje que esta misma regla sea la que impere en el recurso contencioso ordinario. Más aún la implicación del derecho fundamental a la tutela cautelar exige que, si no consta suficientemente acreditado el *perjuicio grave* que pueda seguirse para un interés público cualificado, se acuerde la suspensión cautelar de la ejecutividad del acto o disposición que se impugna, sobre todo si la pretensión individual es reconducible a alguna de las causas expresas de suspensión que debe señalar la Ley, según hemos propuesto anteriormente.

No cualquier perjuicio para el interés general ha de impedir la suspensión del acto recurrido en este proceso especial. Sólo excepcionales razones de seguridad o defensa nacional, o la extremada urgencia de ciertas obras públicas de trascendencia evidente (AVE, Olimpiadas de Barcelona 92, EXPO...) podrían justificar la denegación de una medida que integra el contenido de un derecho fundamental. No se olvide que mientras el *derecho* a la tutela judicial efectiva se regula en el Título Primero de la Constitución como *‘fundamento del orden político y la paz social’*, el *principio* de eficacia administrativa (artículo 103.1 CE)

se recoge en el Título Quinto, lo que marca el orden de prioridades querido por el constituyente. Y no parece que pueda invocarse un *perjuicio grave para un interés público preponderante* en los casos en que la vía administrativa se cerró con la inactividad de la Administración Pública (silencio administrativo). Como acertadamente señala Meilan Gil²⁷ «en los supuestos de silencio, como el que refleja este Auto²⁸, la Administración no debe gozar de sus prerrogativas o privilegios cuando incumple sus obligaciones o deberes. No puede ampararse en la autotutela cuando no ha resuelto expresamente una petición y más aún un recurso».

Hasta aquí lo que consideramos que debe ser la reintepretación *secundum constitutionem* de la medida cautelar de suspensión considerada desde los intereses públicos implicados, cuestión que es preciso abordar en el proyecto de reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Veamos ahora dos ejemplos actuales, cuyos caracteres resultan sumamente ilustrativos a los efectos del tema que tratamos, aunque todavía no hayan sido objeto de pronunciamientos del Tribunal Supremo, sino de un Tribunal Superior de Justicia y que ponen de manifiesto la insuficiencia del sistema actual de tutela cautelar.

a) El primer caso se refiere a la solicitud de suspensión de un acuerdo municipal que declara la caducidad de una concesión administrativa para la construcción y posterior explotación de un aparcamiento subterráneo. Conviene subrayar que la Corporación municipal autorizó expresamente, al otorgar la concesión, la hipotecabilidad de la misma como medio para obtener la financiación en elevada cuantía para la realización las obras necesarias. De esta manera, el acreedor hipotecario cuyo derecho real inscribió en el Registro de la Propiedad —una entidad bancaria— se convertía en pieza clave de la concesión. Ante el incumplimiento del concesionario y *sin dar audiencia al banco*, el Ayuntamiento declaró caducada la concesión. La ejecución de este acuerdo suponía la desaparición del objeto de la hipoteca constituida sobre la concesión caducada.

Impugnado ante el Tribunal Superior de Justicia el referido acuerdo municipal, se solicitaron como medidas cautelares *la suspensión del acuerdo y la anotación preventiva del recurso en el Registro de la Pro-*

²⁷ «La suspensión jurisdiccional...», pág. 34.

²⁸ Se refiere al Auto TS de 17 de enero de 1991 (Ar. 503, ponente DELGADO BARRIO), en el que se acuerda la suspensión de acuerdos de demolición de obras realizadas a las que el Ayuntamiento no se opuso, guardando silencio desde la vía administrativa.

piEDAD, peticiones que fueron desestimadas por el Tribunal por entender que siempre habría una Administración pública que podría responder de los perjuicios que se hubieran seguido para el acreedor hipotecario (criterio que, como hemos visto, ha sido superado).

El Ayuntamiento, por su parte, instó al Registrador de la Propiedad la cancelación registral de la concesión, que éste denegó en atención a que el acreedor hipotecario no había sido parte en el expediente administrativo de caducidad. En el fondo latía la cuestión de la inutilidad de un futuro fallo estimatorio del recurso si la hipoteca de la que era titular el banco se quedaba sin su soporte (la concesión). El TSJ estimando el recurso gubernativo interpuesto por el Ayuntamiento, requirió al Registrador para que cancelara la inscripción de la concesión. Esta resolución del TSJ fue recurrida por el Registrador en apelación artículos 121 y ss. RH— ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que se admitió en ambos efectos (art. 122 RH). Gracias a este recurso del Registrador el acreedor hipotecario ha obtenido una *tutela cautelar sui generis* y todavía cabe la posibilidad de que la suspensión sea acordada en vía jurisdiccional ya que no ha desaparecido aún el soporte real del derecho de hipoteca.

b) El segundo caso se refiere a la impugnación de una Orden de enero de 1.996 del Consejero de Comercio de una Comunidad Autónoma, que disponía la formación de un plan territorial de establecimientos comerciales e imponía durante un año la suspensión en todo el territorio de la Comunidad del otorgamiento de licencias de edificación para ciertos establecimientos comerciales.

Tres circunstancias abonaban en favor de la suspensión cautelar de esta Orden:

a') De un lado se fundamentó el *fumus boni iuris* en la nulidad radical de la Orden, cuyo contenido contravenía previsiones de observancia inexcusable contenidas en la Ley de la propia Comunidad Autónoma de equipamientos comerciales, así como en la Ley Municipal y de Régimen Local de la referida Comunidad, en cuanto que no respetaba el núcleo de competencias propias del Ayuntamiento que la Ley configura.

b') El *periculum in mora* resultaba claro si se tiene en cuenta que en el fondo del asunto había cuantiosísimas inversiones (en su mayoría extranjeras) que, de seguro, habrían de retraerse ante esta eventualidad. Recordemos las frases de dos premios Nobel. Samuelson dijo: «No hay cosa más tímida que un millón de dólares». Y, según Hicks, «si, como ha dicho el poeta, no puede arrancarse una flor sin que se estremezca una estrella, también el vuelo de una golondrina influye en las inversiones». Tristes ejemplos de ello encontramos entre nosotros en recién-

tes casos como el de Basf, en el Polígono Industrial de Tarragona, o el de Marcial Ucin, en el de País Vasco, en los que los promotores de estas importantes inversiones industriales desistieron del proyecto o lo ubicaron en el extranjero (Ucin se implantó en Bayona de Francia).

Hubiera resultado lamentable e irónico que el primer efecto de aquella Orden impugnada —cuya Exposición de Motivos la incardina en el contexto de los instrumentos de actuación sobre el sector comercial «*con carácter incentivador*» y «*respetando la libertad de empresa*»— fuese *dinamitar* un gran proyecto comercial urbano. *Mutatis mutandis* era aplicable el Auto del TS de 21 de julio de 1.989, cuando señala que «*la cesación de una actividad comercial puede provocar unos perjuicios de muy difícil reparación, tales como la pérdida de la clientela, ceses de relaciones laborales, e incluso cierre de negocio (...)*».

Aún había más: existía indudablemente un interés público en la realización del proyecto que resultaría perjudicado si éste no se llevaba a cabo: la regeneración de una zona de gran valor urbanístico, la creación de puestos de trabajo y de riqueza, etc., son elementos importantes del interés público a los que no se puede cerrar los ojos.

c') La tercera circunstancia a considerar era la importancia de una rápida resolución del incidente cautelar. En la medida que la Orden tenía una vigencia de un año la resolución jurisdiccional había de recaer antes del transcurso de ese plazo. Además, como la existencia misma de la Orden podía interferir en la decisión empresarial, el pronunciamiento del Tribunal resultaba urgente. Con todo, transcurrieron seis meses hasta que se dictó el Auto del TSJ que adoptó la medida suspensiva solicitada.

3. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES DISTINTAS DE LA SUSPENSIÓN

Hemos dejado para el final la mención a aquellas otras clases de medidas cautelares —distintas de la suspensión de la ejecutividad del acto o disposición impugnados— que puedan adoptarse en el proceso contencioso-administrativo y a las que con novedoso criterio dedica el Anteproyecto de Ley los artículos 129 a 132.

La doctrina procesalista civil²⁹ ha destacado que «*la primera y quizá más grave dificultad que presentan las medidas cautelares es su propia delimitación. «Medidas cautelares» es un puro concepto doctri-*

²⁹ Cfr. DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, tomo III, pág. 336. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1994.

nal, que ni como término ni como tal «supraconcepto» se encuentra recogido en nuestras leyes de enjuiciamiento».

En nuestra jurisdicción el fundamento de estas medidas *provisoriales* está, obviamente, en el aseguramiento de la eficacia real de la sentencia que pondrá término al recurso contencioso y esta finalidad, como regla general, se alcanza con la suspensión de la ejecutividad del acto o disposición impugnada. Ello es debido a que, normalmente, en las demandas contencioso-administrativas lo que se solicita es la declaración de nulidad o de no conformidad a Derecho de un determinado acto o disposición de carácter general. La medida cautelar suspensiva se manifiesta entonces como la más eficaz, no pareciendo aplicables medidas ejecutivas de aseguramiento.

No obstante, dada la complejidad que presentan las relaciones administrativas en los últimos tiempos y la posibilidad —tan frecuente— de que éstas sean multilaterales, debe plantearse la cuestión de la operatividad de otro tipo de cautelas distintas a la suspensión, de las que difícilmente puede establecerse un catálogo completo.

Soy de la opinión de que la nueva ley no debe limitarse a declarar supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil, como hace la ley vigente, sino que habría que analizar las concretas medidas cautelares admitidas en el proceso civil que podrían ser incorporadas al proceso contencioso teniendo siempre en cuenta la especificidad de éste. No obstante, parece acertado el establecimiento de un criterio de *numerus apertus*, que no limite las posibilidades de defensa del recurrente.

Aunque algunas de ellas serán de muy difícil aplicación al orden contencioso, siguiendo a De la Oliva y Fernández podemos clasificar las medidas cautelares admitidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes grupos:

a) *Medidas encaminadas a garantizar una eventual condena pecuniaria.* Los artículos 1397 y siguientes de la L.E.C. se ocupan de la figura del *embargo preventivo* que, evidentemente, no podrá acordarse respecto de las Administraciones públicas, pero sí frente a terceros implicados en una reclamación contencioso-administrativa (por ejemplo, contratistas de la Administración).

b) *Medidas cautelares típicas* (o tipificadas) que son tres: la anotación preventiva de la demanda en algún Registro público (de la Propiedad o Mercantil), la exhibición y depósito de bienes muebles y la intervención judicial de bienes inmuebles.

c) *Medidas innominadas* cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de condenas no pecuniarias, reguladas por el artículo 1428 L.E.C. En estos casos lo que el recurrente postula es la declaración de una obli-

gación de hacer o no hacer por parte de la Administración demandada. Entre estas medidas cautelares se sitúan, desde luego, las llamadas **medidas positivas** que han merecido una atención especial de un sector doctrinal³⁰ a raíz de sendos Autos del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo y 14 de octubre de 1991, que imponen a la Administración la obligación de realizar una actividad concreta, y que han alcanzado respaldo constitucional a raíz de la STC 29 de abril de 1993. Se trata, en definitiva, de sancionar la posibilidad de imponer a la Administración la obligación de que dicte actos administrativos en los que se tome en consideración aspectos que han sido previamente desconocidos. Quiero llamar la atención sobre la operatividad de este tipo de medidas cautelares, sobre todo en supuestos en los que el recurso contencioso se interpone frente a denegaciones administrativas en las que, por hipótesis, no cabe suspensión sino ejecución provisional.

VII. Conclusiones y reflexión final

1. La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa debe afrontarse tomando como puntos de referencia tanto las previsiones del Derecho Comunitario, como las exigencias de nuestra Constitución. En esta línea debe quedar claro que existe un principio general según el cual no hay verdadera tutela judicial sin posibilidad de adoptar medidas cautelares. El contenido del artículo 24 CE acoge este planteamiento, cuyas consecuencias (que se imponen a todos los poderes públicos —especialmente, al Legislador y a los Tribunales de Justicia— por exigencia de los *artículos 9.1 CE, 40.2 LOTC y 5.1 LOPJ*) se producen en un doble plano:

- Necesidad de medidas cautelares para tutelar aquellas pretensiones que *ab initio* presentan indicios racionales de buen derecho.
- Necesidad de medidas cautelares que protejan el derecho del recurrente de los daños derivados de dilaciones indebidas. Hay dilación indebida cuando el proceso se prolonga por más de un año.

2. Aunque resulta inevitable (y necesaria) una consideración de las concretas circunstancias de cada situación individual (consideración

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La batalla...», cit., págs. 255 y siguientes, y GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Derecho administrativo español. El acto y el procedimiento administrativo», pág. 1320 y siguientes. EUNSA, 1997.

ad casum), en la medida en que el criterio del *fumus boni iuris* se objetivice, la situación jurídica del recurrente se clarificará, facilitando la efectividad del derecho a la tutela cautelar. La clarificación del criterio ha de venir por vías diversas.

3. Respecto del *fumus boni iuris*:

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha tenido muy buen cuidado en precisar el significado de esa expresión, ya que no se trata de una mera apariencia —*las apariencias engañan*— sino que, según ha declarado en su sentencia de 27 de febrero de 1996, *la apariencia de buen derecho significa que cuando el recurso contencioso-administrativo interpuesto viene de antemano justificado de tal manera que, sin prejuzgar la decisión final, puede de una manera ostensible entenderse que habrá de ser estimado*.

En línea con esta acertada doctrina y para ejemplificar aquellos casos concretos en que procedería la suspensión, podría ser útil señalar los siguientes:

a) Cuando el recurso se fundamente en causa de nulidad de pleno derecho del acto o disposición impugnada.

b) Cuando la pretensión deducida en el proceso sea la plena efectividad de un derecho fundamental.

c) Cuando haya recaído ya sentencia favorable al solicitante de la medida cautelar, aunque aquélla no sea firme.

d) Cuando existan resoluciones que, en casos análogos, hayan acordado la medida cautelar.

e) En cualquier otro supuesto igualmente fundado en el que se acredite de forma ostensible la apariencia de buen derecho.

4. Respecto del *periculum in mora*:

Establecimiento de plazos estrictos de resolución de las peticiones de medidas cautelares y cuyo incumplimiento podría determinar la exigencia de responsabilidad.

5. Resulta positiva la introducción en el texto del Anteproyecto de una regulación de las medidas provisionalísimas (cuya finalidad está en asegurar la efectividad de la medida cautelar). No obstante, la naturaleza de estas medidas exige:

— que se puedan adoptar antes del plazo de tres días, e incluso antes de abierta la pieza separada.

— que no se limite al supuesto de asegurar la efectividad de la suspensión, sino que puedan operar respecto de cualquier otra medida cautelar que quepa adoptar.

6. La nueva ley no debe limitarse a declarar supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que habría que analizar las concretas medidas cautelares admitidas en el proceso civil que podrían ser incorporadas al proceso contencioso teniendo siempre en cuenta la especificidad de éste. Sí parece acertado el establecimiento de un criterio de *numerus apertus*, que no limite las posibilidades de defensa del recurrente.

7. Sería conveniente que la nueva ley incorpore, con las debidas adaptaciones, la regulación de las medidas cautelares establecidas en el Estatuto y en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

8. Resulta sumamente positivo que el texto del Anteproyecto conceda expresa cobertura a las denominadas *medidas cautelares positivas* (art. 129.2).

La posición preferente que ostentan los derechos fundamentales y libertades públicas en nuestra Constitución ha provocado un cambio de paradigma en la ciencia del Derecho Público ³¹, manifestado de manera ostensible en la concepción del control judicial de la Administración Pública como tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de la persona.

Esta perspectiva ha enriquecido el escenario conceptual en el que se plantean las medidas cautelares del proceso contencioso-administrativo aportando al juez y a las partes nuevos elementos de juicio: de la casi exclusiva consideración sobre el grado de dificultad de reparación de los perjuicios derivados de una ejecución anticipada hemos pasado a valorar los indicios o apariencia de buen derecho de la pretensión, y a una ponderación mucho más rica y matizada de todas las circunstancias y de los intereses afectados por la ejecutividad del acto administrativo recurrido.

Asimismo, la efectividad de la tutela judicial ha dejado patente la necesidad, en determinados casos, de las denominadas *medidas provisionales* y de abrir la potestad jurisdiccional a la adopción de medidas cautelares distintas de la suspensión, incluidas las medidas positivas, cuando así lo exija asegurar la eficacia real de la decisión final del proceso. La regulación del Anteproyecto presentado por el Ministerio de Justicia ha sabido recoger los nuevos conceptos y necesidades y la esperable mejora de su texto a través del debate público y parlamentario hace albergar esperanzas de que la reforma de nuestra

³¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA. REDA. 58 (1988) sobre la tesis de Kuh respecto de las revoluciones científicas.

Jurisdicción contencioso-administrativa pueda culminarse con calidad y acierto.

Si se me permite una última reflexión más general, no quiero terminar sin llamar la atención sobre la necesidad de replantear el régimen de nuestras instituciones jurídicas, evitando desquiciarlas si se ponen al servicio de fines que no les son propios.

Las medidas cautelares del proceso contencioso no pueden expandirse hasta generalizar un sistema de *justicia provisional* que se convierta *de facto* en definitiva. Su sentido cabal debe ubicarse en el marco de un proceso sin dilaciones indebidas. Esto significa que la impresionante demora en la que se encuentra sumida nuestra Jurisdicción —271.000 recursos pendientes de fallo— debe afrontarse mediante la dotación de medios personales y materiales adecuados y sobre todo, mediante técnicas que permitan una agilización de los procesos. No me parecería correcto, en cambio, admitir, como solución definitiva, el parcheo de esta demora procesal sólo desde las medidas cautelares del proceso.

Tampoco se debe esquivar, en el debate de las políticas legislativas, la búsqueda de un diagnóstico acertado sobre la problemática del control jurisdiccional de la Administración. La solución al incremento de los conflictos entre la Administración y los ciudadanos no puede plantearse solamente mediante un crecimiento constante de las dotaciones judiciales. Por excelentes que fueran nuestros Jueces y Tribunales nunca conseguirían aportar más que remedios a esos conflictos, en los que ya han padecido los derechos e intereses de los ciudadanos.

La lucha por el Estado de Derecho y por la defensa de los derechos y libertades exige, en primer término, no demorar la reflexión sobre una *adaptación de los procedimientos y controles internos de la Administración* que tenga por finalidad garantizar, en la medida de lo posible, que los actos y disposiciones administrativas se ajusten a la legalidad, sean acertadas y oportunas, no lesionen ningún derecho y, por tanto, disminuya el número de casos en que deba acudir a los Tribunales.

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

EXCMO. SR. D. ENRIQUE CANCER LALANNE*

Magistrado del Tribunal Supremo

- I. Trascendencia del tema a desarrollar
- II. Problemas que suscita la ejecución de sentencias
 1. De alcance general
 2. De carácter específico
- III. El sistema español de ejecución de sentencias procedentes del orden contencioso administrativo.
 1. Origen histórico
 2. Síntesis del sistema adoptado por la Ley J.C.A. de 1956.
- IV. La Constitución de 1978 y la ejecución de sentencias según la L.J.C. de 1956: Consideraciones generales
 1. Posiciones jurisprudenciales y del Consejo de Estado
 2. El derecho a la ejecución de sentencias como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
- V. La ejecución de sentencias de condena contra la Administración
 1. Posibilidad legal
 2. La ejecución por sustitución del condenado
 3. Problemas específicos que suscita la ejecución por sustitución cuando el condenado es una Administración
 - A) El carácter personalísimo de la prestación
 - B) La discrecionalidad

* Jueves, 10 de abril.

- C) El conflicto de los intereses públicos
- D) El artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial
- E) Las dificultades prácticas

- VI. Objeciones a la ejecución judicial
 - 1. Viabilidad práctica
 - 2. Protagonismo judicial
 - 3. Intervención judicial y buena Administración
- VII. El anteproyecto de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1996. Ejecución de sentencias.
 - 1. Síntesis del sistema
 - 2. Juicio crítico

I. Trascendencia del tema a desarrollar

La ejecución de las sentencias dictadas por los órganos judiciales en el orden contencioso-administrativo puede decirse que cierra el sistema normal de protección de los ciudadanos frente a la acción de los poderes públicos, alcanzando la máxima relevancia en el mundo del Derecho. Y ello porque nada valdría haber reconocido la existencia de un sector del Ordenamiento Jurídico, al que se atribuya el concepto de Derecho Administrativo, ni que se haya configurado dentro del Estado un aspecto subjetivado del mismo al que se atribuye la titularidad de las relaciones que surgen entre aquél y los particulares, a consecuencia de la práctica estatal que tienda a dar efectividad a los intereses públicos y que necesariamente ha de ajustarse a ese Derecho, ni que las situaciones de conflicto, Estado-ciudadanos, pueden residenciarse ante un orden específico de Tribunales —la llamada Jurisdicción Contencioso-Administrativa— si las decisiones que éstos toman no pudieran ser llevadas a efecto.

II. Problemas que suscita, la ejecución de sentencias

1. DE ALCANCE GENERAL

En esta cuestión se suman los interrogantes que inmediatamente se suscitan cuando se trata de profundizar en el estudio de la ejecución de sentencias en general, con otros particulares que derivan de la calidad de una de las partes comparecidas en el conflicto del que deriva la decisión a ejecutar, por cuanto que a primera vista se ve que en los sistemas de régimen jurídico administrativo, como el nuestro, el posible condenado es un sector del Estado, en cuanto tal.

Dejaremos aparte, por no ser del caso, el estudio de la naturaleza jurídica de la ejecución de sentencias, dando por supuesto que se ha decantado la solución en el sentido de atribuir a esta actividad el carácter y naturaleza jurisdiccional. Es decir en el sentido de admitir que los Jueces, actúan como tales, cuando ejecutan las sentencias. Y ello partiendo de que jurisdicción es tanto como, actuación del Estado de satisfacción de pretensiones que una parte plantea frente a otra, que asume una posición contradictoria e igual al menos en el proceso abstractamente considerado. Actuación estatal que se realiza desde una posición superior, independiente, neutral y objetiva y en aplicación de Derecho,

mediante decisiones que alcanzan el efecto de cosa juzgada; y de que la actividad o función administrativa, también sujeta necesariamente a Derecho en la generalidad de los sistemas, en su calidad esencial, es de transformación del mundo exterior o de la realidad física para dar efectividad a la acción práctica estatal.

Es decir, que como presupuesto de lo que se va a exponer partiré de la admisión de que la ejecución de sentencias es función de naturaleza jurisdiccional y no meramente administrativa, tomados estos conceptos en el sentido expuesto.

2. DE CARÁCTER ESPECÍFICO

A continuación surge la cuestión de si aún dando por sentado que la ejecución de sentencias es función jurisdiccional, se mantiene esa naturaleza cuando una de las partes en conflicto, es la Administración, configurada como sector del Estado, incardinado en el Poder Ejecutivo en un sistema constitucional de separación de poderes, pues entonces entran en conflicto dos principios encontrados, el de legalidad, que postula en favor del pleno control de los actos de la Administración, hasta que se lleve a completo efecto la decisión judicial, y el de separación de poderes que parece que en una lectura literal, tendería a hacer impracticable un control verdaderamente efectivo de la acción del Poder Ejecutivo. Añádase a ello que en los casos de condena a la Administración, podría acontecer que la sentencia que así lo decidiera hubiese de incidir sobre bienes de dominio público, con sus características de inembargabilidad, o sobre el patrimonio de la Hacienda sujeto a inexorables controles de legalidad e intervención.

III. El sistema español de ejecución de sentencias del orden contencioso-administrativo

1. ORIGEN HISTÓRICO

En nuestro país la cuestión, como problema, de la ejecución de las sentencias del orden contencioso-administrativo adquiere relevancia singular a partir de 1888, cuando se establece el llamado sistema armónico de Santamaría de Paredes. Hasta entonces el problema principal se refería a la concepción del contencioso-administrativo, que se debatía entre las aspiraciones del liberalismo dogmático de unidad de jurisdic-

ción (Constitución de Cádiz de 1812), con exención práctica del control de la Administración, siguiendo la idea del constitucionalismo francés de que juzgar a la Administración es administrar. En ese aspecto, el sistema de jurisdicción retenida, en el Consejo Real, establecido en 1845, supone un avance protector para los particulares, con la distinción dentro de la Administración entre órganos activos y órganos contenciosos. Pero es a partir de 1888 cuando, con la progresiva judicialización del contencioso-administrativo, el problema de la ejecución de sentencias dictadas por ese orden jurisdiccional, adquiere su total relevancia. El modelo derivado de la Ley de 1888 va a ser el patrón de evolución del contencioso-administrativo, y de la ejecución de sus sentencias, pues es en la ejecución de las mismas donde convergen todos los elementos estructurales del contencioso-administrativo español: su carácter revisor, el alcance de la sentencia (naturaleza meramente declarativa o de condena), los poderes de una de las partes enfrentadas, etc.

En consideración a lo expuesto, debido a todo un largo y polémico proceso de gestación histórica el sistema aún ahora vigente de ejecución de las sentencias contencioso-administrativa, conserva algunos aspectos que aparecieron en la Ley de Santamaría de Paredes de 1888, como compromiso entre la tendencia judicialista y la inspirada en el sistema francés, del que se toma la idea de que los Tribunales actúan en esta fase procesal de ejecución como una especie de jurisdicción retenida, pues se da a una de las partes en conflicto —La Administración— una intensa intervención, a diferencia de lo que ocurre en la Jurisdicción Civil cuando se actúa entre particulares.

2. SÍNTESIS DEL SISTEMA DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1956

Según ya se ha dicho, la característica del sistema de la Ley de 1956, es que la ejecución de las sentencias no está encomendada a los propios Tribunales que la dictan, como ocurre en las demás jurisdicciones, sino a los propios órganos de la Administración autora del acto o disposición impugnada. Así lo dice el art. 103, de la L.J.C.A. Con ello se deja en sus manos el cumplimiento de las sentencias que le sean desfavorables, con lo que se tambalea todo el sistema de garantías que la existencia de la vía judicial contencioso-administrativa supone. La Ley aún vigente ha pretendido remediar esa grave quiebra arbitrando una serie de medidas indirectas cuales son la atribución al Juez de poderes de impulso e intimación —art. 110—, responsabilización personal y

directa, civil y criminal del agente de la Administración encargado del cumplimiento de la sentencia —art. 105— y publicación anual en el *Boletín Oficial del Estado* de una relación de las sentencias inejecutadas —art. 110—, medidas que aún sin alterar la esencia del sistema, puede decirse que han dado resultados muy positivos.

Se trata, pues, de la atribución al Juez de un poder de fiscalización de la ejecución de las sentencias que dictó, conforme a la dicción literal del art. 8.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En conjunto y, en definitiva, el Juez, o mejor los Tribunales Contencioso-Administrativos fiscalizan actuaciones y promueven la ejecución de las sentencias de su Orden Jurisdiccional, pero es la Administración quien lleva a efecto las medidas pertinentes al caso para que la decisión judicial tenga cumplido efecto.

Debe observarse a este respecto que la Ley J.C.A., vigente no tasa, ni limita las medidas que puede adoptar el tribunal sentenciador —artículo 110.2 L.J.

Pero la propia L.J., matiza los poderes del Juez, pues regula la posibilidad de *inejecución y suspensión* de las sentencias.

En el art. 105, L.J., la Ley concede a la Administración dos meses, a partir de la recepción por ésta del testimonio de la sentencia, para decidir lo que estime procedente en orden a la ejecución, inejecución o suspensión temporal de la sentencia de que se trate.

Sin embargo la suspensión y la inejecución tiene un carácter rigurosamente excepcional y tasado. Solamente puede acordarla el Consejo de Ministros, dentro del indicado plazo de dos meses y en los casos taxativamente determinados por la Ley —art. 105— peligro de trastorno grave de orden público, temor fundado de guerra exterior, quebranto de la integridad del territorio nacional y detrimento grave para la Hacienda Pública. Esta última causa afectante a la Hacienda no puede alegarse por la simple condena al pago de cantidad. Además la Ley prevé que si no existiera crédito bastante en los presupuestos, la Administración está obligada a tramitar dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia el suplemento de crédito o suplemento extraordinario que sea preciso —art. 108.

El incumplimiento o la inejecución por cualquiera de las otras tres causas, puede desembocar a instancia de parte interesada, en un cumplimiento por equivalente, mediante la fijación por el Tribunal de la correspondiente indemnización por los perjuicios derivados de la suspensión o inejecución (art. 106).

Para los casos de presunta imposibilidad material o legal de llevar a cabo la ejecución, la ley prevé que a instancia del Abogado del Esta-

do y con audiencia de las partes, se acuerde la forma de llevar a efecto el fallo.

Por lo demás la suspensión o inejecución, cuando procedan, han de acordarse de modo congruente con el contenido de la sentencia —sin censurar, contradecir ni revisar los fundamentos que haya expuesto el Tribunal sentenciador— art. 111.

Debe hacerse notar que los actos acordados por la Administración en cumplimiento de las resoluciones judiciales, no tienen naturaleza administrativa sino judicial, a efectos de su inmediata impugnación. Por ello de no ser considerados conforme a derecho por el particular interesado, su impugnación podrá hacerse directamente ante el mismo Tribunal que se está encargando de la ejecución de la sentencia, sin que se tenga que agotar ninguna vía administrativa previa.

Asimismo cabe resaltar que, en ningún caso puede suspenderse, ni dejar de ejecutar las sentencias confirmatorias de actos o disposiciones de la Administración, salvo las dictadas sobre recursos interpuestos por la misma contra sus actos lesivos. Dicho de otro modo, el privilegio de la suspensión o inejecución del fallo sólo puede hacerse valer por la Administración cuando el fallo sea contrario a la misma, no cuando le sea favorable.

Igualmente debe hacerse notar que la jurisprudencia de las Audiencias primero por sí, y luego con el aval del Tribunal Supremo ha ampliado los límites que la literalidad del art. 107 L.J., ponía a la legitimación para la promoción del incidente en los casos de imposibilidad material o legal de ejecución, reconociendo esa posibilidad de incoación además de a la Abogacía del Estado, a la que nombra la Ley, a los representantes legales de la Entidad Pública implicada, Administración Local, Institucional, Corporativa o de las Comunidades Autónomas y a los particulares que hubieran sido parte. Admitiéndose, además, que el incidente en cuestión puede suscitarse en cualquier tiempo, si la constancia de la imposibilidad de ejecución se diera más allá del plazo de dos meses a que alude expresamente el legislador.

IV. La constitución de 1978 y la ejecución de sentencia según la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956: Consideraciones generales

Conviene advertir que entre la vigencia de la Ley J.C.A. de 1956 y la Constitución de 1978, se publicó y cobró efecto la llamada Ley Orgánica del Estado de 1967, cuyo artículo 31 establecía que «la función

jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las leyes corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia», lo que llevó a algún sector doctrinal a sostener que esa disposición había derogado ya el sistema de ejecución administrativa de los arts. 103 sgs. de la L.J. de 1956. Sin embargo esa postura tuvo escaso alcance en el ámbito de la ciencia del Derecho, y prácticamente nulo en el de la práctica judicial, dado el escaso valor normativo directo que podía atribuirse a la Ley Orgánica del Estado, que en ese aspecto no llegó a tener reflejo a través de legislación ordinaria de desarrollo.

Pero a partir de 1978, son frecuentes los análisis doctrinales que llegan a afirmar lisa y llanamente que lo dispuesto en el art. 8.º.1, Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sobre la intervención fiscalizadora del Juez Contencioso-Administrativo en la ejecución de sus sentencias, y las reglas de los arts. 103 a 112, L.J.C.A. de regulación de la ejecución con encargo a la Administración de la función primaria de ejecución de las sentencias que resuelven impugnaciones sobre sus actos y disposiciones, han sido derogadas por la literalidad del art. 117.3 de la Constitución mediante su declaración terminante de 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 determinados por las leyes según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan», redacción que casi literalmente se reproduce en el art. 2.º.1 de la L.O.P.J., sumado a la plenitud del control judicial sobre actuación de la Administración, que no admite excepciones, se dice, por razón del sujeto concernido por la sentencia —arts. 103.1 y 106, C.E.—, y la obligación de colaboración también incondicionada y sin excepciones que se impone en el art. 118, C.E., cuyo tenor literal es «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

No falta, sin embargo, un sector ciertamente minoritario que afirma lo contrario, sosteniendo que la Constitución de 1978, no altera en nada el sistema de autoejecución administrativa de los arts. 8.º.1 y 103 sgs. de la L.J. de 1956, ya que se afirma que el planteamiento del art. 117.3 C.E. de 1978, se encontraba recogido en la L.O.P.J. de 1870, y ello no había sido obstáculo a la atribución legal a la Administración de la facultad de ejecutar las sentencias contencioso-administrativas que le afectaban.

1. POSICIONES JURISPRUDENCIALES Y DEL CONSEJO DE ESTADO

El problema de la incidencia normativa de la Constitución, ha sido abordado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y ha tenido reflejo directo en los dictámenes del Consejo de Estado.

El Tribunal Supremo, en el auto de 13 de marzo de 1986, ha dicho que con la Constitución de 1978, los Tribunales «dejan de limitarse a fiscalizar la ejecución de sus sentencias —se refiere a las del orden contencioso-administrativo— para hacerlas ejecutar directamente, por potestad propia inherente de la función jurisdiccional».

Otro auto de ese año, de 18 de noviembre, habla de función exclusiva y excluyente de hacer ejecutar lo juzgado.

La sentencia de la Sala de revisión del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 1989, ha declarado «en lo contencioso-administrativo la incidencia del encargo constitucional de ejecutar lo juzgado —art. 117.3 C.E. es mayor y más radical que en los demás órdenes jurisdiccionales, e invierte el planteamiento tradicional reflejado en el art. 103 L.J.C.A.».

El Consejo de Estado en un dictamen aplicable al caso, ha expuesto que después de la Constitución, «la Administración no tiene propiamente una potestad de ejecución del fallo, sino que es titular de la función de cumplimiento del fallo en concreción del deber de cumplimiento y colaboración que le viene constitucionalmente impuesto».

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en favor del mantenimiento del sistema de ejecución de la L.J.C. de 1956, pero interpretado en clave constitucional. La posición al respecto del TC, que se infiere de las sentencias 32/1982, 62/1984 y 67/ también de 1984, que se sintetiza en esta última, consiste en afirmar: «...la interpretación de los arts. 103 a 112 L.J.C.A., debe hacerse en relación con las demás leyes, de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental —de tutela judicial efectiva del art. 24 C.E.

La aplicación de este criterio interpretativo conduce a las siguientes afirmaciones... la ejecución de la sentencia corresponde, en principio, al órgano que hubiere dictado el acto objeto del recurso —art. 103, L.J.C.A.—, debiendo interpretarse esta competencia no como la atribución de una potestad sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por sentencias o resoluciones firmes...».

Lo que puede deducirse de las posiciones jurisprudenciales expuestas es que, después de la publicación de la Constitución de 1978, sigue vigente el sistema de ejecución de sentencias en que sea parte la

Administración, diseñado por la Ley J.C.A. de 1956, en los arts. 103 a 112, pero que en su aplicación práctica, se ha acentuado la intervención judicial para no ya fiscalizar, sino para imponer lo que es un deber de cumplimiento de lo juzgado, pero con la matización de que eso no debe hacer olvidar que una de las partes en conflicto es necesariamente un sector del Ejecutivo, que participa en la medida de cada caso, del poder soberano del Estado, y que como servidor del interés general también representa el interés de cada uno de los individuos, también ciudadanos, cuya suma da lugar al interés público que representa. Y ello con la advertencia de que está en juego, en la ejecución de las sentencias del orden contencioso-administrativo, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24, C.E., en una doble vertiente pues ha de proteger a las dos partes, que en posición contradictorias, pero en lo posible iguales, intervinieron en el proceso.

Como se ha hecho referencia reiterada al derecho fundamental de tutela judicial, del art. 24. C.E., como afectado por la cuestión que se estudia, conviene hacer algunas afirmaciones con las especificaciones que al respecto se han hecho por el Tribunal Constitucional.

2. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El Tribunal Constitucional, afirma ininterrumpidamente desde la sentencia 32/1982, que una de las vertientes del art. 24.1, C.E. es el derecho a que se ejecute la sentencia, pues «lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intenciones».

El art. 24.1 C.E., dice la sentencia 67/1984, configura el de ejecución de las sentencias como un derecho fundamental de carácter subjetivo, lo que desde una perspectiva objetiva, constituye un elemento trascendental en el sistema jurídico. —Se trata de un efecto consustancial a la cosa juzgada— STC, 34/1993.

Concretando su alcance y contenido, en la sentencia 153/1992, se establece «el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte, sin causa justificada de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proceder a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible... la prestación jurisdiccional —de ejecución— debe ser respetuosa con lo fallado, y, enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por los terceros».

Matizó en sentido negativo el alcance del Derecho, la sentencia 58/1983, al decir que la consagración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de una sentencia, pues supuesto que la norma constitucional se cumple si la sentencia es efectiva y el derecho del ciudadano recibe satisfacción, hay que concluir «que tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo, como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario, u otro medio de prestación».

En la antes citada sentencia TC., 67/84, se ha precisado, que tales razones o causas han de ser establecidas por el legislador. En la 109/1984, se completa el razonamiento diciendo que la comprobación de la existencia o, no de causas legales de inejecución (se trataba del artículo 228 Ley Suelo de 1976), es competencia del propio Tribunal ejecutor, mediante la realización de un juicio de prevalencia.

V. La ejecución de sentencias de condena contra la Administración

Ya se ha expuesto al hablar del sistema de la Ley J.C.A. de 1956, que la ejecución de sentencias confirmatorias del acto o disposición administrativa impugnada, no suscitaba particulares problemas. Estos surgen cuando se trata de dar efectividad a las sentencias dictadas contra la Administración autora del acto o norma reglamentaria recurrida.

1. LA POSIBILIDAD LEGAL

La posibilidad legal de sentencia de condena contra la Administración se desprende de la admisión en el sistema de la L.J. de 1956, de pretensiones de restablecimiento, añadidas a la primaria de anulación, cuando el que acciona funda su legitimación en la titularidad de un derecho que se considera infringido por el acto o disposición impugnado —arts. 41 y 42, en relación con el 28,b) y 84,b) de la Ley J.C.A.

Puede traerse a colación ejemplos prácticos, una sentencia anula el acto denegatorio del derecho reclamado a la Administración docente de recibir clases de EGB en un idioma determinado, e impone por vía de restablecimiento la consiguiente condena de hacer. Lo mismo en relación a la anulación y posterior restablecimiento relativos a la dene-

gación municipal de reparación de daños que una conducción municipal de aguas está produciendo en una finca del actor. O parecido pronunciamiento para hacer cesar los malos olores y la insalubridad procedente de un matadero municipal, o para reparar las escaleras de incendio de un colegio público. Al efecto cabe citar una sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1989, que condenó a un Ayuntamiento de las Baleares a adoptar las medidas adecuadas para subsanar las deficiencias que se estaban produciendo por el vertido de aguas residuales, derivados de conducciones a cargo del Municipio.

2. LA EJECUCIÓN POR SUSTITUCIÓN DEL CONDENADO

En el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil —arts. 924 sgs.— la ejecución forzosa de las condenas de hacer consiste en que el Tribunal hará por sí, lo no hecho voluntariamente por el condenado, o lo hará por medio de tercero, de no tratarse de un hacer personalísimo.

En el sistema de la L.J.C.A. de 1956, se deberá esperar a que transcurra el término de dos meses —art. 105— que legalmente se otorga a la Administración para la ejecución voluntaria de la condena. Transcurrido infructuosamente ese término, si no hay cumplimiento el Tribunal a instancia de parte reitera la orden de cumplimiento, e incluso puede precisar el modo en que la condena ha de ser cumplida por la Administración. Si aún así lo mandado no cobra efectividad, puede indagar quién es el funcionario responsable del retraso o de la negativa, y si aquél persiste en su actitud, le advierte de que se dará traslado al Fiscal para la persecución por vía judicial. Pero si sigue sin que la sentencia cobre efecto, sólo un sistema que permita el poder de sustitución, podrá lograr que las sentencias de condena a la Administración, a prestaciones de hacer, protejan el derecho a la tutela judicial efectiva que al respecto se concede a los beneficiados por la sentencia. En este punto, se ha sostenido por la doctrina que en el sistema de la Constitución de 1978, no hay impedimentos para que los Tribunales Contencioso-Administrativos, dispongan de la posibilidad de sustituir, en el sentido dicho —es decir, por sí, o a través de otro— al órgano administrativo que incumplió la sentencia. La función jurisdiccional, plena y exclusiva de hacer ejecutar lo juzgado —art. 17.3 C.E.— incluye la facultad de hacer ejecutar lo mandado a costa del obligado por la sentencia. Se ha dicho que una vez que se ha incumplido la sentencia, la actividad de adaptar la realidad física o material a la realidad jurídica por aquélla declarada, es una actividad jurisdiccional.

La sustitución por el Tribunal ejecutor, del órgano administrativo, cuando acontece lo expuesto, no rompe la separación de poderes, propia de nuestro sistema constitucional, porque cuando así se actúa no está administrando, sino que el Tribunal está desempeñando actividad jurisdiccional, por mandato constitucional —art. 117.3 C.E.

El problema o mejor los problemas surgen no por el reconocimiento del poder de sustitución, entendido en el sentido expuesto, sino por la necesidad de imponer límites al ejercicio del mismo, límites que derivan de la calidad y posición estatal del sujeto condenado, que condiciona el cómo, cuándo y hasta dónde puede alcanzar la sustitución.

3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS QUE SE SUSCITA LA EJECUCIÓN POR SUSTITUCIÓN CUANDO EL CONDENADO ES UNA ADMINISTRACIÓN

A) *El carácter personalísimo de la prestación*

Lo primero que hay que plantearse al hablar de la posibilidad y alcance de la sustitución de la Administración condenada, es si la obligación de la Administración es, o, no personalísima, porque la legislación civil procesal, que sería de aplicación al caso, por el juego combinado del art. 110.2 y Disposición Adicional 6A de la L.J.C.A., en el artículo 924, Lec., distingue entre el hacer personalísimo y el no personalísimo. Sólo en el segundo caso será posible la sustitución por un tercero de la conducta del ejecutado.

Si la prestación es personalísima el acreedor o beneficiario, verá satisfecho judicialmente su derecho, no *in natura*, o de manera específica, sino por medio de una indemnización. Pero en nuestra doctrina se ha sostenido, creo que con razón, que el hecho personalísimo es de difícil admisión en el sistema o régimen de autotutela administrativa, por la índole objetiva de la obligación a cumplir que al menos en el aspecto de la titularidad del órgano que debe en definitiva actuar, hace indiferente la real o singular personalidad del funcionario que actúa (qué funcionario efectúe la reposición del que fue antes postergado, u ordene la demolición de lo mal hecho, o el cese de la actividad molesta, o el pago de la indemnización).

B) *Discrecionalidad*

Sin embargo, sí que puede constituir un límite insalvable a esa posibilidad de sustitución, el que la prestación de condena a sustituir

derive del uso de una potestad discrecional. En este caso cabe sostener que ésta supone un espacio constitucionalmente protegido, en el que la Administración no puede ser sustituida por el Tribunal.

C) *El conflicto entre dos intereses públicos*

Límite claramente perceptible a la posibilidad de sustitución del órgano administrativo que incumple la sentencia, es la necesidad que a veces se plantea, de que el Tribunal o Juez para decretar la sustitución, tenga antes que ponderar la existencia de intereses públicos contrapuestos a la ejecución en forma específica o *in natura*, y que caso de estimarlos preponderantes le lleven a la conversión del derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, en su equivalencia económica. Por ejemplo, la ejecución de una sentencia del Juez administrativo que condena a la Administración a la devolución de una empresa de transporte ilegalmente municipalizada, podría plantear problemas de compatibilidad con la necesidad de preservar la prestación del servicio urbano de transporte. Otro, la anulación de un concurso selectivo para funcionarios del servicio sanitario, y la consiguiente revocación de los funcionarios ya nombrados perjudicaría el interés general implícito en la continuidad del servicio sanitario. En estos casos pugnan dos intereses públicos que pueden tener similar nivel de protección, por una parte el derivado de la necesidad de que las sentencias se cumplan en sus propios términos, que está, según se ha dicho, constitucionalmente protegido, y cuyo mantenimiento contribuye al recto funcionamiento del sistema constitucional de reparto de poderes, o de la seguridad jurídica implícita en el efecto de la cosa juzgada, y frente a ese interés, el otro interés público a la prestación o mantenimiento de la continuidad de los servicios públicos, cuya efectiva prestación puede corresponder también a derechos fundamentales, tales como la libertad de circulación... ¿Cómo actuará el ordenamiento jurídico ante esta situación? ¿Hará que prevalezca la seguridad jurídica y decretan el inexorable cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, o admitirá que, en casos excepcionales, la eficacia de la sentencia puede quedar eliminada por esos otros intereses público? La segunda solución es la que ha prevalecido en el sistema de la L.J.C.A. de 1956 a través del sistema de suspensión o inejecución de sentencia regulado en el art. 105 a que se ha hecho referencia al exponer la regulación actual de la ejecución de la sentencia, y en el introducido por la L.O.P.J. de 1985, a través del art. 18.2. Existen además leyes sectoriales que contemplan

supuestos similares. De este tenor era el art. 228 de la Ley del Suelo vigente desde 1975, y en que se preveía que la Comisión Provincial de Urbanismo podía imponer, por razones de interés público, la conservación de una obra de urbanización cuya demolición se hubiere decretado por sentencia.

D) El art. 18.2 de la L.O.P.J.: la expropiación de derechos reconocidos en sentencia firme

Conviene detenernos en este precepto, en el que está previsto:

a) La sustitución de la ejecución en sus propios términos de la sentencia por una indemnización, cuando la prestación reconocida en la sentencia sea de imposible ejecución.

b) La expropiación de los derechos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme, cuando el Gobierno declare de utilidad pública o interés social tal expropiación.

Desde la aparición de este precepto en 1985, se ha suscitado el problema de la relación entre los supuestos del citado art. 18.2, L.O.P.J., y los de los arts. 105 y 107 de la L.J.C.A. Un sector importante de la doctrina ha entendido que aquéllos no derogan a éstos, sino que los refuerzan o potencian, y que se trata de casos distintos y complementarios.

El Consejo de Estado, en el antes citado dictamen de 23 de diciembre de 1986, estableció que se trata de instituciones diversas, y de que la previsión del art. 18.2 L.O.P.J., tiene un sentido de generalidad que no se ciñe sólo al proceso contencioso-administrativo. Que la relación entre ese precepto y el art. 105 L.J., es de lo general a lo especial, no debiéndose entender producido un efecto derogatorio por el posterior en el tiempo.

Ya se ha dicho también que el TC. ha declarado que es constitucional sustituir por razones atendibles la ejecución en los términos previstos en la sentencia por una indemnización, pero no se ha pronunciado sobre si el mecanismo legal previsto en la L.O.P.J., de expropiación es el único atendible, o si también puede estarse al de la L.J.C.A.

En general la postura dominante en la doctrina es contraria al nuevo precepto de la L.O.P.J., que ha sido criticado al ser difícilmente defendible la aplicación de la sustitución por expropiación a lo reconocido en una sentencia civil, en que están alejados los intereses públicos, o incluso a una sentencia laboral, dado que la L.O.P.J., no distingue. Incluso se ha dudado de la constitucionalidad de la norma al

entender que es contraria al principio de reserva material de Ley, que deriva del art. 33 CE, en lo referente a la declaración de utilidad pública o interés social.

E) La dificultad práctica de que los Tribunales puedan abordar la materialidad de la ejecución por sustitución del órgano administrativo

La actividad administrativa a desarrollar para el cumplimiento de las sentencias de condena procedentes del orden jurisdiccional contencioso-administrativo puede exigir una actividad jurídica —otorgamiento de una autorización, convocatoria de un pleno municipal—, o además un hacer material —derribo de unas edificaciones, precintado de un establecimiento, construcción de una rampa de acceso para minusválidos...

La actividad de tipo jurídico parece, a primera vista, mas fácilmente sustituible por un acto jurisdiccional. Pero cuando se exija un hacer material las dificultades parecen insalvables. El órgano jurisdiccional, no puede con sus medios personales y materiales derribar lo mal construido, o construir lo omitido. Existen sin embargo obligaciones materiales de la Administración que es imaginable puedan ser asumidas por los Tribunales (así la entrega de documentos, denegada por la Administración es susceptible de sustitución mediante un registro judicial y actividad subsiguiente).

Además son pensables alternativas para que los Tribunales puedan realizar lo que no es directamente asumible, así el encargar a otra persona pública o privada, ajena al proceso que efectúe lo omitido por la Administración. Esa opción tiene reflejo legal en el art. 924, Lec... si el condenado no cumpliera en plazo legal, el Juez podrá ordenar «que se haga a su costa», precepto que puede relacionarse con el art. 110.2 L.J.C.A., entre las medidas a adoptar por el Tribunal, con audiencia de las partes, para la efectiva ejecución, así como con el art. 118, CE, en cuanto declara que es obligado —prestar la colaboración requerida por los Tribunales para cumplir las sentencias firmes, en ejecución de lo resuelto, y sin hacer distinciones entre personas públicas o privadas, en orden a esa obligación de colaboración.

Este deber de colaboración entre Administraciones, plantea el problema de si esa colaboración debe seguirse por el sistema de competencias legalmente predeterminado, o si incluso puede realizarse al margen de ese sistema ordinario de distribución competencial. El TC., en

la sentencia 167/1987, ha resuelto en sentido positivo ese dilema, o sea en el sentido ampliatorio.

Respecto a la ejecución material por medio de otro, ha dado lugar a lo que en Derecho Comparado se ha llamado sistema de ejecución por comisario judicial, que viene a actuar en calidad de agente comisionado del Tribunal, y bajo un severo régimen de responsabilidad personal. Puede serlo tanto un particular, un funcionario, como una Administración colegial distinta de la condenada.

Esta técnica no es desconocida en nuestro Derecho. El ya citado auto del Tribunal Supremo, 11 de Marzo de 1986 encomendaba al Secretario del Ayuntamiento la ejecución de las actuaciones en nombre del Tribunal —la convocatoria del pleno municipal—. Los trabajos doctrinales especializados, al tratar el tema recogen un auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, de 27 de Julio de 1994, en el que para posibilitar la efectividad de la repetición de un proceso electoral para la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Diplomados, se comisionó al Director General de Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña, para que, como comisionado de ese TSJ presidiera la Mesa y se encargara de la dirección y vigilancia del proceso electoral, estando expresamente facultado para resolver cuantas incidencias se plantearan.

VI. Objeciones a la ejecución judicial

1. VIABILIDAD PRÁCTICA

Todas las consideraciones que se han hecho acerca de la conveniencia de la intervención judicial en la ejecución de sentencias en que la Administración haya sido condenada a prestaciones de hacer, derivan de su traducción a la realidad que ha llevado a algunos a sostener que, aún reconociendo su indudable justificación en el plano del Derecho y de la efectividad teórica de los derechos fundamentales de los particulares, sin embargo carecen de operatividad práctica. Al respecto se han expuesto las siguientes razones: 1) Carencia de medios de la Administración de Justicia incluyendo entre los mismos tanto los humanos, como los materiales o presupuestarios. Se ha dicho, con razón, que cargar a los Tribunales Contencioso-Administrativo con nuevas tareas procesales en su actual estado de lentitud y funcionamiento, podría no servir para mejorar la ejecución forzosa de las sentencias de ese orden jurisdiccional.

2) Falta de arraigo en la práctica judicial. La técnica de la ejecución por comisario o la búsqueda de colaboración de otras Administraciones, distintas a la condenada, carecen de tradición en la práctica judicial y de respaldo legislativo claro en el que apoyar la exigencia de responsabilidad al comisario desleal o a la Administración reacia a la colaboración.

3) Legislación procesal vigente. Ni la L.J.C.A., ni la L.E.C, están especialmente adaptadas para apoyar la inmediata aplicación de las nuevas técnicas. Quiérase, o, no en aquellas permanece vigente el art. 103, que presta protagonismo a la Administración condenada a quien se reconoce una posición legal privilegiada como participe de la soberanía. La LEC, en los arts. 924 y siguientes, que regulan la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer, presenta una regulación muy escasa, al no precisar cual es el alcance de la función del órgano judicial, ni cuales las medidas concretas a adoptar. Además permanecen vigentes otros preceptos que dificultaran la adopción de medidas efectivas tales como los que, incluso en sede constitucional, impone la intangibilidad del dominio público o de los comunales —art. 132.1. CE—, igualmente los que derivan de la legalidad presupuestaria, o de la intervención y contabilidad de los fondos públicos.

2. PROTAGONISMO JUDICIAL

Un sector doctrinal critica los inconvenientes que derivan de la judicialización de la vía administrativa y la incidencia que la misma ha de producir en el equilibrio de los poderes, diseñado por la Constitución.

Desde esta perspectiva se ha expuesto que un control judicial de la ejecución de sentencias de condena contra la Administración, si es exagerado, podría incidir sobre la efectividad de los servicios públicos, pues la Administración prestataria habría de actuar bajo sospecha permanentemente, y, por ello, de modo mas temeroso, lento e ineficaz, pues sabría que la censura judicial sería severa y costosa. Perdería capacidad decisoria, e iniciativas para cumplir los fines legalmente encomendados. Se caería en el decisionismo judicial o, al menos existiría ese peligro con los consiguientes inconvenientes ante Jueces excesivamente celosos por preservar los derechos de los ciudadanos litigantes.

El problema presenta incluso implicaciones políticas. Algunos componentes de la Carrera Judicial han llegado a sostener que la posición constitucional del Juez, exige una mayor imbricación social del

Juez al desarrollar su función, y una praxis judicial alternativa para superar la constitutiva desigualdad e injusticia del sistema capitalista.

No debe olvidarse, el problema de la formación técnica de los Jueces y Magistrados. Se ha destacado la necesidad de que en la materia contencioso-administrativa en general, se hace precisa una intensa especialización que no se garantiza con el actual sistema de recluta de Jueces en que proliferan los que acceden por sustitución, concurso o mera contratación temporal, sin suficiente fiscalización o control de conocimientos especializados contencioso-administrativos, que ni siquiera se garantizan en la oposición general de ingreso a la Carrera Judicial. Es cierto que la gravedad del problema queda, en parte, matizada en los Tribunales Colegiados en que, por ley, se exige la participación de Magistrados que acceden mediante pruebas de especialización. Pero el problema cobra toda su relevancia ante el anuncio legal de la existencia de Juzgados unipersonales de lo Contencioso-Administrativo.

Se ha hablado también de la mentalidad judicial, un conocido autor alude a la escasa tenacidad y desfallecimiento que se observa en los Tribunales de la J.C.A., cuando se enfrentan a incidentes en fase de ejecución forzosa de sentencias. Un cualificado miembro de la Carrera Judicial, ha sostenido que mientras el proceso de ejecución, no tenga el mismo tratamiento que el de cognición, el interés de los Jueces por él será, en general, el que se otorga a las meras cuestiones de trámite. No es de extrañar que el término usual para denominar esas incidencias ejecutivas sea el peyorativo «cascotes».

3. INTERVENCIÓN JUDICIAL EJECUTIVA Y BUENA ADMINISTRACIÓN

No debe olvidarse que la mejora de los derechos de los ciudadanos en la fase de ejecución de sentencias de condena contra la Administración, y la contribución a la eficacia de los servicios que presta la Administración, difícilmente podrá encontrar una solución óptima mediante la intervención judicial en la ejecución, particularmente, si ha de efectuarse por vía de sustitución, porque la función constitucional y la que corresponde por sus propias características a los Tribunales, no es la de prestar servicios públicos, en forma subsidiaria, ni la de contribuir a la consecución de objetivos político-administrativos. La solución judicial, al menos institucionalmente, ha de ser primariamente, de fiscalización y control de legalidad. La intervención por sustitución, tomando, en casos extremos el lugar de la Administración, no deja de ser patológica, e indeseable en el buen orden de las instituciones.

El remedio general para la correcta efectividad de la actuación administrativa, no es hacer intervenir a los Jueces, o mejorar la calidad técnica de los que intervengan, sino tener buenas instituciones administrativas. Los Jueces no pueden llenar las expectativas que los medios de comunicación acentúan, de dar a los ciudadanos aquello que esperan de la Administración, porque lisa y llanamente, eso excede de sus posibilidades.

El control judicial, es por esencia de legalidad y de anulación de actos administrativos contrarios a Derecho.

El contencioso de ejecución forzosa debería ser secundario y marginal. Ello sería prueba de que las sentencias se cumplen diligentemente por la Administración, o lo que es mejor, de que como la Administración funciona correctamente, no entra en litigio con los ciudadanos, y no hay sentencias de que deriven la necesidad de ejecución.

En los países anglosajones y europeos avanzados y con democracia asentadas y administraciones bien organizadas, el proceso de ejecución forzosa contra la Administración apenas tiene reflejo doctrinal.

VII. El anteproyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1996 y la ejecución de sentencia

El anteproyecto dedica los arts. 98 a 108 a la ejecución de sentencias. Es fiel a los mandatos de los arts. 117 y 118 de la CE y a las concreciones jurisprudenciales sobre el derecho fundamental a la ejecución, como aspecto de la tutela judicial efectiva, sobre todo de la sentada por el TC. También recoge modulaciones ya aceptadas por el TS. y la doctrina científica.

1. SÍNTESIS DEL SISTEMA

El Art. 98 proclama en concordancia con los citados preceptos de la CE, que la potestad de ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales de este orden jurisdiccional, estableciendo además el deber de colaboración de las partes y, en general, de todas las personas y entidades públicas y privadas, en la forma que requieran los Tribunales, para la debida ejecución de lo resuelto. El precepto además sanciona con nulidad de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias y los que se dicten para eludir su cumplimiento.

La tramitación a la que se remite la norma para el enjuiciamiento de esa invalidez, es la de un incidente con regulación singular, siendo el propio juez a quien corresponde la ejecución de la sentencia el competente para la declaración de nulidad, salvo que careciere de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley J.C.A.

Se observa que hay una sustancial diferencia si se compara este precepto con el antiguo 103 L.J.C.A. de 1956. Antes era la Administración la que tenía el protagonismo, la potestad de la ejecución de la sentencia contra ella, o, incluso en su favor pronunciada. En el anteproyecto la asumen los Jueces y Tribunales. La Administración siguiendo la línea jurisprudencial manifestada en el punto 4.1 de esta exposición, pasa a mera obligada al cumplimiento.

Se aborda la posibilidad de que el Tribunal pueda requerir a otras personas públicas, para que presten la necesaria colaboración, pero no dice nada el anteproyecto sobre si la colaboración interadministrativa deberá ajustarse, o, no a las reglas ordinarias de procedimiento y competencia.

Se toma postura acerca de la naturaleza de la ejecución, que corresponderá exclusivamente a los Jueces, de modo que las incidencias serán por ellos conocidas, mediante un procedimiento incidental simplificado.

El art. 99 del anteproyecto contiene, en síntesis, la concesión de un plazo de cumplimiento voluntario de la sentencia, para que dentro del mismo la Administración adopte las medidas de ejecución forzosa que considere oportunas para el cumplimiento del fallo.

Se impone al final, la necesidad de que comunique «la persona responsable del cumplimiento del fallo».

Salvo en este último particular, el precepto recuerda al art. 104 de la L.J.C.A. de 1956.

El art. 100 del anteproyecto se refiere a la suspensión e inexecución. Aquí se introducen grandes novedades sobre la regulación anterior. En el apartado 1.º se establece que no podrá suspenderse el cumplimiento, ni declararse la inexecución total o parcial del fallo. El párrafo 2º regula la imposibilidad material o legal de ejecución, en cuyo caso, de estimarlo así el órgano jurisdiccional, previa manifestación efectuada por el representante procesal de la Administración, procederá el Juez a la adopción de las medidas conducentes a la mayor efectividad de la ejecutoria «fijando la indemnización que proceda, por la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno».

Se aparta, pues del anterior art. 107 L.J.C.A. de 1956, en cuanto a la legitimación para promover esta incidencia, aquí es mucho mas amplia, al no estar ahora limitado al Abogado del Estado.

En el apartado 3º de este art. 100, se prevé la posibilidad de expropiar «los derechos e intereses legítimos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme...».

El anteproyecto señala como «únicas causas» de utilidad pública e interés social para expropiar, el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional. Sigue el anteproyecto diciendo que la declaración de concurrencia de una de esas causas, lo hará el «Gobierno de la Nación», y que el Juez o Tribunal a quien competa la ejecución señalará, por el trámite de los incidentes la correspondiente indemnización. Hay, pues grandes diferencias en la antigua regulación de los arts. 105 y 106 de la L.J.C.A. de 1956. El anteproyecto se ajusta al art. 18.2 L.O.P.J.. Llama la atención que el «justiprecio» expropiatorio, se fija al margen del sistema de la LEF; aquí por el Juez, por los trámites de los incidentes.

El art. 101, del anteproyecto se refiere a las condenas a la Administración al pago de cantidad líquida. Se dispone al efecto el cobro del crédito con cargo al presupuesto y se prevé la posibilidad de que sea necesaria que la Administración realice incluso «modificación presupuestaria», fijándose un plazo de tres meses para la conclusión del procedimiento correspondiente.

Hay múltiples previsiones de pago de intereses moratorios, así el interés legal del dinero si la Administración no paga dentro de los tres meses siguientes a la comunicación de la sentencia firme. Interés que podrá incrementarse en dos puntos, si se aprecia falta de diligencia en el cumplimiento forzoso.

En el apartado 4, del art. 101 del Anteproyecto se regula la posibilidad de ejecutar la sentencia en la forma menos gravosa para la Administración, si el pago de la cantidad hubiera de causar grave trastorno a la Hacienda. El Juez a propuesta de la Administración, y oídas las partes, resolverá lo que procede. El precepto corresponde al art. 105.p.3 y 4 de la L.J.C.A., 1956.

El art. 102 del Anteproyecto regula la inscripción en los Registros Públicos o la publicación en periódicos públicos o privados, a instancia de parte, de la sentencia que anulase total o parcialmente el acto impugnado.

El artículo 103 del Anteproyecto contiene la regulación de las sentencias que condene a la Administración «a realizar una determinada actividad o a dictar un acto».

Se permite al Juez, en estos casos de condena a obligaciones de hacer, que puede: a) «ejecutar la sentencia a través de sus propios

medios o requiriendo la colaboración de autoridades y agentes de la Administración condenada, o, en su defecto, de otras Administraciones Públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto».

b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.

Se recogen pues, todos los avances difundidos por la doctrina para dar efectividad a las condenas de hacer contra la Administración.

El artículo 104 del Anteproyecto regula la promoción de incidente a instancia de la Administración o de las demás partes procesales, y personas afectadas por el fallo, para decidir, sin contradecir el fallo, cuantas cuestiones se plantea en la ejecución, en tanto no conste la total ejecución de la sentencia. Dice el precepto, especialmente lo siguiente:

a) Órgano administrativo que ha de responsabilizarse de las actuaciones.

b) Plazo necesario del cumplimiento. c) Medios con que ha de llevarse a cabo y procedimiento a seguir.

Se regulan los tramites procesales de esta singular incidencia y su resolución por auto.

El artículo 105 del Anteproyecto regula la ejecución en masa de los asuntos en materia de personal, o mejor la posibilidad de extender las sentencias firmes dictadas en materia de personal, a otras personas que no han sido parte, pero que se hallan en idéntica situación jurídica de los favorecidos por el fallo.

Fija el plazo de un año desde la última notificación a las partes. Y establece una minuciosa regulación del procedimiento, primero ante la Administración, y en caso de silencio, ante el Tribunal. Se prevé la desestimación del incidente si existiera cosa juzgada, o si la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postula, fuera contraria a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, o, en su caso de los Tribunales Superiores. Si se encuentra pendiente recurso de revisión, queda en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelve la revisión.

El art. 106 del anteproyecto, dispone que cuando se hubiera acordado suspender la tramitación del recurso con arreglo a lo dispuesto en el art. 36.2 —por estar pendientes ante el Juez o Tribunal una pluralidad de recursos con idéntico objeto, y haberse decretado la suspensión de los no acumulados, tramitando alguno con carácter preferente—, los recurrentes afectados por la suspensión puedan interesar del Juez o Tri-

bunal de la ejecución que extienda a su favor los efectos de la sentencia firme recaída en los recursos ya resueltos, con arreglo al precepto, en cuanto les fueran aplicables.

El artículo 107 del Anteproyecto prevé la posibilidad de que se adopten, previa audiencia de las partes y previo apercibimiento relativos a:

1) Multa coercitiva de 25.000 a 250.000 ptas a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplen los requerimientos del Juez o Tribunal. Reiterando esas multas hasta lograr la completa ejecución del fallo.

2) Deducir testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal a que hubiera lugar.

Por último el art. 108 del Anteproyecto, alude a la terminación de la controversia judicial por acuerdo entre las partes, que se regula en el artículo 75 del Anteproyecto.

El art. 108, dispone que si transcurriera el plazo fijado convencionalmente, sin que se hubiera dado cumplimiento a lo acordado, cualquiera de las partes podrá instar la ejecución forzosa del acuerdo.

En caso de no fijación de plazo, el Anteproyecto prevé el requerimiento de cumplimiento y pasados dos meses, la apertura de la ejecución forzosa.

3. BREVE JUICIO CRÍTICO DEL ANTEPROYECTO DE 1996 EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Desde luego la regulación en el Anteproyecto de 1996, de la ejecución de las sentencias dictadas por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, es una manifestación de la tendencia hacia la judicialización plena del sistema y de que se ha querido llevar a sus últimos extremos la idea de que el derecho a la ejecución de las sentencias, forma parte del de tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la Constitución.

Como se ha visto, el Anteproyecto recoge en este punto todas las posibilidades que para la ejecución de las sentencias dictadas contra la Administración, había ideado la doctrina o aplicado excepcionalmente los Tribunales Contenciosos.

Aparte del cumplimiento voluntario, se recogen como formas de cumplimiento forzoso, la realización por el propio Tribunal, por sí o reclamando la colaboración de otras entidades públicas o privadas, de las sentencias que condenaron a la Administración a realizar una deter-

minada actividad o a dictar un acto —art. 103—. Igualmente la ejecución por vía subsidiaria con cargo a la Administración condenada —en ese mismo artículo—. Se mantiene la posibilidad de exigir responsabilidad penal al funcionario culpable del incumplimiento —dice el art. 107, que pudiera corresponder.

Pero pueden hacerse algunas objeciones al sistema previsto. La primera la de si en general, puede esperarse que, en materia de ejecución por sustitución, el sistema alcanzará efectividad práctica, 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 se les confieren. Desde luego se echa de menos el que no se anuncie simultáneamente a la vigencia de la nueva ley, una reforma de plantilla que aumente el número de los componentes de los Tribunales, o quizá la previsión, en las grandes ciudades, de unos Juzgados y Salas especiales que se encarguen específicamente del tema de la ejecución de las sentencias.

Aparte de ello cabe hacer notar alguna circunstancia que en la regulación propuesta podría ser aclarada. Así, es problemático determinar a que se refiere el art. 100,2, cuando habla de la posibilidad legal de que expropian «intereses legítimos» reconocidos en sentencia cuando la L.E.F., en su art. 1º habla de intereses patrimoniales legítimos.

En el art. 101 p 3 se prevé el incremento del interés legal en dos puntos, a devengar a cargo de la Administración, si se aprecia falta de diligencia en la ejecución forzosa en el pago de cantidad líquida. Parece un poco duro ese efecto para la Administración, si no se acredita algo más que la falta de diligencia.

La regulación de la extensión a terceros, de los fallos de las sentencias de personal —del art. 105— también es problemática....¿por qué no extender ese sistema a las sentencias dictadas en otras materias, en que se contengan declaraciones de restablecimiento de situaciones individualizadas, susceptibles de ser generalizadas?

Afortunadamente para los componentes de los Tribunales Contencioso-Administrativos, la Ley no ha previsto esa extensión.

La previsión legal posiblemente iniciará una práctica nociva, bastante frecuente en materia de personal y en la laboral, los llamados recursos sondas en múltiples Salas de diferentes Tribunales Superiores, para una vez obtenida alguna sentencia favorable, presentar reclamaciones expansivas sobre el asunto.

Se echa de menos una referencia, como causa de desestimación, a la pluralidad de fallos contrarios en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Volviendo a la ejecución por sustitución —art. 103— de las sentencias que condenaran a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto.

¿Comprende ese precepto las sentencias consecuencia de recursos contencioso-administrativos cuyo objeto haya estado constituido por una inactividad de la Administración a que se alude en el p. 2 del art. 24 del Anteproyecto?. ¿Y si la inactividad se refiere a que no se dictó una disposición reglamentaria, cuando existía una previsión legal al respecto, a cumplir en determinado plazo?. La dicción literal del proyecto parece no dar respuesta al problema. Pero es de tener en cuenta que, en otros preceptos el propio Anteproyecto, se evita el problema —así el art. 69, declara que si la sentencia estimare el recurso contencioso-administrativo....2—. No podrán los Jueces determinar la forma en que habrán de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularan. Tampoco podrán determinar el contenido discrecional de los artículos anulados, salvo que, como consecuencia de la anulación, solo sea posible una única solución y exista en los autos base para ello.

A modo de conclusión, creo que si se materializa el Anteproyecto en los términos en que viene dado, serán múltiples los problemas cuya resolución se encomienda a la prudencia de los Tribunales.

Personalmente me produce desazón que no se haya mantenido, con mínimas matizaciones el sistema de la para mi admirable Ley J.C.A. de 1956, que pienso, que en esta materia, también daba respuesta suficiente a las exigencias impuestas por la Constitución si se considera que el art. 24 de la Constitución, juega en favor de las dos partes procesales enfrentadas, es decir, tanto del particular vencedor, como de la Administración, en su caso condenada, y que en el interés público defendido por la Administración, está concernido el de los particulares en cuyo favor se cumple el servicio o se afectúa la función de la que deriva el acto o Disposición recurrida.

CLAUSURA DEL CURSO

EXCMA. SRA. D.^A MARGARITA MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN*

Ministra de Justicia

Excelentísimas e Ilustrísimas autoridades, señoras y señores:

Para la Ministra de Justicia es un verdadero honor comparecer esta tarde en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, porque en ella toman asiento personalidades que han servido y sirven a España de manera extraordinaria en el orden filosófico, social, jurídico, político o económico.

Mis primeras palabras quiero que sean de homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Sánchez Agesta, Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales, Académico de esta Casa, cuyo fallecimiento en días pasados todos lamentamos, y cuya contribución a la Universidad y a la Ciencia Política durante medio siglo merece el mayor elogio.

Habéis tenido la encomiable iniciativa de organizar un curso sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el que han participado catedráticos y magistrados, aportando su experiencia y sabiduría algunos de los más grandes maestros del Derecho Administrativo español.

En estas cuatro jornadas se han estudiado los aspectos fundamentales de la Ley: la organización de este orden jurisdiccional, el control del acto político, las partes, el objeto, el procedimiento, los recursos, las medidas cautelares y la ejecución.

Cumplimentados los trámites de la promoción legislativa intragubernamental, el Consejo de Ministros del día 13 de diciembre de 1996 informó el anteproyecto de ley que, remitido inmediatamente al Con-

* Jueves, 10 de abril.

sejo General del Poder Judicial, ha sido dictaminado el 19 de febrero pasado. Enviado el texto a continuación al Consejo de Estado, la recepción de su dictamen dejará expedita la vía para presentar al Consejo de Ministros el texto que ingresará en las Cortes.

Sin perjuicio de los perfeccionamientos técnicos de que toda ley es susceptible, a los que el Ministerio de Justicia está abierto, y de la diversidad de opiniones propia de todo análisis jurídico, hay un *prius* en toda norma: el propósito, el contenido de la voluntad que subyace a su presentación, lo que algunos vienen en denominar la filosofía de la ley; sencillamente, lo que se pretende.

En esta norma hay una continuidad histórica. Porque si la Ley de 1956 significó un avance cualitativo verdaderamente trascendental en el control de la Administración Pública, la que espero sea Ley de 1997 —o, a lo sumo, de 1998, en función de la duración de la tramitación parlamentaria— asumiendo la mejor tradición garantista española, quiere ser un paso adelante en la jurisdiccionalidad de las decisiones del Poder.

La Constitución Española, con acierto, refuerza el Poder Judicial en el sistema de poderes, precisamente en consideración a nuestra Historia. Cuando, en ocasiones, se oyen voces que predicán inmunidades para el Ejecutivo, quiero reiterar en este foro que el Gobierno no quiere territorios exentos del control Jurisdiccional.

En el año judicial 1975-76 se resolvieron en España 15.672 asuntos de lo contencioso. En 1995, y sin que la población española hubiera aumentado sustancialmente, 103.967. De 15.000 a 103.000 al año, con similar población. Sin embargo, quedaron pendientes de resolver 244.173.

Dicho de otro modo: en las últimas dos décadas, el esfuerzo del Estado y de los jueces se ha multiplicado por 6, mientras que la demanda de justicia administrativa se ha multiplicado por 22.

La necesidad de elaborar una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa está presente desde la aprobación de la Constitución. En efecto, la nueva estructura administrativa del Estado, los cambios sociales, con un extraordinario incremento de la litigiosidad administrativa, y las exigencias jurídicas de la propia Constitución (artículos 24, 103.1 y 106.1), aconsejaban un nuevo texto procesal regulador de este orden jurisdiccional, que sustituyera a la Ley de 1956, parcialmente reformada en diversas ocasiones; por Ley de 30 de abril de 1992, se introduce la casación en lo contencioso.

El Anteproyecto de Ley —texto no cerrado, pues, frente a cualquier doctrinarismo, nos mueve el propósito de ver aprobada la mejor ley

posible— tiene muy en cuenta el dictamen de la ponencia del Congreso publicado el 3 de enero de 1996, en cuanto que es fruto de un amplio consenso de los Grupos Parlamentarios, pero no renuncia, como no podía ser de otra forma, a proponer innovaciones que constituyen sustanciales modificaciones en relación a aquel texto.

Así, y a título meramente indicativo, el artículo 2.e) del Anteproyecto declara que todos los actos del Gobierno son controlables por los jueces «cualquiera que fuese su naturaleza». Un juez, y sólo un juez, debe decidir si existen o no elementos jurídicos en un acto gubernamental. El texto consagra legislativamente la jurisprudencia más avanzada e impide de raíz cualquier retroceso hacia fórmulas del pasado.

Quisiera destacar que en materia de medidas cautelares es tradicional la crítica sobre la insuficiencia.

En efecto, la suspensión de la ejecución del acto objeto del recurso no es una medida suficiente para un proceso administrativo moderno.

Por ello, se regula en los artículos 129 a 132 del Anteproyecto lo que con toda propiedad podríamos denominar el establecimiento de un sistema de medidas cautelares innominadas en el proceso administrativo español, sistema formulado en los términos más amplios. El Juez o Tribunal ordenará las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias, incluido en su caso el aseguramiento o regulación provisional de aquellos derechos o facultades controvertidos cuya naturaleza lo permita.

En cuanto al orden jurisdiccional, puede destacarse como contenido del Anteproyecto la modernización del concepto de Administración Pública, cuya actuación es impugnabile; la regulación de la competencia objetiva de los juzgados de lo contencioso-administrativo; la atribución de la cláusula de competencia residual en favor de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas; y, como novedad, el establecimiento de la competencia objetiva de un nuevo órgano, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo que, con jurisdicción en toda España, reforzarán este orden jurisdiccional.

En cuanto al procedimiento ordinario, que es único, se regulan como diligencias preliminares, la declaración de lesividad y el requerimiento previo; se mantiene el carácter predominantemente escrito del procedimiento, con la estructura de escrito de interposición, reclamación del expediente administrativo (con multas coercitivas en caso de no remisión), trámite de admisión del recurso, demanda, alegaciones previas a la contestación, contestación, prueba, conclusiones y senten-

cia. No descartamos, sin embargo, seguir reflexionando, sea en esta fase, sea en la tramitación parlamentaria, sobre la conveniencia o no de introducir la oralidad en algunos casos, sobre lo que hay divisiones en la doctrina. Como recursos, se establecen los de súplica, queja, apelación (lo que supone la reinstauración de este recurso, suprimido en 1992, en lo contencioso), casación ordinaria, casación para la unificación de doctrina, recurso especial autonómico para unificación de doctrina y revisión.

Se establece, también, un recurso de casación ordinario en materia de personal cuando se vean afectados amplios colectivos.

En cuanto a ejecución, creo que son sensibles las innovaciones, formuladas desde una perspectiva garantista.

Como procedimientos especiales, se establece el de protección de los derechos fundamentales, la cuestión de ilegalidad y el procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos.

No hay verdadera reforma, en ningún campo, sin consignaciones presupuestarias que la respalden. La Memoria económica del Anteproyecto prevé 4.060 millones de pesetas en inversiones reales, 3.721 millones al año en gastos de personal y 1.419 millones al año en gastos corrientes en bienes y servicios.

Distinguidas autoridades, señoras y señores, concluyo: Agradezco la invitación que me habéis formulado para clausurar este curso y la generosa contribución que con él habéis hecho a la reforma.

Quiero transmitirlos, para terminar esta intervención, una idea final:

La reforma de la tutela judicial frente al Poder ejecutivo puede impulsarse para impedir o, por el contrario, para propiciar controles.

El Gobierno, sin la menor duda, quiere más poderes para los jueces y más poderes para los ciudadanos; sencillamente, porque es así como se profundiza con seriedad en el Estado de Derecho.

Reiterando mi gratitud, declaro clausurado el curso sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa que, dirigido por el Excmo. Sr. D. Jesús González Pérez, ha organizado la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.