

LA GARANTIA JURISDICCIONAL FRENTE A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA; A PROPOSITO DE LOS ARTICULOS 24 Y 104 DEL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCION *

POR

LUCIANO PAREJO ALFONSO

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema; la situación actual.*—II. *La garantía jurisdiccional en el Anteproyecto de Constitución.*—III. *La alternativa minoritaria al artículo 104; su clara superioridad:* 1. El ámbito material de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. 2. La efectividad del control judicial y el privilegio de la decisión ejecutoria.—IV. *Consideraciones finales.*

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA; LA SITUACIÓN ACTUAL

En nuestro Derecho vigente la garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa padece tres graves limitaciones: la ausencia de una cláusula general plena excluyente de cualesquiera inmunidad administrativa al poder judicial; el pretendido carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y el privilegio general e indiscriminado de la decisión ejecutoria.

Estas limitaciones tienen, ciertamente, una explicación histórico-política precisa, brillantemente expuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (en su conocida obra común *Curso de Derecho*

* Ya en imprenta el presente trabajo ha sido publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» del día 17 de abril de 1978 el texto definitivo de la Ponencia, elaborado a la vista de las enmiendas deducidas al Anteproyecto inicial. De los artículos aquí analizados—24.1 y 104—sólo el segundo de ellos ha sido modificado (pasando, además, a ser ahora el artículo 98), siendo su nueva redacción la siguiente: «1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican; 2. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.» En la medida en que esta nueva redacción del primitivo artículo 104 no altera sustancialmente—salvo la supresión de la precisión de que «toda» la actividad administrativa está sujeta a control jurisdiccional y la inclusión de la responsabilidad administrativa en el ámbito de lo contencioso-administrativo—el planteamiento de las cuestiones abordadas en el trabajo, se ha preferido dejar intacto el texto de éste.

administrativo, Ed. Civitas, dos tomos), cuyos ejes principales pueden situarse—teniendo en cuenta el carácter directamente tributario del modelo francés de la evolución de nuestro contencioso-administrativo—en torno a la peculiar interpretación dada al principio de separación de poderes por el inicial constitucionalismo francés, a las características específicas del tránsito del sistema de justicia retenida al de justicia delegada y al resultante formidable privilegio posicional de la Administración. La supervivencia actual de dichas limitaciones en sus términos tradicionales, una vez desaparecidas en su mayor parte las razones históricas y políticas que las sustentaban, constituye, sin embargo, un anacronismo que carece de justificación.

La plenitud de la garantía jurisdiccional no es hoy discutible, pues sin ella no existe Estado de Derecho. Es postulado esencial de éste, en efecto, el principio de legalidad, es decir, la sumisión total de la Administración a la Ley en amplio sentido (al bloque de la legalidad).

De otro lado, y como—partiendo de los trabajos de PARADA VÁZQUEZ y NIETO (1)—han puesto de relieve los autores antes citados, el supuesto principio del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, mantenido al hilo de la regla del *prealable*, constituye una pura inercia histórica y carece, además y a partir de la Ley de 27 de diciembre de 1956, de auténtica apoyatura en el Derecho positivo. En palabras de dichos autores, «el objeto del proceso contencioso-administrativo no es, pues, el acto previo, sino las pretensiones que se deduzcan en relación al mismo, según reza literalmente el artículo 1.º de la Ley. Son, pues, estas concretas pretensiones (que el legislador ha renunciado a clasificar rígidamente en los dos tipos formales de anulación y de plena jurisdicción, habituales en el Derecho francés, precisamente para evitar todo equívoco) las que contribuyen a delimitar los poderes del juez (*vid.* el artículo 43.1) y no el contenido del acto recurrido, que es sólo el pretexto (sustituible, además, por la técnica del silencio administrativo, como ya sabemos), que sirve para formular aquéllas y cuya función se agota en acreditar la existencia de una oposición expresa de la

(1) *Vid.* los trabajos de J. R. PARADA: *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, en el núm. 55 de esta REVISTA, y *Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, en el núm. 59 de esta REVISTA, y de A. NIETO: *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, en el núm. 50 de esta REVISTA, y *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, en el núm. 57 de esta REVISTA.

Administración a las mismas y de la consiguiente voluntad de formalizar el conflicto» (2).

Ciertamente que con la sanción constitucional de la cláusula general del control judicial de la Administración y la descalificación a dicho nivel del obsoleto principio del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-administrativa cabría entender satisfecha la exigencia de la plena garantía jurisdiccional.

Pero la garantía así instrumentada sería sólo formal. La permanencia inalterada—en sus términos actuales—del privilegio de la decisión ejecutoria, es decir, del principio general de la ejecutividad de los actos administrativos no obstante su formal impugnación, de modo que la suspensión de sus efectos constituye la excepción y requiere un pronunciamiento expreso (administrativo o judicial) sólo posible en caso de la concurrencia de daños de imposible o difícil reparación, implicaría, en efecto, una limitación material de la garantía jurisdiccional, al poner en peligro su eficacia real, que no otro es el efecto actual del comentado privilegio. El ciudadano que impugna un acto administrativo que lesiona su esfera de derechos o intereses lo que persigue realmente es la integridad de dicha esfera; la indemnización sustitutoria del bien de que ha sido definitivamente privado es, pues, sólo un remedio en último extremo. Por ello, si entretanto se sustancia y resuelve el conflicto en vía administrativa o judicial, la Administración puede, por principio y como regla general, consumir el acto cuestionado, el eventual reconocimiento final del carácter ilegal de la citada lesión será siempre para el particular una victoria pírrica.

La importancia del tema es, al día de hoy, de primera magnitud. Para comprenderlo basta tener presente las posibilidades prácticamente universales de actuación de la Administración contemporánea. La relación actual Administración-ciudadano es tan estrecha y amplia que demanda la puesta en cuestión del privilegio de la decisión ejecutoria, tal como éste viene siendo entendido. El administrado ya no es súbdito, sino ciudadano (al que se reconoce una esfera de libertad básica que debe ser respetada por el Estado) y, además, ciudadano participante cada vez en mayor medida en funciones públicas. Así, el replanteamiento del privilegio comentado no sólo aparece necesario en relación con el ámbito de libertad garantizado consti-

(2) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, tomo 2, Ed. Civitas, Madrid, 1977, p. 482.

tucionalmente al ciudadano, es decir, en lo fundamental con las potestades de la policía de orden público, sino también para con respecto a la totalidad del resto de la actividad administrativa. Ante la magnitud y vastedad de ésta, en efecto, no parece posible continuar manteniendo invariable el principio general de que en toda ella el interés público exige siempre el inmediato sacrificio del derecho o interés privado sin esperar a la confirmación o anulación judicial del acto que concreta aquel interés.

II. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL EN EL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN

El texto del Anteproyecto de Constitución, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* número 44, del día 5 de enero del corriente, no sólo sanciona con carácter general la garantía jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de todo ciudadano, sino que se refiere expresamente a su específica manifestación con relación a la actividad de la Administración Pública.

En razón a esta específica referencia al control judicial de la Administración, la futura regulación constitucional adquiere un interés especialmente relevante, tanto por la trascendencia misma de la norma fundamental como por el curso que ha de imprimir a la legislación ordinaria reguladora de lo contencioso-administrativo, materia ésta en la que en nuestro país, hasta ahora y lamentablemente, la progresión ha sido siempre —en lo sustancial— obra de la Ley y no de la creación jurisprudencial.

La protección y garantía jurisdiccionales (lo que los alemanes llaman *Rechtsschutz*) se contiene en el artículo 24.1, que dispone:

Toda persona tiene derecho al acceso efectivo a los Tribunales para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

Y el control judicial de la Administración Pública se contempla en el artículo 104, que establece:

1. Toda la actividad de la Administración Pública está sometida al control jurisdiccional.

2. Los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento a los fines que la justifican.

Desde la perspectiva jurídico-pública que aquí interesa, la formulación general de la garantía jurisdiccional parece, desde luego, acertada.

De un lado, engloba todas las situaciones jurídicas susceptibles de merecer protección judicial: la titularidad de auténticos o típicos derechos subjetivos y la titularidad del más amplio círculo de intereses que componen el ámbito vital de la persona (el *Lebenskreis*).

Encuentra así respaldo constitucional la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA (3), superadora de la distinción entre ambas situaciones—cuya traducción procesal eran las acciones de plena jurisdicción y de mera anulación—por la vía del reconocimiento al particular simplemente titular de intereses legítimos de un verdadero derecho público subjetivo, cuya funcionalidad consiste precisamente en la salvaguardia de dichos intereses, al que califica—por contraposición a los derechos subjetivos típicos o activos—de «reaccional» o «impugnatorio». Tesis ésta que puede considerarse solventa los defectos e insuficiencias del vigente sistema de protección judicial en lo contencioso-administrativo, en cuanto distorsionado por una restrictiva aplicación e, incluso, deformación del requisito de la legitimación activa, denunciados lúcidamente por A. NIETO (4), al extender el acceso a los Tribunales a todos los particulares (sean o no «poseedores») y reducir la legitimación a su verdadero papel de cuestión de fondo, es decir, de requisito para la estimación de la pretensión. Pues, en efecto, al colocar el precepto del Anteproyecto constitucional en pie de igualdad ambas situaciones jurídicas del ciudadano cara al acceso a los Tribunales, su funcionalidad legitimadora de la petición y obtención de la tutela judicial ha de ser básicamente la misma. Y, en último término, la prohibición tajante de la situación de indefensión cierra perfectamente el sistema de cobertura resultante del reconocimiento pleno de la garantía jurisdiccional.

De otro lado, de la puesta en relación del comentado artículo 24.1 con el 104.1 del propio Anteproyecto de Constitución resulta la ple-

(3) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre los derechos públicos subjetivos*, «REDA», número 6.

(4) A. NIETO: *La discutible supervivencia del interés directo*, «REDA», núm. 12.

nitud de la garantía jurisdiccional también en el orden administrativo. Toda la actividad de la Administración Pública—dice este último—está sometida al control jurisdiccional. Se consagra, así, una verdadera cláusula general no susceptible de ser excepcionada por la legislación ordinaria y, por tanto, superadora de su formulación positiva actual—a este último nivel normativo—en el artículo 1.º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956 [en especial supone la inconstitucionalidad de las exclusiones singulares, por Ley, del control judicial, autorizadas por el artículo 40, f), de dicho texto legal]. Pues la puesta en marcha del control judicial de la actividad administrativa (y, recuérdese, de la totalidad de ésta, es decir, tanto de la normativa reglamentaria como de la productora de simples actos) debe entenderse legítima desde cualesquiera de las posiciones activas del administrado previstas en el artículo 24.1 del Anteproyecto.

Hasta aquí, pues, nada sustancial que oponer a la actual redacción del texto constitucional en anteproyecto: toda la actividad administrativa es justiciable y el control jurisdiccional puede ser accionado desde cualquiera de las situaciones jurídicas merecedoras, con carácter general, de tutela judicial.

Sin embargo, esta correcta configuración de la garantía jurisdiccional frente a la Administración quiebra en el punto crucial del ámbito y contenido de los poderes del juez. De acuerdo con el artículo 104.2, los Tribunales se limitan a controlar la legalidad de la actuación administrativa y su sometimiento a los fines que la justifican; formulación que parece encubrir una clara limitación del juez a la «revisión» *ex post* de la actividad administrativa, es decir, una configuración de lo contencioso-administrativo como proceso objetivo al «acto» emanado de la Administración, el contenido de cuyo acto condiciona los poderes del juez. Cuando menos, la redacción literal del precepto no sólo autoriza, sino que propicia decididamente esta interpretación. Por tanto, la prevista regulación constitucional constituye el marco adecuado no sólo para la subsistencia de la vinculación del proceso contencioso-administrativo a la regla del *preátable*, de la decisión previa, sino para una decidida proclividad al mantenimiento, en sus términos actuales, del privilegio de la decisión ejecutoria y de su correlativo, el efecto no suspensivo de los recursos.

En este punto, pues, el texto constitucional propuesto, lejos de representar un avance sobre la situación actual, significa una notoria

regresión para con respecto a la misma. La vigente Ley reguladora de lo contencioso-administrativo, según más atrás se ha dicho, supera la concepción revisora de la Jurisdicción, por más que la Jurisprudencia no haya extraído aún todas las consecuencias implícitas en el texto legal, y, además, autoriza pronunciamientos judiciales independientes, tales como los relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración—art. 3, b)—. Sobre ello, la Jurisprudencia ha consolidado la práctica de pronunciamientos de condena positiva a la Administración (de hacer o no hacer) más allá de los de declaración de ilegalidad y de anulación de los actos previstos por la Ley.

III. LA ALTERNATIVA MINORITARIA AL ARTÍCULO 104; SU CLARA SUPERIORIDAD

Al artículo 104 del Anteproyecto ha formulado el Partido Socialista Obrero Español un voto particular (publicado asimismo en el «Boletín Oficial de las Cortes» del 5 de enero del corriente) que propugna la sustitución del texto de la Ponencia por el siguiente:

1. Toda la actividad de la Administración Pública está sometida al control jurisdiccional plenario y efectivo.
2. Los Tribunales controlarán la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho y el servicio a los fines que justifican su actuación, declaran las responsabilidades patrimoniales por las lesiones injustas que su actividad ocasione a los ciudadanos y suplen la omisión de actividad de la Administración cuando tal actividad es legalmente obligada.

Por de pronto conviene advertir que, como se desprende de la simple lectura del texto transcrito, éste ni expresa una visión política partidista del tema, ni constituye una solución radicalmente nueva u original al mismo. Antes bien consiste en una formulación de gran rigor técnico en la línea de las exigencias más estrictas del Estado de Derecho y, como tal, de obligada aceptación y necesariamente común a cualesquiera posturas o corrientes ideológicas de signo democrático, que por demás recoge el estado de opinión de nuestra doctrina

administrativa más progresiva (5). Circunstancia ésta que desde luego sólo puede ser valorada como un importante mérito del texto propuesto.

La redacción alternativa que se pretende para el número 1 del artículo resalta ciertamente el carácter «plenario y efectivo» del control judicial de la actividad administrativa, única novedad que representa para con respecto al texto de la Ponencia.

La precisión de la plenitud de dicho control no puede considerarse en modo alguno una mejora o perfeccionamiento sustancial del texto presentado a las Cortes. En tanto que el precepto no tiene por objeto el ámbito material de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (al que se refiere el número 2 del artículo) el calificativo de «plenario» no añade nada al control judicial total prescrito en el artículo 104.1. Este bien debe considerarse redundante. Téngase en cuenta que, en el Anteproyecto, el artículo 104.1 no debe interpretarse ni aplicarse sino en relación con el artículo 24.1, en cuanto especificación para lo contencioso-administrativo del principio general de la garantía jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos establecido en este último. Pues bien, la «plenitud» del control judicial de la Administración resulta sin más de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas (derechos e intereses legítimos) merecedoras de protección, de la extensión de dicha tutela a toda la actividad administrativa y, por último, de la interdicción de la indefensión como mecanismo de cobertura final.

Por el contrario, a la exigencia de que el control judicial sea «efectivo» sí debe reconocérsele un contenido sustantivo propio, desatendido claramente en el texto de la Ponencia. Pues éste se detiene en el aspecto puramente formal de la tutela judicial, preocupándose únicamente de que ésta sea plena, es decir, alcance a la totalidad de la actividad administrativa, con olvido de que ello no basta dada la desigualdad posicional de las partes en conflicto en el contencioso-administrativo. Pero la trascendencia de esta aportación del voto particular sólo adquiere la totalidad de sus verdaderas proporciones desde la perspectiva de la configuración que del ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa hace dicho voto en el número 2 del propio artículo 104, por lo que se impone el estudio previo de éste.

(5) Véase el trabajo de A. NIETO: *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, en el núm. 37 de esta REVISTA.

1. *El ámbito material de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*

La verdadera importancia de la alternativa comentada radica desde luego en su formulación del ámbito de poder del juez en lo contencioso-administrativo. Al puro control de la legalidad del actuar administrativo—si bien matizado por la utilización como término de referencia, junto a la Ley, del Derecho—al que el Anteproyecto restringe las facultades jurisdiccionales, añade la declaración de las responsabilidades patrimoniales de la Administración y la suplencia de la omisión por ésta de la actividad legalmente debida. El voto particular, así, no sólo consolida la extensión hasta ahora adquirida por la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sino que imprime a ésta un nuevo y definitivo impulso. Pues la habilitación expresa al juez para pronunciar fallos que por sí mismos suplan la actividad administrativa cuando ésta, aun siendo obligada, no ha sido producida, significa cabalmente tanto la desvinculación del objeto del proceso contencioso-administrativo para con respecto al acto administrativo expreso o presunto—acto que pasa a quedar reducido a su verdadera función procesal de acreditación y formalización de la existencia de un conflicto entre ciudadano y Administración—como la recuperación por el juez administrativo de la plenitud de la potestad de ejecución de sus propios pronunciamientos (6). Pero supone aún más, toda vez que, aun en sus términos literales, dicha habilitación constitucional es lo suficientemente amplia para permitir incluso la formulación directa de pretensiones ante los Tribunales contencioso-administrativos sin necesidad de la formalización previa del conflicto correspondiente en vía administrativa, tal como ésta es hoy por hoy exigida. De esta forma puede decirse que la fórmula propugnada por el voto particular comentado situaría nuestro contencioso-administrativo en la línea ya ensayada con éxito por otros ordenamientos europeos y, singularmente, por el Derecho alemán (7).

(6) Sobre la deficiente situación actual de la ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo, *vid.* T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en el número 73 de esta REVISTA.

(7) Así como también en el Derecho anglosajón y, concretamente, en el ordenamiento norteamericano. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1948 (*Federal Administrative Procedure Act*), modificada parcial y sucesivamente en 1966, 1967 y 1974, prevé efectivamente—al igual que, como seguidamente veremos, hace el Derecho alemán—la posibilidad de que el administrado, ante el retraso (*delay*) por la Administración en resolver expresamente o la inactividad (*inaction*) de la

En Alemania, en efecto y con arreglo a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 21 de enero de 1960 (la *Verwaltungsgerichtsordnung*) —primera norma federal sobre la materia—, es admisible el ejercicio de determinadas acciones ante dicha Jurisdicción, sin que previamente el particular haya debido agotar la vía administrativa. Siguiendo a O. TSCHIRA y W. SCHMITT GLAESER (8) y prescindiendo de la acción de control de la actividad normativa (*Normenkontrollantrag*), puede establecerse el siguiente cuadro o esquema básico de acciones deducibles ante los Tribunales administrativos:

a) Acciones o demandas constitutivas (*Gestaltungsklagen*) y, entre ellas y como tipo fundamental, la acción de impugnación o anulación (*Anfechtungsklage*).

b) Acciones o demandas de condena (*Leistungsklagen*) y, entre ellas y como tipo básico, la acción de imposición (*Verpflichtungsklage*).

c) Acciones o demandas declarativas (*Feststellungsklagen*) (9).

El principio general —conforme al parágrafo 68 de la Ley— es desde luego el de que el agotamiento de la vía administrativa constituye requisito previo inexcusable para la admisibilidad de las demandas (especialmente por lo que respecta a la demanda de impugnación, que lo es siempre de un acto administrativo). Se entiende agotada la vía administrativa sólo una vez que la Administración ha tenido ocasión de reconsiderar la legalidad y oportunidad del acto administrativo dictado; ocasión que se concreta en un procedimiento previo al proceso contencioso-administrativo (*Vorverfahren*), el cual se reduce

misma, acuda directamente (es decir, sin previa formalización del conflicto en vía administrativa) al Tribunal, el cual —a su vez— está facultado para compeler a la Administración a la acción (condena positiva de hacer), cuando esta acción haya sido ilegalmente omitida o irrazonablemente retrasada. La sección 10(e) de dicha Ley dispone, en efecto y en relación con el fin de la revisión judicial (*scope of review*), textualmente que:

«The reviewing court shall

(1) compel agency action unlawfull withheld or unreasonably delayed; ...».

Esta regla vale incluso, según señala B. SCHWARTZ (*Administrative Law*, Ed. Little, Brown and Company, Boston-Toronto 1976, p. 613), en el caso de que la competencia administrativa de cuyo ejercicio se trate sea discrecional: «In addition, even where discretionary y power is concerned, the courts may provide a remedy against administrative inaction and direct an agency to exercise ist discretion in accordance with law».

(8) O. TSCHIRA y W. SCHMITT GLAESER: *Verwaltungsprozessrecht. Grundrissmit Systematik zur Fallbearbeitung*, Boorberg Verlag, 2.ª ed., Stuttgart, 1975, pp. 12 y ss.

(9) No es posible aquí entrar en mayores detalles sobre la compleja clasificación de las acciones en el Derecho alemán. Vid., sobre este extremo, A. NIERO: *La inactividad de la Administración...*, op. cit.

a la formalización por el particular de su oposición al acto (*Widerspruch*) y a la resolución estimatoria (*Abhilfe*) o desestimatoria (*Widerspruchsbescheid*) de la Administración sobre la misma. Como se ve, por tanto, este procedimiento juega en Derecho alemán el mismo papel que el binomio recurso de reposición-recurso de alzada desempeña en el nuestro, aunque sin la ilógica duplicidad de régimen a que da lugar este último.

Pues bien—en lo que aquí interesa y junto a otros tipos concretos de demandas—, el anterior principio general no rige para una variante específica de la demanda de imposición o *Verpflichtungsklage* conocida precisamente como *Untätigkeitsklage* o—en traducción literal—demanda por inactividad. Como señala K. OBERMAYER (10), se entiende por esta última demanda, conforme a la práctica procesal establecida, aquella a través de la cual se pretende la imposición o condena a la Administración del dictado del acto administrativo instado sin haber obtenido respuesta alguna en plazo prudencial. El párrafo 75 de la Ley federal citada se refiere a ella y dispone textualmente que:

En el caso de que, sin motivo suficiente para ello, no se haya resuelto sobre una oposición (*Widerspruch*) o sobre una petición de adopción de un acto administrativo, es admisible la demanda con excepción de lo prevenido en el párrafo 68 (que regula el procedimiento previo al contencioso antes comentado). La demanda no puede formularse antes de haber transcurrido tres meses desde la formalización de la oposición o, en su caso, desde la presentación de la petición, salvo que por circunstancias especiales del caso se imponga un plazo inferior. De existir una razón suficiente para que no se haya resuelto sobre la oposición o para que no se haya dictado el acto administrativo solicitado, el Tribunal suspende el proceso por el plazo que al efecto fije, que puede ser prorrogado. Si en el plazo señalado se estima la oposición o se dicta el acto administrativo, ha de tenerse por conclusa la cuestión principal.

(10) K. OBERMAYER: *Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts*, Boorberg Verlag, 2.ª ed., Stuttgart, 1964, pp. 235 y 236.

Por tanto, lo típico de la demanda por inactividad reside precisamente en que respecto de ella el procedimiento previo de formalización del conflicto con la Administración (*Vorverfahren*) no juega como requisito inexcusable de admisibilidad. Planteada una petición a la Administración para que realice una actividad legalmente debida y omitida ésta por aquélla, el administrado puede acudir directamente a los Tribunales una vez transcurrido el plazo legal de tres meses y aun antes si justifica que las características peculiares del caso imponen una mayor urgencia. La pretensión ejercitable es, según K. OBERMAYER (11), la de imposición o condena a la Administración del dictado de un acto administrativo *determinado* (en el caso de que el asunto esté maduro para su decisión —*spruchreif*—) o simplemente de la adopción de *un* acto administrativo (en el caso de que el asunto no esté maduro para su decisión). En efecto, el párrafo 113 de la Ley federal, que regula el contenido de la Sentencia en los distintos supuestos, dispone en su párrafo 4.º:

Cuando la denegación o la omisión del acto administrativo sea disconforme a Derecho y el demandante haya sufrido por ello lesión en sus derechos, el Tribunal, si el asunto está maduro para la decisión, pronuncia la condena a la Administración de proceder a la actividad administrativa solicitada. En otro caso pronuncia la condena de resolver bajo la condición de la observancia de la opinión en Derecho (*Rechtsauffassung*) del Tribunal.

Como se ve, la suplencia por el juez de la inactividad administrativa que viene a autorizar el voto particular socialista abre la puerta a una regulación de nuestro proceso contencioso cuando menos tan progresiva como la alemana comentada.

2. *La efectividad del control judicial y el privilegio de la decisión ejecutoria*

Con carácter general puede considerarse bastante con la proclamación constitucional de la garantía de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, en cuanto lo normal es que las partes en conflicto se presenten ante el juez en

(11) K. OBERMAYER, *op. cit.*, p. 236.

situación de práctica igualdad posicional. El artículo 24.1 del Anteproyecto es, así, irreprochable. Sin embargo, en el conflicto ciudadano-Administración no concurre nunca, por ahora, dicha situación, toda vez que la Administración comparece ante el juez y es sometida a su control sin perjuicio de su potestad de ejecución extraprocesal del acto administrativo determinante del proceso; ejecución que sólo puede ser enervada a petición del recurrente en el supuesto excepcional (y desde luego aplicado como tal por la Jurisprudencia) de que de dicha ejecución se sigan daños o perjuicios de difícil o imposible reparación.

De esta forma, la garantía jurisdiccional contenida en el artículo 24.1 es, en su aplicación al campo administrativo, insuficiente, en cuanto sólo ofrece una cobertura formal a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Por ello es tan importante la precisión que al texto del artículo 104.1 del Anteproyecto hace el voto particular socialista, en el sentido de que el control judicial de la actividad administrativa ha de ser efectivo. Porque ciertamente no corresponde a la Constitución la resolución del problema comentado, pero sí sentar el principio que ha de inspirar la legislación ordinaria. Y es evidente que el texto de la Ponencia no ha de favorecer un cambio sustancial en el planteamiento actual de la cuestión, antes al contrario propicia el mantenimiento inalterado del privilegio posicional de la Administración.

De nuevo el ejemplo del Derecho alemán es clarificador, toda vez que la solución que consagra se apoya precisamente en la exigencia constitucional de efectividad de la garantía jurisdiccional. En la Ley federal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se establece, en efecto, la regla del efecto suspensivo del recurso contencioso y aún de la oposición al acto en el procedimiento previo en vía administrativa. Regla ésta que constituye una manifestación de la llamada protección judicial provisional (*vorläufiges Rechtsschutz*) y que encuentra su directo fundamento precisamente en el principio de la garantía jurisdiccional efectiva del ciudadano frente a la actividad administrativa proclamado en el artículo 19, párrafo 4.º de la Ley fundamental de Bonn. En palabras del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), transcritas por O. TSCHIRA y W. SCHMITT GLAESER (12), «el derecho constitucional de carácter procesal del ar-

(12) O. TSCHIRA y W. SCHMITT GLAESER, *op. cit.*, p. 124.

título 19, párrafo 4 G.G garantiza no sólo el derecho formal y la posibilidad teórica de acceder a los Tribunales, sino también la efectividad de la tutela judicial; el ciudadano tiene un derecho sustantivo a un control judicial eficaz. La importancia de la garantía jurisdiccional constitucional reside principalmente en suprimir la «autotutela» (*Selbstherrlichkeit*) del poder ejecutivo en la relación con el ciudadano... A ella le corresponde no sólo la función de someter todo acto del ejecutivo, que incida en los derechos del ciudadano, de forma total—es decir, tanto en sentido real como en el jurídico—al control judicial, sino también evitar en la mayor medida posible las decisiones irreparables, como las que pueden darse a través de la inmediata ejecución de una medida administrativa.»

Pues bien, como queda dicho, es con base en este principio constitucional que la Ley federal ha sancionado la regla general del carácter suspensivo de la impugnación formal del acto administrativo; regla que se contiene en su parágrafo 80, párrafo 1.º, conforme al cual la oposición (*Widerspruch*) y la demanda de impugnación (*Anfechtungsklage*) tienen efecto suspensivo, incluso respecto de los actos administrativos constitutivos (*rechtsgestaltenden Verwaltungsakten*).

E. EYERMANN y L. FRÖHLER (13) advierten que el efecto suspensivo alcanza por principio a la totalidad de los actos de gravamen (*beschwerende Verwaltungsakte*), incluso los de carácter constitutivo que, para su efectividad, no precisen de medida ejecutiva alguna. Pero, además, también ha de reconocerse dicho efecto para con respecto a actos, como los puramente declarativos, que—por su propia naturaleza—no sean siquiera susceptibles de ejecución. En opinión de los citados autores el efecto suspensivo, en lo que hace a estos actos constitutivos y declarativos no precisados de ejecución, implica la no eficacia de los mismos entretanto se decide sobre su legalidad.

Los actos administrativos favorables o declarativos de derechos (*begünstigende Verwaltungsakte*), cuando simultáneamente impongan un gravamen, tampoco están exentos de la eficacia suspensiva de su impugnación formal, al menos en lo que se refiere precisamente a su parte gravosa para el particular (con la sola salvedad del caso

(13) E. EYERMANN y L. FRÖHLER: *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, C. H. Beck Verlag, 5.ª ed., München, 1971, pp. 455 y 456.

en que deba entenderse racionalmente que la Administración no hubiera concedido el beneficio sin el gravamen). Idéntica solución se predica respecto de los actos enteramente declarativos de derechos, si de ellos se derivan perjuicios para un tercero. La excepción la constituyen los actos autorizatorios, cuya impugnación en ningún caso tiene efecto suspensivo. La justificación —siempre según los autores a los que se viene siguiendo— radica en que la finalidad de dicho efecto es la de impedir provisionalmente la lesión de posiciones jurídicas ya existentes por actos administrativos a pesar de la formal impugnación de éstos, sin que en modo alguno pueda pretenderse obtener a través de dicho mecanismo una también provisional ampliación o mejora de la propia posición jurídica. De ahí que el recurso contra actos dirigidos específicamente a desautorizar y hacer desaparecer situaciones fácticas creadas por los particulares (*angemasste Rechtspositionen*) carezca asimismo de toda eficacia suspensiva.

La suspensión de la ejecución del acto administrativo está, por tanto, conectada a su impugnación en vía administrativa (oposición) o judicial (demanda). Entretanto tiene lugar dicha impugnación el acto es desde luego ejecutivo y el administrado está obligado a prestarle observancia o cumplimiento. No obstante, la suspensión derivada de su posterior formal impugnación tiene eficacia retroactiva, de modo que aquélla tiene por consecuencia la privación *ex post* al acto de su eficacia desde el momento mismo de su dictado. Significa ello que la eventual ejecución comenzada como legítima en el período que media entre el dictado del acto y su impugnación, se torna ilegal desde su inicio a partir del momento en que esta última tiene lugar. La doctrina alemana justifica esta solución en principio un tanto sorprendente razonando que la Administración, caso que decida la ejecución de un acto antes de su firmeza, tiene que contar con su eventual suspensión y asume conscientemente, por tanto, el riesgo de su posterior ilegalidad.

El efecto suspensivo dura hasta la firmeza de la resolución administrativa de la oposición o, en su caso, de la Sentencia judicial.

La regla de la suspensión del acto por su sola impugnación tiene, sin embargo, las excepciones siguientes (parágrafo 80, núm. 2):

a) Cuando se trate de actos dirigidos a la recaudación de contribuciones (impuestos, tasas, etc.) o costas públicas.

b) Las órdenes o medidas inaplazables adoptadas por funcionarios ejecutivos de la Policía (14).

c) En los casos en que así se disponga por una Ley federal.

d) Cuando el órgano que haya dictado el acto o que sea competente para decidir sobre la oposición al mismo ordene la inmediata ejecución en razón al interés público o al interés preponderante de un interesado.

Queda claro, pues, que la regla comentada no constituye una cláusula general en que haya cristalizado rígidamente una determinada solución legal al problema de la efectividad de la garantía jurisdiccional. A la posibilidad de su derogación singular por Ley federal se suma su excepción en dos materias: contribuciones públicas y orden público. Pero, además, aun en el campo de su vigencia la Administración conserva siempre la facultad de evaluar en el caso concreto la tensión interés público-interés privado e imponer la inmediata ejecución del acto administrativo.

Interesa aquí especialmente esta última posibilidad, que otorga a la regla del efecto suspensivo una positiva flexibilidad (15). Aun cuando en principio la amplia habilitación legal en favor de la Administración pudiera hacer pensar en una potestad discrecional para decidir si se ejecuta o no un acto impugnado, la doctrina alemana aplica a la misma la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. Tesis ésta que encuentra sólido apoyo en la exigencia por el párrafo tercero del propio parágrafo 80 de motivación de la decisión de ejecución del acto—de modo que en caso de ausencia de dicha motiva-

(14) Según E. EYERMANN y L. FRÖHLER (*op. cit.*, pp. 465 y 466), este supuesto legal ha de entenderse reducido a la actividad ejecutiva de la policía administrativa o *Verwaltungspolizei*, en materias como la de sanidad, carreteras, aguas, montes, caza, construcción, etc. Y, además, debe circunscribirse a las decisiones adoptadas por la Policía en ejercicio de sus propias competencias, con exclusión de las tomadas en auxilio de otros órganos administrativos.

(15) Idéntica flexibilidad es predecible de la regulación en Derecho norteamericano de la suspensión de los actos administrativos caso de su impugnación. La Sección 10(d) de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo ya citada en nota 7, contempla dos supuestos. La propia Administración autora del acto, en primer término, puede posponer la ejecución de dicho acto durante la pendencia de su revisión judicial, cuando la justicia así lo requiera (*justice so requires*). El Tribunal revisor, en segundo lugar, está facultado para adoptar, con las condiciones y la extensión necesarias para evitar perjuicio irreparable (*to prevent irreparable injury*), las providencias adecuadas a posponer la efectiva ejecución del acto administrativo o a preservar la situación o los derechos (*to preserve status or rights*) del particular hasta la conclusión del proceso judicial.

ción se afirma la nulidad de dicha decisión (16)—y en la posibilidad en todo caso de la revisión judicial de su legalidad.

En todo caso, la eficacia de la orden de ejecución es siempre *ex nunc*, lo que se justifica precisamente en que una desmejora de la posición del recurrente como la que resultaría de la admisión del efecto *ex tunc* de aquella orden, sólo podría haber derivado de una expresa prescripción legal.

Contra la decisión administrativa de ejecución de un acto no cabe la interposición de recurso alguno propiamente dicho. Sin embargo, la posibilidad de petición de la suspensión de la ejecución tanto ante la propia Administración como ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, prevista en los párrafos 4.º y 5.º del parágrafo 80, cumple evidentemente una función sustitutoria del recurso. Esta posibilidad, como señalan EYERMANN y FRÖHLER (17), sólo juega en el caso de que la impugnación del acto carezca de efecto suspensivo o de que, aún habiéndola tenido, la haya perdido a consecuencia precisamente de una orden o decisión de ejecución, y, además, ha de entenderse lógicamente extensible —fundamentalmente por razones de economía procesal— al supuesto de que el efecto suspensivo de la impugnación ejercitada por el particular sea simplemente desconocido por parte de la Administración.

En el primer caso, es decir, el previsto en el párrafo 4.º del parágrafo 80, es al órgano competente para conocer de la oposición en vía administrativa al acto que se otorga la facultad —una vez formalizada dicha posición— de suspender la ejecución en cualesquiera de los supuestos de exclusión por el párrafo 2.º del mismo precepto legal del efecto suspensivo, salvo naturalmente que dicha exclusión derive directamente de una Ley federal en que ha de estarse a lo que ésta disponga. Y esta facultad de suspensión puede ser ejercitada tanto de oficio como a instancia de parte.

En el segundo caso, a saber, el recogido en el párrafo 5.º del parágrafo citado, es el Tribunal competente para conocer del recurso contencioso-administrativo contra el acto el que, esta vez siempre a instancia de parte, puede disponer la suspensión o restablecerla to-

(16) El propio párrafo 3.º del parágrafo 80 exime de la motivación a las medidas adoptadas en estado de necesidad para prevenir daños para la vida, la salud o la propiedad. E. EYERMANN y L. FRÖHLER (*op. cit.*, p. 468) excluyen, además, de la exigencia legal el supuesto en que la decisión de ejecución no tenga otro fundamento propio que el acto administrativo al que se refiera.

(17) E. EYERMANN y L. FRÖHLEX, *op. cit.*, p. 471.

tal o parcialmente. Como expresamente establece el precepto legal, la petición de suspensión puede ser deducida incluso antes de la presentación de la demanda.

El Tribunal puede disponer la suspensión incluso de los actos administrativos ya ejecutados, lo que equivale a la anulación (*Aufhebung*) de la ejecución; concepto éste que en la Ley no aparece claro. Según EYERMANN y FRÖHLER (18), por anulación de la ejecución debe entenderse no sólo la facultad de suprimir en lo futuro la persistencia de los actos continuados que sirven a la ejecución, sino también la de reposición de las cosas al estado que tenían antes de comenzarse la ejecución. El límite de la potestad del Tribunal radicaría, así, en la simple imposibilidad material de la reposición.

Las decisiones judiciales en esta materia, en fin, son inatacables, salvo que denieguen la suspensión. No obstante y de acuerdo con el párrafo 6.º del parágrafo 80 repetidamente citado, el Tribunal puede en cualquier momento—de oficio o a petición de parte—modificar o revocar dichas decisiones.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis crítico de las propuestas de regulación constitucional de la garantía jurisdiccional en lo contencioso-administrativo arroja, pues, un resultado claramente favorable a la alternativa minoritaria articulada a través de voto particular al texto de la Ponencia. Pues sólo en ella se contienen los elementos precisos para la superación de las limitaciones que en nuestro Derecho, como consecuencia de puros lastres históricos, viene padeciendo aquella garantía. En este sentido, el recurso comparatista al Derecho alemán (de ahí su utilización, de todo punto ajena a cualquier prurito erudito) ha permitido poner de evidencia—a la luz de soluciones ya consagradas en otro ordenamiento—las mayores potencialidades que encierra la fórmula minoritaria en cuestión.

Conviene, por último, advertir que esta valoración de las dos alternativas no es fruto simplemente de un juicio técnico teórico, sino que responde a necesidades reales ya sentidas, a las que desde luego no es ajeno el actual proceso político de construcción de un Estado

(18) E. EYERMANN y L. FRÖHLER, *op. cit.*, p. 475.

de Derecho asentado sobre verdaderas bases democráticas. Baste como prueba de ello el proyecto de Ley sobre «protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», remitido recientemente por el Gobierno a las Cortes y publicado en el *Boletín Oficial* de éstas número 59, del día 11 de febrero de 1978. En su Sección segunda, titulada precisamente «garantía contencioso-administrativa», se consagran innovaciones de verdadera importancia en el régimen de lo contencioso-administrativo, por más que el ámbito material del proyecto se circunscriba —conforme a su artículo 1.º— a la protección del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona y, entre ellos, las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público. Las novedades de que se habla son dos, ambas contenidas en el artículo 8.

La primera no es otra que la supresión del requisito de formalización previa del conflicto con la Administración, mediante el agotamiento de la vía administrativa. El número 1 del artículo 8 dispone, en efecto, que «para la interposición de estos recursos (los que tengan por objeto actos administrativos que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales citados) no será necesaria la reposición ni la utilización de cualquier otro recurso previo administrativo».

Y la segunda incide de lleno en la efectividad de la garantía jurisdiccional, consistiendo en la consagración, en cuanto a la suspensión de los actos recurridos en vía judicial, de una regla radicalmente opuesta a la recogida en los artículos 122 y 123 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. El número 4 del artículo 8 del proyecto dispone al respecto que:

Deducidos los dictámenes e informes a que se refiere el párrafo anterior (los del Ministerio Fiscal, abogado del Estado y órgano del que haya dimanado el acto), o transcurrido el plazo concedido al efecto, *la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualesquiera otra naturaleza que pudieran derivarse.*

El salto cualitativo hacia la efectividad de la protección judicial es notorio.

Únicamente resta expresar la esperanza de que el texto constitucional no sólo no impida, sino que propicie abiertamente la línea iniciada ya, como se ve, a nivel legislativo ordinario.